



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

DOTTORATO INTERNAZIONALE IN POLITICHE PENALI EUROPEE
XXIII CICLO

GIUSEPPE LICCIARDELLO

ANALISI COMPARATA
DEGLI STRUMENTI INVESTIGATIVI NEL CONTRASTO
ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA IN ITALIA E FRANCIA

TESI DI DOTTORATO

Tutors
Chiar.ma Prof.ssa Vania Patanè
Chiar.mo Prof. Gaëtan Di Marino

Anno Accademico 2011-2012

<u>Introduzione</u>	p. 4
PARTE I – <u>Gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata</u>	p. 10
Capitolo 1 <u>Ruoli, poteri e fattispecie incriminatrici negli ordinamenti italiano e francese</u>	
Sezione I – I principi applicabili	p. 11
Sezione II - Il concorso di persone e la responsabilità penale nei reati associativi	p. 38
Capitolo 2 – <u>Gli strumenti di contrasto specifici della lotta alla criminalità organizzata</u>	p. 90
Sezione I – Le nuove giurisdizioni specializzate	p. 92
Sezione II – Gli organi investigativi specializzati	p. 107
PARTE II – <u>L’ampliamento dei mezzi di indagine e gli specifici strumenti di ricerca della prova nei procedimenti di criminalità organizzata</u>	p. 122
Capitolo 1 - <u>I mezzi di ricerca della prova di natura dichiarativa ed i sistemi di protezione delle categorie di soggetti a rischio</u>	p. 126
Sezione I – L’informatore di polizia, il collaboratore di giustizia ed il testimone di giustizia in Italia	p. 127
Sezione II – L’informatore, il pentito ed il testimone anonimo in Francia	p. 179
Capitolo 2 – <u>Il parallelismo dell’estensione in Italia e Francia</u>	p. 206
Sezione I – Le operazioni di infiltrazione.	p. 206
Sezione II – Le intercettazioni	p. 218
<u>Conclusioni</u>	p. 245
<u>Bibliografia</u>	p.247
<u>Indice</u>	p. 255

Introduzione

La criminalità organizzata è allo stesso tempo una nozione criminologica e giuridica. I diversi approcci di matrice socio-criminologica hanno tentato nel corso degli anni di individuare i tratti distintivi del fenomeno per giungere ad una sua precisa definizione sul piano concettuale. Tale lavoro di concettualizzazione non è stato privo di rilevanza pratica, dal momento che la nozione di criminalità organizzata è entrata all'interno degli ordinamenti senza che ne fosse stato prima individuato il significato giuridico e lasciando sovente agli interpreti il compito di risolvere il problema dei limiti concettuali della categoria e dell'ambito di applicazione delle norme ad essa riferite.

Il compito è stato in alcuni casi reso arduo dalla mancata individuazione di precise linee guida da parte del legislatore, che nella materia penale è chiamato a rispettare il principio di legalità con particolare attenzione.

I criminologi ed i sociologi sono stati i primi ad occuparsi del problema della criminalità organizzata e ad enuclearne il concetto all'inizio del secolo scorso, individuandolo in attività criminali strutturate condotte oltreoceano da potenti gruppi operanti nel settore del gioco clandestino, della prostituzione o dei traffici illegali di bevande alcoliche. Molto tempo è passato da allora e le attività riconducibili alla criminalità organizzata si sono profondamente modificate, così come sono cambiati i settori dell'economia leciti sui quali le condotte dei gruppi criminali hanno influito maggiormente, ma gli studiosi hanno continuato nel corso degli anni a cercare insistentemente una definizione unitaria della nozione di criminalità organizzata. Le loro analisi hanno permesso di acquisire una migliore conoscenza del complesso fenomeno nell'arduo tentativo di delinearne i contorni. I loro metodi di studio ed approfondimento li hanno portati ad analizzare le strutture e gli scopi delle organizzazioni criminali per individuarne la nozione e prendere poi le mosse da questa per enucleare un concetto astratto di criminalità organizzata.

Ponendo l'accento sulle aggregazioni criminali e sui reati commessi dalle stesse è stato possibile individuare le caratteristiche essenziali di gruppi od associazioni

criminali caratterizzati da una specifica e deliberata volontà di commettere degli atti delittuosi, rispetto ai quali l'attività preparatoria, il metodo impiegato e la fase dell'esecuzione dei compiti si caratterizzano per una organizzazione rigorosa e professionale. Sono state proprio le attività riconducibili a tali gruppi strutturati ad essere inquadrare nelle prime definizioni di criminalità organizzata.

L'appropriazione da parte dei giuristi del risultato di studi condotti in discipline differenti e di acquisizioni scientifiche provenienti anche da approfondimenti criminologici e sociologici ha costituito sin dall'inizio una operazione delicata ed ha continuato ad esserlo mentre i singoli ordinamenti erano costretti a rimodulare continuamente le tecniche e gli strumenti di contrasto ed adattare la risposta in funzione delle trasformazioni in atto nelle condotte criminali.

Occorreva tenere conto non solo dei reati, ma soprattutto della molteplicità degli scopi e della tipologia delle strutture, valutandone i requisiti di organizzazione e di permanenza nel tempo.

Il diritto penale possiede normalmente gli strumenti per analizzare la complessità dei fenomeni criminali e tipizzare le condotte creando fattispecie penali che siano allo stesso tempo rispettose dei principi fondamentali dell'ordinamento ed idonee a fronteggiare l'evoluzione della minaccia costituita da forme organizzate di criminalità.

In Italia come in Francia l'ordinamento penale differenzia la responsabilità penale e varia la soglia di anticipazione della tutela penale ed il giudizio di responsabilità in funzione di diversi fattori, valutando in maniera differente la commissione del reato se questa è opera di una aggregazione occasionale oppure di un gruppo in possesso di requisiti minimi di organizzazione configurante una minaccia ben più grave per l'ordinamento e per i cittadini. Tuttavia, nel campo della criminalità organizzata, il differente progredire di alcuni settori criminali e la non contemporanea manifestazione di alcune minacce costituite da strutture organizzate operanti in pericolosi contesti criminali a volte internazionali ha condotto i due paesi ad affrontare il problema in tempi e modi molto differenti.

Alla fine del secolo scorso, mentre in Italia si raccoglievano i primi frutti di un ventennale lavoro di contrasto alla criminalità mafiosa e mentre altri stati europei prendevano progressivamente coscienza della pericolosità del fenomeno e della necessità di un cambiamento di prospettiva relativamente ai mezzi di prevenzione e repressione da adottare nel combatterlo, la criminalità organizzata continuava a trasformarsi sotto gli occhi di chi la studiava.

L'allargarsi dei mercati, lo sviluppo ed il potenziamento dei mezzi di trasporto e comunicazione e l'espansione dell'economia producevano nuova ricchezza ma anche nuove minacce e facevano emergere il carattere proteiforme delle nuove forme di criminalità. Accanto ad una delinquenza organizzata tradizionale (per esempio quella dedicata al traffico di stupefacenti) comparivano sulla scena nuove minacce, diretta derivazione di strutture criminali organizzate (come il traffico di migranti od i reati in materia informatica), i cui atti delittuosi venivano commessi a volte in modo esclusivo a volte –con nefaste conseguenze – in collegamento a delle attività legali.

Di fronte allo sviluppo della criminalità organizzata, la prima mossa fu in entrambi i paesi quella di tentare l'allargamento del campo di applicazione delle tradizionali fattispecie di reato concepite per contrastare la criminalità in forma associata. Si tratta di ipotesi diverse nei due ordinamenti ma accomunate dalla necessità che i loro autori, legati da stretti vincoli di complicità, agiscano necessariamente in gruppo, con metodo ed organizzazione. In Italia la giurisprudenza cercò di piegare la fattispecie dell'associazione per delinquere alle esigenze di repressione del fenomeno mafioso, provando ad applicarla nei processi di mafia. In Francia si ebbero successivi interventi legislativi volti a consentire un allargamento progressivo dell'incriminazione dell'*association de malfaiteurs* e della circostanza aggravante della commissione del reato in banda organizzata. Tali strumenti di contrasto non si dimostrarono sempre adeguati a reprimere comportamenti illeciti finalizzati all'acquisizione di vantaggi non solamente di carattere economico (in Italia) ed a fronteggiare negli anni lo sviluppo e l'aumentata potenza della criminalità organizzata (in Francia).

In Italia dalla fine degli anni settanta i cambiamenti intervenuti all'interno delle organizzazioni criminali operanti nella parte meridionale del paese condussero queste ultime ad abbandonare la loro tradizionale strategia di mimetismo destinato a facilitare una difficile convivenza con le istituzioni statali, sostituendola con dimostrazioni di forza di tipo militare e palesando anche ai non addetti ai lavori la pericolosità delle forme transnazionali di criminalità. Negli anni ottanta e novanta esponenti della mafia siciliana – cresciuta in potenza economica e militare grazie all'importante ruolo rivestito nei traffici di stupefacenti su scala mondiale – effettuarono scelte di tipo terroristico e portarono a compimento crimini sempre più gravi a danno di semplici cittadini e contro magistrati, uomini delle forze dell'ordine, giornalisti ed uomini politici, molti dei quali pagarono con la vita la loro attività contro le compagini mafiose.

In tale periodo il legislatore italiano – obbligato ad adottare rigide misure per contrastare lo strapotere di un'organizzazione che ne sfidava apertamente l'autorità – scelse di avvalersi del contributo socio-criminologico e giuridico esistente sull'argomento, recuperò il dato maturato nell'esperienza giurisprudenziale dei decenni precedenti ed all'inizio degli anni ottanta introdusse una nuova specifica figura di reato per punire i comportamenti degli appartenenti ai gruppi criminali organizzati. L'essenza del pericolo e della minaccia costituita dalla sfida mafiosa allo stato venne individuata prima di tutto nella capacità delle organizzazioni criminali di ingenerare timore e sottomissione psicologica nei cittadini. La scelta del legislatore fu allora, nel 1982, quella di tipizzare la condotta criminale formulando, nella nozione di «associazione di tipo mafioso», una definizione generale delle caratteristiche del pericoloso fenomeno criminale, in termini di organizzazione e di forza di intimidazione che deriva dalla sua esistenza.

Da tale scelta sono derivate negli anni numerose conseguenze sul piano del diritto penale sostanziale e su quello della disciplina processuale. Esse hanno riguardato prima di tutto lo sviluppo del procedimento penale sin dalle sue prime fasi ed in particolare lo sviluppo delle indagini e poi anche gli strumenti di ricerca della prova ed i meccanismi di acquisizione della stessa nel successivo dibattimento, con regole ed

eccezioni che portano ad accertare il fatto reato nell'ambito di un vero e proprio diritto penale e processuale della criminalità organizzata.

Al contrario, i fenomeni criminali più organizzati e la loro dimensione transnazionale emersero soprattutto negli anni novanta in altri stati europei, tra i quali la Francia. Solamente allora il problema si pose in maniera pressante per il legislatore francese, costringendolo ad adottare una nuova strategia e ad introdurre nell'ordinamento idonee misure di contrasto, adeguando gli strumenti già esistenti per la repressione della criminalità comune.

L'intervento strutturale ed organico più importante è costituito in quest'ottica dalla legge Perben II del 2004, con la quale il legislatore francese ha mostrato la sua volontà di lottare fermamente contro la criminalità organizzata ed ha introdotto nuove procedure derogatorie e strumenti di contrasto adeguati e flessibili, optando però per una soluzione tecnicamente molto diversa da quella adottata dal legislatore italiano negli anni precedenti.

In Francia si è rinunciato a delimitare e definire giuridicamente il fenomeno. Il legislatore non ha creato una definizione di criminalità organizzata ma ha preferito piuttosto introdurre un elenco di reati ritenuti maggiormente rappresentativi dei fenomeni di criminalità o di delinquenza organizzata.

La scelta francese ha permesso di rispettare al massimo il principio di legalità ma allo stesso tempo non ha permesso di inquadrare il fenomeno mediante una formula unica o di introdurre un criterio di valutazione atto a graduarne il livello di pericolosità. Pertanto solo i delitti contenuti nella lista introdotta nel codice di procedura penale, possono essere attualmente sottoposti alle procedure in deroga di indagine, perseguimento ed istruzione, previste per i reati di criminalità organizzata.

Diverse definizioni della criminalità organizzata sono state nel frattempo proposte a livello internazionale, senza che nessuna di esse sia apparsa esaustiva al punto di essere unanimemente accettata. Francia ed Italia hanno sottoscritto nel 2000 a Palermo la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale organizzato che propone un approccio metodico ed una definizione di gruppo criminale

alla quale ricollegare le conseguenze penali. Entrambi i paesi hanno poi ratificato la Convenzione di Palermo – la Francia nel 2002 e l'Italia nel 2006 – senza che ciò abbia comportato un totale cambio di prospettiva nella definizione dell'ambito di operatività delle procedure per l'accertamento dei reati di criminalità organizzata.

Lo studio comparato degli strumenti e degli apparati di contrasto alla criminalità organizzata ed in particolare dei mezzi di ricerca della prova presenti negli ordinamenti giuridici italiano e francese, che costituisce l'oggetto del presente lavoro, assume un particolare rilievo per conoscere lo stato dell'arte nei due stati e per valutare eventuali prospettive di miglioramento o trasposizione di strumenti da un ordinamento all'altro, anche per la continua evoluzione e per la capacità di adattamento che è richiesta agli ordinamenti moderni per fronteggiare minacce a volte differenti a volte simili. Tali minacce sono state e sono tuttora in continua evoluzione. Negli anni settanta importanti esponenti della criminalità francese ed italiana si passarono – per alcuni aspetti inconsapevolmente per altri consapevolmente – il testimone di importanti e redditizi traffici criminali che riguardavano tre diversi continenti e al momento presente la situazione della criminalità nei due paesi è caratterizzata dalla presenza di fenomeni che sono a volte collegati fra loro.

L'esposizione si sviluppa nel seguente modo: nella prima parte, dopo la descrizione dei principi processuali applicati nei due paesi, si passa ad analizzare le ipotesi delittuose associative di carattere generale contemplate nei rispettivi codici e la loro evoluzione nell'ottica del contrasto alla criminalità organizzata. Segue una breve panoramica delle giurisdizioni e degli organi investigativi specializzati presenti in entrambi gli ordinamenti.

La seconda parte è dedicata all'analisi di alcuni strumenti di ricerca della prova tipici dell'attività di contrasto al crimine organizzato. Vengono soprattutto presi in considerazione i mezzi di ricerca della prova di natura dichiarativa, le operazioni di infiltrazione e le intercettazioni di comunicazioni.

PARTE I

Gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata

Capitolo 1

Ruoli, poteri e fattispecie incriminatrici negli ordinamenti italiano e francese

Nella panoramica degli strumenti di contrasto che segue occorre tener conto delle differenti situazioni esistenti in Italia e Francia, della diversa percezione temporale dei fenomeni di criminalità organizzata e delle differenti scelte operate negli anni dai legislatori dei due paesi.

La scelta del legislatore italiano fu, negli anni ottanta, quella di tipizzare la condotta criminale formulando, nella nozione di «associazione di tipo mafioso», una definizione generale delle caratteristiche del pericoloso fenomeno criminale, in termini di organizzazione e di forza di intimidazione che ne deriva. Da questa scelta sono derivate negli anni numerose conseguenze sul piano del diritto penale sostanziale e su quello della disciplina processuale. Esse hanno riguardato il procedimento penale sin dalle sue prime fasi, gli strumenti di ricerca della prova ed i meccanismi di acquisizione della stessa nel successivo dibattimento, con regole ed eccezioni che portano ad accertare il fatto reato nell'ambito di un vero e proprio diritto penale e processuale della criminalità organizzata.

I fenomeni criminali organizzati e la loro dimensione transnazionale emersero in Francia soprattutto negli anni novanta. Solamente allora il legislatore francese decise di adottare una nuova strategia e di introdurre nell'ordinamento idonee misure di contrasto, adeguando gli strumenti già esistenti per la repressione della criminalità comune e creando una procedura in deroga per l'accertamento dei delitti di criminalità organizzata.

L'intervento strutturale ed organico più importante è costituito in quest'ottica dalla legge Perben II del 2004¹, con la quale il legislatore francese ha introdotto nuove procedure derogatorie e strumenti di contrasto adeguati e flessibili, optando però per una soluzione molto diversa da quella adottata dal legislatore italiano.

Il legislatore francese non ha introdotto una definizione di criminalità organizzata ma ha preferito piuttosto introdurre una lista di reati ritenuti maggiormente rappresentativi dei fenomeni di criminalità o di delinquenza organizzata. La scelta ha permesso di rispettare al massimo il principio di legalità ma allo stesso tempo non ha permesso di inquadrare il fenomeno mediante una formula unica o di introdurre un criterio di valutazione atto a graduarne il livello di pericolosità.

Sezione I – I principi applicabili nei due ordinamenti

Il processo penale italiano disciplinato dal codice di procedura penale del 1930 prevedeva una procedura di tipo inquisitorio ma il nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1989, ha determinato la trasformazione della procedura, con un procedimento che è fondamentalmente di natura accusatoria anche se alcuni innesti succedutisi nel corso degli anni hanno riportato alcuni aspetti processuali verso la tradizione giuridica inquisitoria. Al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il giudice istruttore e la fase dell'istruttoria sono stati soppressi. La procedura è oggi incentrata sul dibattimento e fondata sul potere dispositivo delle parti nel campo dell'elaborazione della prova, anche se successivamente sono stati appunto reintrodotti alcuni elementi di tipo inquisitorio (§ 1).

Il procedimento penale francese è invece tuttora caratterizzato da una procedura di tipo inquisitorio. Tuttavia, la fase del giudizio si svolge in contraddittorio per permettere il rispetto dei diritti della difesa e possiede delle caratteristiche di tipo accusatorio: essa è pubblica, orale e contraddittoria (§ 2).

¹ Legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, *Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, in *JORF* del 10 marzo 2004.

§ 1. I principi applicabili nell'ordinamento italiano

Il codice di procedura penale del 1989 ha determinato la trasformazione del processo penale, che è divenuto principalmente accusatorio, incentrato sul dibattimento e fondato sul potere dispositivo delle parti nel campo dell'elaborazione della prova, anche se alcuni elementi di tipo inquisitorio sono stati reintrodotti in seguito.

Da allora la figura del giudice istruttore è stata soppressa, adesso al posto dell'istruzione, si sviluppa una fase detta delle indagini preliminari, condotta dal pubblico ministero con l'attribuzione ad un giudice del controllo delle libertà pubbliche e della legalità durante questa prima fase del procedimento. Il Giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) è garante del rispetto della legalità ed autorizza e convalida gli atti del pubblico ministero suscettibili di attentare alle libertà della persona.

Nel nuovo sistema il legislatore ha inteso separare la fase delle indagini preliminari da quella del giudizio. Le attività compiute nella fase delle indagini preliminari sotto la direzione condotte del pubblico ministero anche se sotto il controllo del GIP non acquisiscono automaticamente valore di prova. Tale fase ha lo scopo di consentire la valutazione sulla presenza di elementi idonei a perseguire il reato nell'ambito di un processo, mentre le prove devono formarsi in dibattimento davanti ad un giudice in posizione di terzietà.

Per quanto riguarda la polizia, in entrambi gli ordinamenti sono distinte le funzioni di polizia giudiziaria da quelle di polizia di sicurezza o amministrativa. Quest'ultima attiene a compiti di prevenzione, impedisce che l'ordine pubblico sia perturbato o lo ristabilisce rapidamente. La funzione di polizia giudiziaria, la sola della quale ci si occupa in questa sede, attiene invece all'accertamento di un reato, reale o solo supposto, ed è affidata agli organi di polizia analizzati in questa sede.

A. I soggetti del procedimento penale nella fase investigativa

Nell'ordinamento italiano gli attori della fase delle indagini preliminari sono dunque:

- il pubblico ministero, incaricato dell'indagine preliminare, che egli conduce con la collaborazione della polizia giudiziaria e sotto il controllo del giudice delle indagini preliminari;
- il giudice delle indagini preliminari, che autorizza gli atti del pubblico ministero suscettibili di limitare le libertà dell'individuo e convalida le misure limitative delle libertà che il pubblico ministero può disporre nei casi urgenti
- la polizia giudiziaria, posta dall'articolo 109 della Costituzione alle dipendenze del pubblico ministero.

A.1. Il pubblico ministero

Il pubblico ministero si caratterizza per la sua indipendenza nei confronti degli altri poteri e per la sua autonomia interna.

Secondo il dettato dell'art. 104 della Costituzione, «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ». Peraltro l'articolo 107 della Costituzione garantisce ai membri della procura la stessa indipendenza degli altri magistrati: «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario». La procura non è pertanto posta sotto l'autorità del ministro della Giustizia e la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire a più riprese l'indipendenza della magistratura, ed in particolare delle procure, in relazione agli altri poteri.

I magistrati vengono reclutati per concorso e le carriere di giudice e di procuratore non sono separate e sono possibili i passaggi dalla magistratura giudicante al ruolo del pubblico ministero e viceversa.

Il Consiglio superiore della magistratura garantisce l'indipendenza dei giudici e dei procuratori. L'articolo 105 della Costituzione attribuisce in effetti al pubblico ministero la competenza su tutte le decisioni relative alla carriera dei magistrati e dei membri della procura: «Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le

norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati», mentre l'articolo 110 limita le attribuzioni del ministro della Giustizia alle questioni di organizzazione e funzionamento: «Ferma le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al ministro della Giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia.».

La categoria del pubblico ministero gode di una forte indipendenza per tutti i suoi membri. In caso di contrasto sullo sviluppo di una indagine, il capo dell'ufficio della procura non può obbligare un sostituto a compiere determinati atti. Tuttavia, il codice di procedura penale permette al procuratore generale presso la corte d'appello di sostituirsi al magistrato designato per condurre una indagine, ma egli non può farlo che per un atto che deve essere motivato e in casi espressamente previsti, in modo particolare per impedire qualsiasi inerzia da parte del pubblico ministero.

Malgrado l'introduzione di numerosi elementi del modello accusatorio nel processo penale, è stato mantenuto il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, consacrato dall'articolo 112 della Costituzione.

Nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero dispone dei poteri di indagine e può chiedere alla polizia il compimento di tutti gli atti che ritiene utili, sia che si tratti dell'attività generale di indagine o di atti specifici (perquisizioni, sequestri, etc.).

Il codice stabilisce la durata massima delle indagini preliminari limitandola normalmente a sei mesi (un anno per i casi più gravi o più complessi), ma prevede che tale termine possa essere prorogato. Le richieste di proroga devono essere motivate e presentate al giudice delle indagini preliminari, che le concede di sei mesi in sei mesi. La durata complessiva delle indagini preliminari può arrivare così a diciotto mesi o a due anni secondo la natura del reato.

Al termine della fase di indagine, il pubblico ministero chiede l'archiviazione se non ricorrono le condizioni per l'esercizio dell'azione penale (denuncia infondata, impossibilità di identificare l'autore del reato, etc.). Se il giudice delle indagini

preliminari ritiene che la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero non sia giustificata, egli può chiedere che le indagini proseguano fissando un termine a tale effetto o imporre al pubblico ministero di formulare l'accusa in un termine molto ristretto.

Se il pubblico ministero ritiene invece che ci siano elementi sufficienti per perseguire il reato in giudizio, egli presenta al GIP una domanda di rinvio a giudizio. Ha in tal modo luogo un contraddittorio tra il pubblico ministero e la difesa in presenza del giudice dell'udienza preliminare (GUP), che decide il non-luogo a procedere o l'avvio della fase processuale. Il giudice dell'udienza preliminare non può essere la stessa persona che ha svolto il ruolo di giudice delle indagini preliminari. In effetti, il giudice delle indagini preliminari, anche se non partecipa direttamente all'indagine preliminare, è a conoscenza di determinati elementi (per esempio se ha autorizzato delle intercettazioni telefoniche o se ha disposto un provvedimento di custodia cautelare)².

A.2. Il giudice delle indagini preliminari

La legge prevede che il giudice delle indagini preliminari controlli e/o autorizzi quelli, tra gli atti del pm, che mettano più gravemente in causa le libertà individuali (come i provvedimenti restrittivi della libertà personale o le intercettazioni di comunicazioni).

Dalla separazione tra le fasi delle indagini preliminari e del giudizio discende la necessità che il giudice che valuta e decide sull'avvio della fase dibattimentale non deve aver partecipato alle indagini preliminari e non deve partecipare al giudizio e che il giudice delle indagini preliminari non può neanche lui prendere parte al giudizio.

Il codice di procedura penale esclude che il giudice dell'udienza preliminare ed il giudice delle indagini preliminari possano far parte dell'organo giudicante.

² È solamente quando il ruolo del giudice delle indagini preliminari nell'inchiesta preliminare si è limitato a degli atti riguardanti la procedura *stricto sensu* o su elementi "neutri" (autorizzazione data a un detenuto di consultare a sue spese un medico a sua scelta per esempio) che quest'ultimo può giocare il ruolo del giudice dell'udienza preliminare

Dal momento che il giudizio deve fondarsi sugli elementi di prova raccolti durante l'udienza, dopo il rinvio a giudizio vengono formati due fascicoli (sistema del doppio fascicolo):

- il fascicolo del pubblico ministero, trasmesso alle parti, ma del quale l'organo giudicante non ha conoscenza,
- il fascicolo per il dibattimento.

Questa disposizione impedisce che il giudice del dibattimento si trovi in posizione di valutare le fonti di prova sulla base di atti compiuti dal pubblico ministero. I verbali degli atti compiuti durante le indagini preliminari devono dunque restare nel fascicolo del pubblico ministero.

Il fascicolo per il dibattimento comprende solo gli atti di indagine che non possono essere ripetuti, le prove devono formarsi in udienza nel contraddittorio delle parti.

A.3. La polizia giudiziaria

Nell'ordinamento italiano la polizia giudiziaria è subordinata all'autorità giudiziaria. Il principio è contenuto nella Costituzione, che dispone che «L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria» (art. 109 Cost.).

In Italia l'attività di polizia giudiziaria è esercitata soprattutto dai membri delle tre forze di polizia, che dipendono da differenti ministeri. Il sistema di polizia italiano, come il modello francese, è caratterizzato dall'esistenza di due forze di polizia a competenza generale, differenti non per il quadro giuridico del loro operare, ma per il loro statuto e la loro storia, oltre che per il loro modello organizzativo: la polizia (a statuto civile) ed i carabinieri (a statuto militare). In Italia opera inoltre la Guardia di Finanza, che ha delle competenze specifiche nel settore economico e che, a differenza delle Dogane in Francia, è composta da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che operano applicando le norme del codice di procedura penale.

Nella logica democratica, il dualismo di polizia riveste un significato ideologico ed una giustificazione a posteriori in termini di sovranità e di separazione dei poteri.

Disporre di due forze di polizia concorrenti può rappresentare una garanzia di indipendenza per la giustizia, dal momento che il potere politico ed i magistrati possono contare su una delle due forze in caso di potenziale opposizione o di mancata esecuzione delle attività delegate da parte dell'altra forza di polizia³.

L'organizzazione delle forze di polizia italiana comprende:

- la Polizia di Stato, corpo a statuto civile che dipende dal ministero dell'Interno,
- l'Arma dei Carabinieri, corpo a statuto militare che dipende allo stesso tempo dal ministro della Difesa (per tutto ciò che riguarda l'organizzazione ed i compiti militari) e dal ministro dell'Interno (per quanto riguarda la sicurezza pubblica),
- il Corpo della Guardia di Finanza, corpo a statuto militare che dipende dal ministero delle Finanze.

Altre persone possono esercitare le funzioni di polizia giudiziaria. È in particolare il caso dei sindaci dei comuni dove né la polizia, né i Carabinieri né la Guardia di Finanza sono rappresentati.

Il codice di procedura penale nella parte nel Libro I sui soggetti del procedimento definisce i compiti generali della polizia giudiziaria. Essa deve « anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale» (art. 55 c.p.p.).

In Italia queste funzioni sono svolte da ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria (art. 55 co. 3 c.p.p.). Tale distinzione è importante per quanto concerne sia l'organizzazione delle diverse strutture di polizia giudiziaria, sia la competenza a compiere certi atti specifici. Gli articoli del codice di procedura penale e le norme di attuazione stabiliscono quali sono gli atti del procedimento che possono essere compiuti solo da ufficiali di polizia giudiziaria e quali sono, al contrario, compiuti sia dagli ufficiali che dagli agenti di polizia giudiziaria.

³ DIEU F., *Recrutement et formation des policiers : le cas des officiers de la gendarmerie française*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, n.1, gennaio -aprile 2007, p. 4.

Tutti gli ufficiali e gli agenti devono svolgere, secondo le loro competenze e nei limiti delle loro attribuzioni le funzioni assegnate alla polizia giudiziaria secondo l'articolo 55 del codice di procedura penale. Il codice prevede, del resto, che la polizia giudiziaria possa contare non solamente su un insieme di ufficiali o di agenti occasionalmente o genericamente deputati allo svolgimento di tali funzioni, ma anche su organi e strutture – composte anch'esse da ufficiali e agenti – espressamente creati per effettuare attività di indagine con carattere di continuità.

L'insieme degli ufficiali od agenti deputati allo svolgimento delle funzioni di polizia giudiziaria e di quelle di polizia di prevenzione sono svolte dalla Polizia di Stato⁴, dall'Arma dei Carabinieri⁵ e dalla Guardia di Finanza grazie a complesse organizzazioni che le rende presenti sull'insieme del territorio nazionale, all'interno della quale sono stati create come previsto dal codice di procedura penale le unità che devono prioritariamente occuparsi delle indagini.

La polizia giudiziaria italiana svolge dunque le sue funzioni sotto la direzione dell'autorità giudiziaria, organizzata in servizi e sezioni di polizia giudiziaria (art. 56 c.p.p.). In tal modo essa lavora in collegamento di organizzazione e di funzioni con l'autorità giudiziaria e, soprattutto, con il pubblico ministero al quale è assegnata la direzione delle stesse indagini (art. 327 c.p.p.).

Le sezioni di polizia giudiziaria sono istituite presso ogni procura della Repubblica (art. 56 lett *b*) c.p.p.) ed il loro personale dipende funzionalmente dai magistrati che dirigono gli uffici presso i quali sono istituite (art. 59 co. 1 c.p.p.).

I servizi di polizia giudiziaria sono gli uffici e le unità ai quali è affidata, dalle rispettive amministrazioni o dagli organi previsti dalla legge, la funzione di svolgere, in via prioritaria e continuativa, le funzioni di polizia giudiziaria (art. 12 att., c.p.p.) e per essi e per la loro attività è l'ufficiale preposto ad essere responsabile verso il procuratore della Repubblica (art. 59 co. 2 c.p.p.).

⁴ L'organizzazione della Polizia di Stato è articolata su un Dipartimento della Pubblica Sicurezza, sulle Questure a livello provinciale, alle cui dipendenze operano i Commissariati di polizia.

⁵ L'organizzazione territoriale dell'Arma dei Carabinieri è articolata su un Comando Generale, 5 Comandi Interregionali, 19 Comandi Legione (18 corrispondenti all'estensione del territorio di una regione amministrativa, più il Comando Legione Carabinieri "Piemonte e Valle d'Aosta"), Comandi Provinciali, Gruppi, Compagnie e Stazioni.

Sono istituiti presso le forze di polizia italiane i seguenti servizi:

- le «Squadre Mobili» presso le Questure per la polizia;
- i «Nuclei Operativi» istituiti presso i comandi provinciali ed i comandi di compagnia per l'Arma dei Carabinieri;
- i «Nuclei di Polizia Tributaria» a livello provinciale per la Guardia di Finanza.

Fino al 1989 il sistema processuale inquisitorio prevedeva, come l'attuale sistema francese, una netta separazione tra la fase dell'istruzione e la fase seguente del giudizio. Il sistema introdotto dal nuovo codice di procedura penale ha separato, come visto, le due fasi dell'indagine preliminare e del dibattimento.

Il nuovo codice di procedura ha ridotto di molto l'attività autonoma della polizia giudiziaria, in particolare nella fase che segue l'intervento del pubblico ministero nel procedimento. Successive riforme hanno restituito alla polizia giudiziaria una parte dell'autonomia della quale ella godeva nel sistema del vecchio codice di procedura penale, permettendole di continuare in parte autonomamente la sua attività indipendente d'indagine anche dopo che il pubblico ministero ha preso la direzione dell'indagine e parallelamente alle direttive che essa riceve da quest'ultimo.

Il codice di procedura penale, che attribuisce la direzione della fase delle indagini preliminari al pubblico ministero, riprende la formulazione dell'art. 109 della Costituzione, ma accorda alla polizia giudiziaria una certa autonomia, ivi compreso dopo che il pubblico ministero è intervenuto nel procedimento. Tale autonomia è tuttavia minore di quella che era prevista dal vecchio codice di procedura, in vigore fino al 1989.

La polizia giudiziaria, dopo aver acquisito la notizia di reato deve (art. 347 c.p.p.):

- riferire al pubblico ministero « senza ritardo » e « per iscritto » gli elementi essenziali del fatto e tutti gli altri elementi sino ad allora raccolti;
- indicare le fonti di prova e le attività compiute;
- trasmettere la relativa documentazione.

La redazione e trasmissione della comunicazione di notizia di reato mira a consentire al pubblico ministero di assumere la direzione delle indagini il più rapidamente possibile e, inoltre, di limitare l'attività investigativa realizzata in maniera autonoma dalla polizia all'inizio del procedimento⁶.

Dopo la trasmissione della comunicazione di reato e l'intervento del pubblico ministero, la polizia compie gli atti che quest'ultimo chiede ad essa di compiere o delega ad essa (art. 348, co. 3 c.p.p.). In effetti secondo il codice di procedura penale, il pubblico ministero, dopo aver assunto la direzione delle indagini, « compie personalmente ogni attività di indagine », ma egli può « avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati » (art. 370 c.p.p.).

Dopo il 2001, la polizia giudiziaria può continuare la sua autonoma attività di indagine anche dopo che il pubblico ministero è stato ufficialmente investito, a condizione di « informarne prontamente il pubblico ministero »; la polizia giudiziaria, di propria iniziativa, svolge « tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi e assicura le nuove fonti di prova » (art. 348, co. 3, c.p.p.). Tale riforma ha consentito di conformare la normativa ad una pratica largamente diffusa. L'autonomia della polizia giudiziaria durante questa fase del procedimento dipende dalle scelte compiute dal pubblico ministero. È in effetti escluso che gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa contraddicano le direttive della Procura.

I poteri della polizia giudiziaria sono differenti a seconda che la polizia giudiziaria agisca o no di propria iniziativa. Nel primo caso, cioè durante la fase del procedimento che precede l'informazione al pubblico ministero così come, nella fase seguente, quando essa conduce la sua attività autonoma di indagine parallelamente agli atti che essa compie a richiesta o su delega del pubblico ministero, la polizia giudiziaria non può mettere in opera che le sue prerogative autonome.

⁶ La volontà di limitare l'autonomia della polizia giudiziaria era più marcata nella redazione iniziale del codice di procedura penale del 1989, che prevedeva un termine di 48 ore per la comunicazione della polizia giudiziaria al pubblico ministero. Queste disposizioni sono state modificate nel 1992, quando il termine delle 48 ore è stato sostituito dall'espressione « senza ritardo ».

Per contro, la polizia giudiziaria non può condurre confronti e, al di fuori dei casi di flagranza, essa non può effettuare perquisizioni di sua iniziativa. Per ciò essa ha bisogno di una delega del pubblico ministero. Esistono tuttavia atti che non possono esserle delegati. Si tratta principalmente dei seguenti atti: l'interrogatorio di una persona non libera, il confronto con una persona privata della sua libertà, l'apertura di corrispondenza che è stata sequestrata, l'intercettazione di comunicazioni telefoniche o informatiche⁷.

La lista degli atti che possono essere delegati si è allungata in occasione della riforma del codice di procedura penale del 1992. Da allora il legislatore ha consentito al pubblico ministero di delegare alla polizia giudiziaria gli interrogatori ed i confronti.

B. Le limitazioni della libertà individuale in sede pre-cautelare.

L'arresto ed il fermo

La costituzione italiana prevede che l'autorità di pubblica sicurezza possa, in casi eccezionali di necessità ed urgenza, adottare provvedimenti provvisori. Tali provvedimenti devono essere comunicati all'«autorità giudiziaria» entro 48 ore per la convalida, che deve aver luogo nelle 48 ore successive (art. 13 Cost, co. 3).

La polizia giudiziaria non può procedere all'arresto che in caso di flagranza. Secondo le circostanze, l'arresto è obbligatorio o facoltativo.

La polizia giudiziaria deve arrestare in flagranza gli autori dei reati per i quali la legge prevede la pena detentiva dell'ergastolo o una pena minima di almeno cinque anni ed una pena massima di almeno venti anni (art. 380, co. 1, c.p.p.).

La stessa disposizione è applicabile ad altri reati, a prescindere dalla pena prevista, diversi dei quali sono legati alla criminalità organizzata, come per esempio:

- violazioni della disciplina sugli stupefacenti (art. 380, co. 2 lett. *h*), c.p.p.),

⁷ Per procedere alle intercettazioni è necessaria l'autorizzazione del giudice delle indagini preliminari. Nei casi di urgenza il pubblico ministero può disporre le intercettazioni che devono però essere in ogni caso convalidate dal giudice delle indagini preliminari.

- promozione, direzione, costituzione ed organizzazione di associazione di tipo mafioso (art. 380, co. 2 lett. *l bis*), c.p.p.).

La polizia giudiziaria ha inoltre facoltà (ma non obbligo) di arrestare in flagranza gli autori di delitti non colposi per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni o anche gli autori di delitti colposi per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (art. 381, co. 1, c.p.p.). la legge precisa che, in tali ipotesi, la polizia giudiziaria procede all'arresto in flagranza soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto o dalla pericolosità del soggetto (art. 381, co. 4, c.p.p.).

Il pubblico ministero inoltre può decidere di adottare una misura restrittiva della libertà personale anche al di fuori dei casi di flagranza. Si tratta del «fermo» che può essere disposto dal pubblico ministero nei confronti della persona gravemente indiziata di un delitto in presenza di specifici elementi che fanno ritenere fondato il pericolo di fuga. Per il fermo occorre che, per il delitto considerato, la legge stabilisca la pena dell'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni (art. 384, c.p.p.).

Nelle stesse situazioni nei casi in cui il pubblico ministero non abbia ancora assunto la direzione delle indagini, la polizia giudiziaria può procedere al fermo di propria iniziativa al posto del pubblico ministero (art. 384 co. 2 c.p.p.).

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che eseguono l'arresto o il fermo di una persona hanno l'obbligo di darne notizia al pubblico ministero del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito. Essi devono anche avvertire l'interessato della facoltà di nominare un difensore di fiducia o di averne nominato uno d'ufficio.

In mancanza della possibilità di procedere ad un vero interrogatorio – questa facoltà è formalmente riservata al pubblico ministero, che la mette in atto dopo aver preso la direzione delle indagini – tra le prerogative degli ufficiali di polizia giudiziaria ci sono quelle di:

- ricevere le dichiarazioni spontanee dall'accusato (art. 350, co. 1-2, c.p.p.)

- chiedere alla persona arrestata delle informazioni «sommarie» sul luogo stesso dell'arresto (o nell'immediatezza del fatto), anche senza la presenza del difensore, ma le notizie ed informazioni raccolte in assenza dell'avvocato non possono essere utilizzate nel prosieguo del procedimento (art. 350, co. 5-6, c.p.p.).

La persona arrestata o fermata deve essere informata del suo diritto al silenzio, le sole domande alle quali ha l'obbligo di rispondere sono quelle sulla sua identità. L'arrestato o fermato deve allo stesso modo essere informato del suo diritto a scegliere un avvocato. Se non sceglie un avvocato, beneficia necessariamente di un avvocato nominato d'ufficio. L'avvocato assiste il suo cliente in tutti gli atti del procedimento e può chiedere di parlare con lui in ogni momento.

Il pubblico ministero deve allora, entro le 48 ore successive all'arresto, chiedere la convalida della misura dell'arresto al giudice delle indagini preliminari, che decide sulla convalida del provvedimento.

Dal momento che l'udienza di convalida deve aver luogo entro le 48 ore successive, ne consegue che per la legge italiana la durata massima della limitazione della libertà personale disposta in seguito ad attività della polizia giudiziaria ed a successivo provvedimento del pubblico ministero non può superare in totale le 96 ore.

§ 2. I principi applicabili nel sistema francese

Nell'ordinamento francese, analogamente a quanto avviene in quello italiano, la polizia giudiziaria acquisisce la notizia di reato ed informa il pubblico ministero il quale dirige l'attività di indagine, avvalendosi della collaborazione della polizia giudiziaria. La polizia mantiene degli spazi di iniziativa nel corso delle indagini nei casi di flagranza ed in relazione a particolari situazioni, rimanendo obbligata a riferire al pubblico ministero in tempi ristretti.

L'istruzione dei procedimenti penali, obbligatoria per i crimini e facoltativa per gli altri reati (delitti e contravvenzioni), è svolta da un giudice istruttore su richiesta del pubblico ministero.

Andiamo dunque subito ad analizzare i principi applicabili nell'ordinamento francese ed in particolare nell'istruzione degli affari penali. Saranno analizzati il ruolo del pubblico ministero e del giudice istruttore ed il potere della polizia giudiziaria nella fase dell'inchiesta e dell'istruzione (A). Di seguito si esamineranno i casi particolari della limitazione della libertà personale nell'ipotesi della sottoposizione all'istituto della *garde à vue* (B).

A. Gli organi incaricati del contrasto alla criminalità

Per quanto concerne i rapporti tra organo che conduce le indagini e polizia giudiziaria, il pubblico ministero sovrintende all'attività di polizia giudiziaria. Secondo il codice il procuratore della Repubblica «dirige l'attività degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria nel territorio di competenza del suo tribunale» (art. 41, co. 2, c.p.p.). egli può dunque delegare attività (art. 42 c.p.p.) o dar loro istruzioni al fine di prender notizia o di perseguire i reati (art. 41, co. 1, c.p.p.).

A.1. Il pubblico ministero

I componenti l'ufficio del pubblico ministero sono nominati con decreto del presidente della Repubblica su proposta del ministro della giustizia. Sono magistrati ed il loro reclutamento avviene tramite lo stesso concorso con il quale vengono reclutati gli altri giudici. Il pubblico ministero è indipendente dalle giurisdizioni giudicanti e da quelle dell'istruzione. Nessuno di essi può indirizzargli ingiunzioni né obbligarlo ad intraprendere delle azioni.

Una differenza significativa rispetto alla corrispondente figura italiana è costituita dalle modalità della gerarchizzazione della figura e dal più stretto collegamento con il ministro della Giustizia. I magistrati giudicanti in Francia non ricevono ordini da alcuno e decidono secondo la loro coscienza, mentre quelli della procura (*parquet*), indipendenti rispetto alle altre giurisdizioni, sono sottoposti ad una subordinazione gerarchica che comporta limiti ed importanti conseguenze.

Nell'ordinamento giudiziario francese la regola è che «i magistrati della procura sono posti sotto la direzione ed il controllo dei loro capi gerarchici e sotto l'autorità del Guardasigilli» (art. 5, ord. n. 58-1270 del 22 dicembre 1958). Il singolo pubblico ministero è quindi subordinato al procuratore generale al quale deve rendere conto ma anche al ministro guardasigilli che ha quindi una posizione di supremazia nei confronti dei magistrati che svolgono la funzione del pubblico ministero.

Nella riforma contenuta nella legge Perben II del 2004 viene precisato il ruolo direttivo del ministro della Giustizia con l'introduzione di un modello gerarchizzato.

È infatti stabilito che «il ministro della Giustizia conduce la politica dell'azione pubblica determinata dal Governo. Veglia sulla coerenza della sua applicazione sul territorio della Repubblica» (art. 30, co. 1, c.p.p.). Una volta quindi che il Governo determini la *politique d'action publique*, il ministro «a tal fine indirizza ai magistrati del pubblico ministero le istruzioni generali dell'azione pubblica » (art. 30, co. 2, c.p.p.), cosa che avviene tramite l'emissione di circolari generali da parte del ministro. Per mantenere la coerenza della politica d'azione pubblica, il ministro può anche – cosa non attualmente non immaginabile nel sistema italiano – «denunciare al procuratore generale i reati penali dei quali è a conoscenza e ingiungergli, per mezzo di istruzioni scritte da inserire nel fascicolo del procedimento, di dar avvio o far dare avvio delle inchieste o di adire la giurisdizione competente con tali richieste scritte che il ministro giudica opportune» (art. 30, co. 3, c.p.p.).

L'atteggiamento della dottrina non è stato favorevole all'introduzione di un siffatto irrigidimento della subordinazione della funzione del pubblico ministero al ministro della Giustizia che ne è così divenuto il vertice gerarchico che può intervenire anche su singole inchieste. Senza considerare le ragioni di ostilità derivanti da ragioni politiche, è stata proposto di assegnare tale ruolo ad un organo centrale in modo da rispettare l'indipendenza della funzione non subordinandola al Guardasigilli che è parte del governo. Questo ruolo potrebbe secondo alcuni essere incarnato dal procuratore generale presso la Corte di cassazione, la cui posizione in questo momento non è però sufficientemente forte. Una possibile soluzione per evitare ingerenze da parte del potere

esecutivo potrebbe essere quella di rafforzare il ruolo del procuratore generale, quasi un «procuratore generale della Nazione» che potrebbe rivestire il ruolo di capo naturale del pubblico ministero, conciliando così il principio di subordinazione gerarchica con quello dell'indipendenza del pubblico ministero⁸.

Per quanto attiene alle sue funzioni, il procuratore della Repubblica le esercita nell'ambito della competenza del tribunale presso il quale svolge le sue funzioni. Il codice gli affida il potere di avviare l'azione penale, poiché egli riceve le denunce e «valuta il seguito da dar loro» (art. 40, co. 1, c.p.p.). Egli è infatti informato di tutte le denunce e querele sporte nella suo territorio di competenza ed a lui è attribuito il potere di valutare se procedere o archiviare senza seguito.

L'ordinamento francese distingue inoltre tra due tipi di inchieste: l'inchiesta preliminare o ordinaria e quella in flagranza. La procedura nel corso dell'inchiesta, come nel corso dell'istruzione, è segreta (art. 11, co. 1 c.p.p.) e le persone che vi prendono parte sono tenute al riserbo dal segreto professionale (art. 11, co. 2 c.p.p.).

L'inchiesta preliminare (*enquête préliminaire*) ha per obiettivo di fornire un minimo di elementi perché il procuratore della Repubblica possa decidere sull'opportunità del procedere. La polizia giudiziaria riporta tali elementi al procuratore per permettergli di valutare se dare seguito all'azione pubblica o archiviare senza seguito. Questa tipologia di indagine, condotta prima dell'apertura di ogni informazione e diretta dalla polizia giudiziaria è indispensabile nella misura in cui i primi elementi raccolti dalla polizia giudiziaria quando essa procede autonomamente sono spesso troppo generici e non sufficientemente approfonditi perché il procuratore della Repubblica possa prendere una decisione con cognizione di causa. Ma l'inchiesta preliminare presenta anche certi pericoli nella misura in cui essa rimpiazza l'istruzione in certi casi senza concedere agli interessati le garanzie loro accordate dall'apertura di una informazione.

⁸ PRADEL J., *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2011, p. 127.

Il procuratore della Repubblica, quando da mandato agli ufficiali di polizia giudiziaria di procedere ad una inchiesta preliminare, deve fissare un termine entro il quale questa deve essere effettuata (art. 75-1 c.p.p.)⁹.

L'inchiesta di flagranza (*enquête de flagrance*) è limitata alle ipotesi di flagrante delitto in per reati di una certa gravità (crimini e delitti in flagranza punibili con la detenzione). Essa mira fundamentalmente ad impedire la dispersione delle prove e la sua durata è limitata ad otto giorni a partire dal primo atto di indagine (art. 53, co. 2 c.p.p.).

Occorre notare che nell'ordinamento francese i poteri del pubblico ministero hanno conosciuto negli ultimi anni un accrescimento a scapito del giudice istruttore. Ad esempio egli può far fermare una persona nel quadro di una inchiesta preliminare (art. 78 c.p.p.) oppure, come si vedrà più avanti, dopo la legge Perben II del 2004 egli può domandare al giudice delle libertà e della detenzione di autorizzare delle intercettazioni telefoniche, atto che prima era riservato al giudice istruttore. Dopo la riforma del 2004 al procuratore della Repubblica è anche consentito di «decidere il prolungamento dell'inchiesta di flagranza per una durata massima di otto giorni», «quando le investigazioni necessarie alla manifestazione della verità (...) non possano essere differite».

A.2. Il giudice istruttore

L'istruzione costituisce la fase preparatoria del processo penale. Essa ha per oggetto la determinazione del carattere e la qualificazione giuridica dei fatti, ma anche quella di ricercarne gli autori e di dire se devono essere portati in giudizio.

Il giudice istruttore, incaricato di condurre questa fase preparatoria, è indipendente come tutti i giudici, istruisce a carico e a discarico per determinare se esistono prove sufficienti contro qualcuno per poterlo tradurre davanti la giurisdizione di giudizio. Egli può procedere «conformemente alla legge a tutti gli atti di informazione che ritiene utile alla manifestazione della verità» (art. 81 c.p.p.). Il giudice

⁹ Una circolare del 4 dicembre 2000 ha precisato che sarebbe opportuno che questo termine venga fissato a sei mesi, tranne che circostanze particolari giustificano un termine più o meno lungo.

istruttore dispone a tale scopo di numerosi poteri (perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche, audizioni dei testimoni, delle parti civili e delle persone messe in esame), la maggior parte dei quali possono essere delegati ad ufficiali di polizia giudiziaria. Tuttavia, alcuni di questi poteri devono essere esercitati personalmente dal giudice istruttore.

Egli può prescrivere l'effettuazione di intercettazioni telefoniche e l'audizione di persone messe in esame.

Dal primo gennaio 2001, il giudice istruttore non può più decidere di mettere qualcuno in detenzione provvisoria. È compito del giudice delle libertà e della detenzione (*JLD – juge des libertés et de la détention*) ordinare una tale misura su richiesta del giudice istruttore.

Al termine dell'inchiesta, il giudice istruttore emana una ordinanza di non-luogo, di rinvio davanti alla giurisdizione penale, o di messa in stato di accusa se il reato è di competenza della corte di assise. Le decisioni del giudice istruttore possono essere appellate davanti la camera dell'istruzione, presente in tutte le corti d'appello.

Nell'ordinamento francese vige il principio della presunzione di innocenza. L'individuo è innocente fin tanto che la sua colpevolezza non venga provata con una sentenza irrevocabile. Il codice di procedura penale contiene il principi della presunzione di innocenza. Esso è contenuto in un articolo preliminare dell'attuale codice così formulato.

A.3. La polizia giudiziaria

Anche nell'ordinamento francese si opera la distinzione tra polizia giudiziaria e polizia di sicurezza. Quest'ultima ha compiti di prevenzione e non è normalmente funzionalmente dipendente dall'autorità giudiziaria. La polizia giudiziaria, che interviene invece per svolgere le indagini sui reati, è posta sotto l'autorità dell'autorità giudiziaria

I loro legami restano molto stretti perché logicamente collegate e perché le due funzioni vengono svolte da appartenenti ai medesimi corpi di polizia.

In Francia l'attività di polizia giudiziaria è principalmente esercitata dai componenti della Polizia nazionale e della Gendarmeria nazionale.

La polizia giudiziaria è gerarchizzata secondo la competenza del personale in ufficiali di polizia giudiziaria, agenti di polizia giudiziaria e agenti di polizia giudiziaria aggiunti. Essa comprende anche altri funzionari ed agenti ai quali sono attribuite dalla legge certe funzioni di polizia giudiziaria (art. 15 c.p.p.).

Tra i funzionari di polizia, sia all'interno della Polizia che della Gendarmeria, ce ne sono alcuni che svolgono a titolo esclusivo o comunque a titolo principale le funzioni di polizia giudiziaria, investiti dunque di una «funzione abituale di polizia giudiziaria», altri, cui sono invece attribuiti compiti di polizia amministrativa o di prevenzione, in circostanze ben precise esercitano anche «compiti occasionali di polizia giudiziaria»¹⁰.

La polizia giudiziaria realizza l'inchiesta preliminare all'apertura dell'istruzione. Il suo compito è quello di «constatare le violazioni della legge penale, di raccoglierne le prove e di ricercarne gli autori fino a quando una informazione non sia aperta» (art. 14 c.p.p.).

Nella sua attività investigativa essa è posta sotto la direzione ed il controllo del pubblico ministero (art. 12 c.p.p.). Il procuratore della Repubblica è competente per realizzare o far realizzare «tutti gli atti necessari alla ricerca ed al perseguimento delle violazioni della legge penale», dirigendo «l'attività degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria nella giurisdizione del suo tribunale» ed i membri della polizia giudiziaria hanno l'obbligo di rendergliene conto. Inoltre il codice di procedura penale prevede che gli ufficiali di polizia giudiziaria siano tenuti ad informare il procuratore della Repubblica senza ritardo dei reati dei quali essi hanno conoscenza e «di fargli pervenire, alla chiusura delle operazioni, i processi verbali che hanno compilato» (art. 19 c.p.p.). Nel caso di crimini e delitti in flagranza, essi devono allo stesso modo informarlo immediatamente. Egualmente nell'ambito di una inchiesta preliminare relativa a un crimine o a un delitto, essi devono avvisarlo non appena identifichino un sospetto.

¹⁰ PRADEL J., op. cit., p. 143.

Al di là del rapporto di dipendenza funzionale dal procuratore della Repubblica nella conduzione delle indagini, la polizia giudiziaria è posta nel territorio di competenza di ogni corte d'appello sotto la sorveglianza del procuratore generale che può in caso di loro mancanza deferirli disciplinarmente alla camera dell'istruzione (art. 38 c.p.p.).

I poteri di indagine della polizia giudiziaria differiscono a seconda che il reato sia in flagranza o no. Nel caso di una inchiesta di flagranza, gli ufficiali di polizia giudiziaria dispongono di poteri coercitivi importanti per tutta la durata dell'inchiesta, che è in principio limitata ad 8 giorni, a meno che essa non sia prolungata della stessa durata dal procuratore della Repubblica.

Essi possono in particolare procedere senza autorizzazione alla conservazione degli indizi, al sequestro di tutti gli oggetti legati al reato e trovati sul luogo del delitto ed all'arresto del presunto autore. Essi possono anche indirizzare delle convocazioni a comparire alle persone suscettibili di fornire delle informazioni ed impedire a chiunque di allontanarsi dal luogo del reato.

I poteri sono differenti nell'ambito di una inchiesta preliminare, che è condotta sia sotto l'impulso del procuratore della Repubblica sia d'ufficio e la cui durata non è limitata dal codice di procedura penale. La polizia giudiziaria non può esercitare alcuna delle sue prerogative precedentemente descritte senza l'autorizzazione del procuratore (o del giudice delle libertà e della detenzione su domanda dal procuratore), senza la sottoposizione alla *garde à vue* per le prime 24 ore. Tuttavia, per le perquisizioni, visite domiciliari, e sequestro di elementi di prova essa può agire senza autorizzazione se essa ottiene il consenso espresso della persona interessata.

Quando una informazione giudiziaria è aperta, la polizia giudiziaria esegue gli atti di istruzione delegati dal giudice istruttore (art. 14 c.p.p.).

La polizia giudiziaria, incaricata della realizzazione concreta dell'inchiesta, è dunque presente durante tutta la fase iniziale del procedimento penale, svolgendo il suo compito prima sotto la direzione ed il controllo del pubblico ministero, e dopo sotto la direzione del giudice istruttore. È solamente nell'ambito di una inchiesta preliminare

all'istruzione – ed ancor più nell'ambito di una inchiesta di flagranza – che essa dispone di un vasto grado di autonomia.

In particolare, nel quadro di una inchiesta di flagranza la polizia giudiziaria per le esigenze dell'indagine può anche limitare la libertà individuale di una persona, mettendola in *garde à vue* per una durata di ventiquattro ore, a condizione di informarne il procuratore.

In Francia diversi servizi sono destinati al compimento delle missioni di polizia giudiziaria. Il sistema di polizia francese si caratterizza, come quello italiano, per un carattere dualista, perché esso non si basa su una polizia unica, ma su due forze di polizia differenti per la loro storia e per i loro meccanismi di organizzazione e funzionamento: la *Police Nationale* (forza di polizia ad ordinamento civile) e la *Gendarmerie Nationale* (forza di polizia ad ordinamento militare)¹¹.

Questo sistema dualista è il risultato di una evoluzione storica e da esso ha preso spunto l'attuale sistema italiano. Il dualismo non ha fatto, insomma, che riprodurre il dualismo esistente sul piano della geografia fisica ed umana parzialmente sparito solamente nel XX secolo¹² in quello della distinta evoluzione di queste due istituzioni: la prima la gendarmeria è da sempre una forza più rurale e militare, mentre l'altra, la polizia, è una forza maggiormente presente nei centri urbani e ad ordinamento civile. Infatti le origini delle due forze di polizia si riflettono nella suddivisione del territorio francese in « zone di polizia » e « zone di gendarmeria », le prime normalmente nelle città, le seconde nei villaggi o comuni di minori dimensioni, differenza che invece non è presente nel sistema italiano.

La Polizia e la Gendarmeria sono sottoposte dall'autorità di numerosi ministeri, salve le disposizioni del codice di procedura penale relative all'attività della polizia giudiziaria – che prevedono che le due forze di polizia siano poste sotto la responsabilità dei magistrati per lo svolgimento di questo tipo di compiti. Di fatto è sempre stato il

¹¹ Per non prendere che un esempio di queste differenze, se il diritto di partecipazione ad un sindacato è riconosciuto ai poliziotti, non è lo stesso per i gendarmi, dal momento che essi sono dei militari.

¹² DIEU F., cit., p. 2.

Ministero dell'Interno¹³ ad esercitare il potere gerarchico più importante su tutti i funzionari della Polizia Nazionale e della Gendarmeria Nazionale.

Fino ad alcuni anni fa la gendarmeria è stata oggetto di una doppia dipendenza ministeriale: essa era subordinata al ministro della Difesa e posta per l'impiego sotto l'autorità del ministro dell'Interno per i suoi compiti di sicurezza pubblica, ma a partire dal primo gennaio 2009 la Gendarmeria è transitata completamente sotto il Ministro dell'Interno. Il cambiamento in atto è motivato dal fatto che i «dualismi» (francese e italiano) non sembrano più corrispondere alla realtà dei sistemi di polizia ed allo sviluppo delle politiche europee di sicurezza¹⁴, vista anche la primazia riconosciuta all'interno delle istanze di cooperazione europea alle forze di polizia a statuto civile, cioè per la Francia alla Polizia Nazionale¹⁵.

La Polizia Nazionale

Le parole *Police Nationale* indicano l'insieme delle forze di polizia sottoposte al potere gerarchico del ministro dell'Interno, costituenti un'unica struttura di polizia. La Polizia Nazionale, a livello centrale, si compone di diverse direzioni che corrispondono alla differente ripartizione dei compiti di polizia:

- la Direzione centrale della sicurezza pubblica (*Direction centrale de la Sécurité publique – D.C.S.P.*);
- la Direzione centrale della polizia giudiziaria (*Direction centrale de la police judiciaire – D.C.P.J.*);
- la Direzione centrale della polizia alle frontiere (*Direction centrale de la police aux frontières – D.C.P.A.F.*);
- la Direzione centrale delle informazioni generali (*Direction centrale des renseignements généraux – D.C.R.G.*);

¹³ Ministero dell'Interno, della Sicurezza Interna e delle Libertà locali.

¹⁴ DE OLIVEIRA A. e CHOCQUET C., *La loi du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale : un nouvel équilibre pour le dualisme policier*, in RPDP, 2009.

¹⁵ DIEU, cit., p. 3. Questa situazione ha condotto le polizie a statuto militare a raggrupparsi in reti di cooperazione multilaterale del tipo «FIEP» e «Forza di gendarmeria europea».

- la Direzione della sorveglianza del territorio (*Direction de la surveillance du territoire – D.S.T.*).

Sono le prime tre ad essere principalmente incaricate dei compiti di polizia giudiziaria.

La DCSP si occupa di assicurare la sicurezza e lottare contro la delinquenza in tutte le città ove essa è impiantata. È la DCPJ la direzione specializzata in polizia giudiziaria chiamata ad intervenire negli procedimenti penali relativi alla criminalità organizzata, i dossier economici e finanziari complessi, le relazioni esterne (in particolare la cooperazione internazionale di polizia). La DCPAF è incaricata del controllo transfrontaliero.

La Gendarmeria Nazionale

La *Gendarmerie Nationale* è una forza militare ed una forza di polizia fondamentalmente rurale. Essa è principalmente ripartita in due grandi settori che ne differenziano la dipendenza gerarchica e gli impieghi prevalenti:

- la gendarmeria dipartimentale¹⁶, forza di polizia generale, che interviene grazie alla rete capillare costituita dalle sue Brigate territoriali¹⁷ (oltre 3600) ed alle sue componenti specializzate (nel campo della polizia giudiziaria, della sorveglianza ed intervento, della sicurezza stradale);
- la gendarmeria mobile¹⁸, forza di mantenimento e ristabilimento dell'ordine organizzata per squadroni (122) che interviene al momento delle manifestazioni e dei disordini collettivi.

Contrariamente alla polizia nazionale, l'organizzazione della polizia giudiziaria della gendarmeria non è indipendente dalla catena gerarchica.

¹⁶ Si tratta della parte della gendarmeria riconducibile per storia e funzioni all'organizzazione territoriale dell'Arma dei Carabinieri. Essa è articolata su una Direzione generale, Regioni di Gendarmeria, Gruppi, Compagnie, comunità di Brigate, Brigate.

¹⁷ Il termine non deve trarre in inganno, si tratta di una articolazione periferica assimilabile alla Stazione Carabinieri italiana.

¹⁸ Questa parte della gendarmeria svolge compiti analoghi all'organizzazione mobile dell'Arma dei Carabinieri ed ai suoi Battaglioni.

Le funzioni della polizia giudiziaria ordinaria e specializzata nella gendarmeria sono svolte infatti da personale inquadrato nelle componenti che fanno parte della stessa organizzazione¹⁹. Dal 2003 è stata però creata una sotto-direzione della polizia giudiziaria (S.D.P.J.) collegata alla Direzione Generale della Gendarmeria Nazionale (D.N.G.N.).

B. Le limitazioni della libertà individuale. La *garde à vue*

La *garde à vue* consiste nel privare della libertà individuale la persona sospettata e mantenerla a disposizione dell'ufficiale di polizia giudiziaria per le esigenze dell'indagine.

L'istituto non è facilmente comparabile alle ipotesi di privazione o limitazione della libertà personale presenti nell'ordinamento italiano.

In Francia la *garde à vue* è una misura di detenzione di polizia, privativa della libertà, decisa da un ufficiale di polizia giudiziaria.

Dopo la legge del 15 giugno 2000 la possibilità di una sottoposizione alla custodia a vista era limitata alle persone contro le quali esistevano degli indizi che facevano presumere che esse avevano commesso o tentato di commettere un reato. La legge del 4 marzo 2002 ha modificato queste condizioni ed ha stabilito che l'ufficiale di polizia giudiziaria può «custodire a sua disposizione ogni persona contro la quale esistono una o più ragioni plausibili di sospettare che ha commesso o tentato di commettere un reato». Egli può dunque, in teoria, applicare (l'istituto) indipendentemente dalla gravità del reato.

La durata di tale tipo di custodia è limitata a 24 ore, ma essa può essere prolungata di 24 ore su autorizzazione del pubblico ministero, quest'ultimo dovendo essere immediatamente avvisato di ogni sottoposizione alla custodia a vista.

¹⁹ L'organizzazione della gendarmeria prevede brigate investigative specializzate ed altre operanti contro la criminalità comune, che sono a livello di Gruppo la *Brigade départementale de renseignements et d'investigations judiciaires* ed a livello di Compagnia la *Brigade de recherches*.

Tuttavia, come si vedrà più avanti, quando andremo ad esaminare l'adattamento dell'ordinamento francese allo sviluppo della criminalità, dopo l'entrata in vigore della legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, detta legge Perben II, la durata totale (massima) della *garde à vue* può essere estesa a 96 ore in certi casi, in particolare per i dossier di delinquenza organizzata, di sfruttamento della prostituzione aggravato, di traffico di stupefacenti e di terrorismo.

L'inizio della custodia a vista è fissato all'inizio della ritenzione deciso dall'ufficiale di polizia giudiziaria. La persona sottoposta alla custodia deve avere notificato il fatto che essa è sottoposta a *garde à vue*. Essa deve essere immediatamente informata della natura del reato che motiva l'indagine, della durata della custodia e dei suoi diritti durante la custodia (art. 63-1, co. 1 c.p.p.).

Le persone in *custodia a vista* hanno in effetti il diritto di far avvertire i loro familiari per telefono in un termine di tre ore, potendo tuttavia l'esercizio di questo diritto essere negato dal procuratore, avuto riguardo alle esigenze dell'indagine. Gli altri due diritti accordati alle persone poste in *garde à vue* sono assoluti:

- da un lato la persona può chiedere sin dall'inizio della custodia di essere visitata da un medico e può reiterare la sua richiesta in caso di prolungamento della custodia;
- dall'altro, essa ha la possibilità di incontrarsi con un avvocato, scelto o nominato d'ufficio all'inizio della *garde à vue*.

Tuttavia, per alcuni reati giustificanti una durata della custodia superiore alle 48 ore, il primo incontro con l'avvocato non poteva aver luogo che allo scadere della quarantottesima ora, o della settantaduesima nei procedimenti per traffico di stupefacenti e terrorismo. Inoltre occorre sottolineare che questo incontro era limitato a 30 minuti. La presenza dell'avvocato agli interrogatori non era prevista: questi ultimi potevano anche avere inizio prima che l'interessato avesse incontrato il suo avvocato, il quale non aveva accesso al dossier del suo cliente. Quando la *garde à vue* era prorogata, un secondo incontro con l'avvocato poteva aver luogo a partire dall'inizio di questo prolungamento (art. 63-4, co. 6 c.p.p.).

Il sistema si è però evoluto negli ultimi anni a seguito di una serie di pronunce della CEDH e della suprema Corte francese, a seguito delle quali non è più possibile trattenere in custodia il sospettato privandolo della possibilità di interloquire con il suo avvocato. Una sentenza della *Chambre criminelle* del 19 ottobre 2010 stabilisce che «ogni persona sospettata di aver commesso un reato deve, dall'inizio della *garde à vue*, essere informata del suo diritto a tacere».

Confronto tra i due sistemi processuali. Conclusioni

Il confronto delle disposizioni analizzate mostra le prime differenze ed analogie tra le due procedure.

Il sistema francese e quello italiano possono sembrare molto differenti per certi principi dichiarati nella procedura ed in particolare per la presenza in quella francese di un giudice istruttore e di una fase di istruzione propriamente detta, che sono state soppresse in Italia da molti anni. Sul piano sostanziale le differenze sono meno evidenti, se si considera che nel sistema italiano hanno fatto ingresso negli anni una serie di correttivi che impediscono di considerare il sistema come interamente di tipo accusatorio ed entrambi i sistemi prevedono sempre dei meccanismi per la salvaguardia dei diritti della difesa e per garantire all'accusato il controllo sugli atti che minacciano la libertà individuale in tutte le sue espressioni di un giudice in una posizione di terzietà maggiore rispetto all'organo dell'accusa.

Ci sono inoltre altre analogie che derivano da una evoluzione storica ravvicinata per quanto concerne l'organizzazione di differenti strutture. È in particolare il caso dell'organizzazione delle forze di polizia: nei due paesi abbiamo un sistema dualista con due forze statali a competenza generale (una ad ordinamento civile ed una ad ordinamento militare) ed una terza con compiti altamente specializzati nel campo tributario (anche se il funzionamento ed i compiti di questo settore è regolamentato in Francia da un apposito Codice delle Dogane che non prevede per i funzionari delle dogane l'automatica attribuzione della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria,

mentre le stesse funzioni sono esercitate in Italia da ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria secondo le norme del codice di procedura penale).

Le differenze più marcate, che potevano prima essere individuate nella disciplina della *garde à vue* – misura di polizia (decisa da un ufficiale di polizia giudiziaria) che comporta la privazione della libertà anche al di fuori dei casi di flagranza, la quale non trova dei casi analoghi nel sistema italiano – ma, a seguito dell'evoluzione degli ultimi anni, il sistema francese si è avvicinato a quello italiano.

Sezione II - Il concorso di persone e la responsabilità penale nei reati associativi

Nei due ordinamenti giuridici oggetto del presente studio comparato vige , come si è visto, il principio della responsabilità penale personale, intesa in entrambi i paesi, anche alla luce della più recente giurisprudenza, come responsabilità per il fatto proprio colpevole.

Nei due ordinamenti la responsabilità penale personale è disciplinata sia con riguardo alle condotte poste in essere da una sola persona sia alle condotte plurisoggettive di commissione del reato, che normalmente si ritiene rappresentino una minaccia maggiore per il bene giuridico tutelato.

In relazione ad un possibile primo livello di responsabilità penale derivante dalla commissione di un reato da parte del singolo o ad opera di più soggetti – complici in maniera occasionale anche se responsabili di una molteplicità di reati – sia il codice penale italiano che quello francese regolamentano le ipotesi di commissione da parte di più soggetti di un reato che in linea teorica può essere portato a compimento anche da un solo soggetto.

Il testo penale italiano dedica nel Libro I, all'interno del Titolo IV (Del reo e della persona offesa del reato), un apposito capo alla disciplina del concorso di persone nel reato (Capo III, artt. da 110 a 119 c.p). L'art. 110 recita che «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita», stabilendo così in linea di principio la regola generale della sottoposizione alla stessa pena per tutti coloro che concorrono nel reato ed individuando poi una molteplicità di regole ed eccezioni per casi particolari, quali:

- la determinazione al reato di persona non imputabile, con la previsione di un aumento di pena a carico di chi ha determinato la commissione del reato (art. 111 c.p.);
- l'accordo per commettere un reato o l'istigazione, con una generale regola di non punibilità per il solo accordo o la sola istigazione (art. 115 c.p.);

- l'ipotesi di commissione di reato diverso da quello voluto da qualcuno dei concorrenti (art. 116 c.p.).

Il capo III prevede anche delle circostanze aggravanti per i casi di reati in concorso (art. 112 c.p.) e delle circostanze attenuanti (art. 114 c.p.). Tra le prime vanno segnalati, anche per meglio comprendere la successiva trattazione, gli aumenti di pena previsti al n. 1), cioè per la partecipazione al reato di cinque o più persone, ed al n. 2), per chi «ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo».

Il nuovo codice penale francese prevede e disciplina invece due distinte figure di carattere generale, la *coaction* e la *complicité*.

La prima disciplina i casi riconducibili in linea di massima al nostro concorso di persone. Si ha infatti coazione nei casi di compartecipazione di più *coauteurs* allo stesso reato. Essa presuppone una azione condotta in maniera non semplicemente concomitante ma in modo concertato, senza possibilità di distinguere tra una azione principale ed un'altra solamente collegata alla prima²⁰. Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione francese si è in presenza di un caso di coazione allorché gli obiettivi perseguiti dagli autori del comportamento colpevole siano gli stessi, identico sia l'oggetto del reato ed analogo l'elemento morale (semplificando si potrebbe dire che ognuno dei coautori commette materialmente e psicologicamente lo stesso reato)²¹.

Accanto poi all'autore o ai coautori del reato, i quali agiscono in primo piano, il diritto penale francese distingue e differenzia le persone che qualifica *complices*, ed il cui ruolo è meno evidente ed apparentemente meno importante (artt. 121-6 e 121-7 c.p.). Per esserci complicità occorre secondo il codice la commissione di un reato principale, dal momento che la complicità non è che una forma accessoria di imputabilità del reato, e che la persona qualificata come complice abbia commesso determinati atti, specificamente enumerati dalla legge (art. 121-7 c.p.), che possono consistere in un aiuto od assistenza ovvero in una istigazione²².

²⁰ LEROY J., *Droit Pénal général*, 2008, p. 249

²¹ LEROY J., op. cit., p. 250.

²² DESPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit Pénal général*, 2009, pp. 514 ss.

L'art. 121-6 del codice penale dispone che «sarà punito come autore il complice dell'infrazione». Si tratta di un testo che interpretato letteralmente può significare che il complice deve essere punito non come l'autore del reato principale, ma come se egli stesso fosse l'autore con il rischio di conseguenze estreme come l'applicazione al complice in determinati casi di circostanze aggravanti proprie dell'autore (e quindi non applicabili nemmeno al coautore)²³. Malgrado la distinzione tra le due figure sia in linea di principio molto chiara, rendendosi responsabile il coautore – insieme ad altri – dei differenti elementi costitutivi dell'infrazione e commettendo invece il complice uno degli atti descritti dall'art. 121-7, la distinzione non sempre è chiara in giurisprudenza ed a volte la censura della Corte di cassazione non interviene ricorrendo alla teoria così detta della pena giustificata, quando viene constatato che può intervenire la stessa condanna sia che la condotta venga qualificata come quella del coautore o del complice²⁴.

In entrambi gli ordinamenti sono poi presenti delle specifiche fattispecie di reato per sanzionare i casi in cui la compartecipazione criminosa – occasionale ed eventualmente ripetuta – si trasforma in un vincolo stabile e determina l'esistenza di una struttura associativa semplice – associazione per delinquere nell'ordinamento italiano, *association de malfaiteurs* in quello francese –costituendo una minaccia ben più grave rispetto a quella costituita da un accordo non stabile per la commissione di reati.

Saranno analizzate prima le figure associative previste dal diritto penale italiano, partendo dall'associazione per delinquere «semplice» e dai ripetuti tentativi di estenderne il campo di applicazione alle strutture associative tipiche della criminalità organizzata, approfondendo successivamente la struttura dell'associazione per delinquere di tipo mafioso e l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (§ 1). Di seguito saranno prese in esame le norme dell'ordinamento francese che disciplinano il reato di associazione di malfattori e la circostanza aggravante della commissione del reato in banda organizzata ed anche in questo caso l'estensione del loro campo di applicazione per adattare al contrasto alle forme

²³ DESPORTES F., LE GUNEHEC F, op. cit., pp. 531-532.

²⁴ DESPORTES F., LE GUNEHEC F, op. cit., pp. 536-537.

complesse di criminalità fino all'introduzione di un regime derogatorio per i reati di criminalità organizzata (§ 2).

Per quanto riguarda la storia del concetto di criminalità organizzata, esso è antico ma l'espressione è apparsa per la prima volta nella letteratura americana del XIX secolo, quando questa faceva riferimento a delle attività criminali strutturate e definite, in particolare alla prostituzione ed alle pratiche di gioco clandestino²⁵.

Successivamente il concetto ha dato vita ad un dibattito negli anni venti, all'epoca del proibizionismo, quando le attività illegali legate ai traffici di alcool erano strettamente connesse allo sviluppo delle organizzazioni mafiose²⁶ e queste ultime avevano già preso una dimensione transazionale²⁷. Nella prima metà del secolo scorso però la Francia, a differenza degli Stati Uniti o dell'Italia, non ebbe a confrontarsi con un sistema criminale stabile imperniato su strutture criminali permanenti, operanti su una grande estensione territoriale.

In Francia questo ha determinato dunque un ritardo nella concettualizzazione di determinati fenomeni criminali ed i professionisti della sicurezza hanno avuto grandi difficoltà ad inquadrare e qualificare l'evoluzione della criminalità, dal momento che la questione si impose molto dopo ed allo stesso tempo la spinta da parte dell'opinione pubblica non fu molto pressante in questo senso²⁸.

Negli anni 60 e 70 alcune organizzazioni criminali intrapresero un cambio di rotta strategico, essenziale per la loro successiva espansione, volgendo verso i traffici illeciti di sostanze stupefacenti²⁹. Gli Stati Uniti, paese maggiormente interessato dall'importazione e dal consumo di eroina, divennero il teatro di operazioni condotte da organizzazioni criminali europee (all'inizio soprattutto corse e marsigliesi,³⁰

²⁵ LALAM N., *La criminalité organisée. Le hiatus entre les réalités et la conceptualisation*, in *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n. 214, marzo 2005, p. 22.

²⁶ LALAM N., *op. cit.*, p.22.

²⁷ VERGES E., *La notion de criminalité organisée après de la loi du 9 mars 2004*, in *AJ Pénal*, n.5, maggio 2004, p.181.

²⁸ AUDA G., *Le crime organisé, une perception variable, un concept polémique*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009, p.17.

²⁹ LUPO S. *Storia della mafia*, Donzelli, Roma, 2004, pp. 241 ss.

³⁰ SAPIN L., GALANTE P., *La grande filière*, Laffont, Paris, 1979, pp. 241 ss.

successivamente siciliane) e proprio in questo periodo l'analisi giuridica del concetto di organizzazione mafiosa divenne prioritaria.

Tuttavia, come si vedrà nel seguito dell'esposizione, nel campo della criminalità organizzata, la particolarità di differenti sviluppi di certi settori criminali ha condotto l'Italia e la Francia ad affrontare il problema in tempi e modi molto differenti.

I due stati, come molti altri paesi europei, sono purtroppo teatro di operazioni per numerosi gruppi criminali di caratura internazionale, operanti in settori strategici dell'economia – anche legale – senza trascurare la presenza in Francia di esponenti della criminalità organizzata di origine italiana, che hanno utilizzato il territorio francese come base d'appoggio, per investimenti finanziari³¹ e come via di comunicazione per differenti traffici, ancora oggi nel campo del traffico degli stupefacenti³².

§ 1. Le fattispecie associative nell'ordinamento italiano

La presenza di norme penali volte a reprimere le associazioni dedite stabilmente alla commissione dei delitti all'interno della tradizione giuridica italiana è risalente nel tempo.

Nel codice Zanardelli, entrato in vigore nel 1889, fu previsto nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico il reato di «associazione per delinquere», diretta derivazione dall'ipotesi dell'associazione di malfattori dal codice penale sardo la cui applicazione era stata estesa a tutto il territorio della penisola.

L'art. 248 del codice Zanardelli includeva un ampio numero di delitti-scopo in vista dei quali era costituita l'associazione. Secondo la previsione del primo comma «Quando cinque o più persone si associano per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà, ciascuna di esse è punita, per il solo fatto dell'associazione, con la reclusione da uno a cinque anni».

³¹ PIERRAT J., *Mafias, gangs et cartels. La criminalité internationale en France*, Denoël, 2008, pp. 401 ss.

³² Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, XV Legislatura, *Relazione annuale sulla 'ndrangheta*, 19 febbraio 2008, pp. 19 e 211.

La norma non conteneva alcun riferimento di natura criminologica alla qualità di «malfattori» dei componenti come avveniva nei precedenti codici (i componenti dell'associazione venivano indicati nel 1882 con la parola «persone» e non «malfattori») ma riprendeva il numero minimo di cinque o più persone del codice sardo-italiano.

Il legislatore del 1930, nell'intento di introdurre uno strumento repressivo idoneo, si mosse ancora lungo la linea di tale processo di astrazione, trasformando ulteriormente la tipizzazione dell'associazione per delinquere (art. 416).

Attualmente nel codice penale italiano, tra i delitti contro l'ordine pubblico, sono contenute due diverse norme incriminatrici che prevedono due distinte figure generali di delitto associativo:

- l'«associazione per delinquere» (art. 416 c.p.),
- l'«associazione di tipo mafioso» (art. 416 bis c.p.).

Nell'impianto originario del codice era previsto solo la prima delle due fattispecie, la seconda – l'associazione di tipo mafioso – venne inserita solamente nel 1982 per fare fronte a specifiche esigenze di contrasto alla criminalità organizzata.

A. Il delitto di associazione per delinquere

A.1. Gli elementi costitutivi del reato

Il delitto di associazione per delinquere – che nel seguito dell'esposizione sarà definito anche associazione per delinquere «semplice» o «comune» – venne mantenuto nel codice Rocco per una esigenza di prevenzione molto forte avvertita dai redattori del codice del 1930, che, ritenendo opportuno il mantenimento di uno strumento repressivo adeguato, descrissero la condotta associativa secondo un procedimento di ulteriore astrazione che allargava la sfera di applicazione del reato previsto nel codice Zanardelli sacrificando ulteriormente il requisito della tipicità della condotta

Per aversi la fattispecie incriminata dall'articolo 416 occorre la condotta di «tre o più persone (che) si associano allo scopo di commettere più delitti». Mentre nel vecchio codice si richiedeva che gli associati fossero dei «malfattori», in questa formulazione si tratta di un delitto che può essere commesso da chiunque. Nel testo ottocentesco occorre poi che i malfattori avessero come scopo la commissione di alcune specie di delitti piuttosto che altre, con la formulazione del 1930 invece questo requisito divenne irrilevante e da allora il vincolo stabile che da luogo all'associazione può realizzarsi in vista dei più diversi delitti-fine che non sono determinati

Come nella formulazione del secolo precedente, la legge distingue la responsabilità dei promotori o organizzatori del gruppo – per i quali è prevista una pena da 3 a 7 anni di detenzione (art. 416, co. 1) – da quella dei semplici partecipanti – per i quali è prevista una pena da 1 a 5 anni (art. 416, co. 2). Anche la circostanza aggravante della scorreria in armi venne traslata dalla formulazione ottocentesca a quella del nuovo codice penale.

Le condotte tipiche possono quindi essere considerate di due tipi: nella prima ipotesi la condotta delittuosa consiste nel promuovere o costituire od organizzare l'associazione, nella seconda ipotesi il fatto tipico consiste invece nel partecipare all'associazione³³.

L'interesse protetto è, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, l'ordine pubblico, minacciato dalla semplice esistenza di una associazione stabile avente per programma la commissione di delitti.

Per aversi associazione non basta un semplice accordo. Affinché esista l'associazione è necessaria l'esistenza di un minimo di organizzazione a carattere stabile, che – anche senza alcuna distribuzione gerarchica di ruoli e funzioni – serva ad attuare la continuità del programma criminoso preso di mira. La gerarchia in una ripartizione rigida di funzioni non è necessaria perché, come visto, la presenza di capi e la loro condotta costituisce una mera eventualità.

³³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, pp. 474 ss.

Una volta stabilito il livello minimo di organizzazione in vista di un programma criminoso, si da avvio ad una condotta che da luogo ad un reato di tipo permanente.

Per comprendere appieno la struttura dell'associazione per delinquere ed i requisiti minimi previsti dalla normativa italiana per l'esistenza del reato associativo è necessario riprendere e soffermarsi brevemente sulla nozione di concorso nel reato. Si potrà in tal modo cogliere la differenza di struttura tra la semplice partecipazione di più persone in concorso nello stesso reato ed il reato associativo vero e proprio, in particolar modo il delitto previsto dall'art. 416 del codice penale.

La distinzione non è ovviamente di rilievo solamente teorico, dal momento che la configurazione di un diverso e concorrente reato può determinare in maniera diversa il cumulo delle pene ed il computo finale al momento dell'irrogazione della pena.

L'articolo 110 del codice penale italiano sulle pene per coloro che concorrono nel reato disciplina la materia con la regola della potenziale sottoposizione alla stessa pena per tutti coloro che concorrono nel reato.

Tale regola di carattere generale sul concorso di persone nel reato e le eccezioni cui si è fatto cenno prima disciplinano i casi di compartecipazione di più persone alla realizzazione di un medesimo reato, le situazioni cioè nelle quali uno o più reati determinati sono commessi da più persone unite da un vincolo occasionale. Un vincolo di questo tipo tra i compartecipi è «circoscritto alla realizzazione di uno o più delitti nettamente individuati, commessi i quali l'accordo medesimo si esaurisce e, quindi, viene meno ogni pericolo per la comunità»³⁴. L'accordo nel concorso di persone dà quindi vita ad una «entità collettiva contingente»³⁵, realizzata da coloro che ne fanno parte sul presupposto che l'unione delle loro forze renda possibile o comunque più agevole la commissione di un reato astrattamente realizzabile anche da un singolo.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, le caratteristiche che distinguono l'associazione per delinquere dal concorso di più persone nel reato sono essenzialmente due:

³⁴ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, VIII ed., Giuffrè, Milano, 1982, p. 714.

³⁵ FIANDACA G., MUSCO E., cit., p. 485.

- un vincolo associativo stabile o permanente tra tre o più persone, destinato a durare anche dopo la realizzazione di ciascun delitto programmato;
- l'indeterminatezza del programma criminoso, riferito appunto ad un insieme indefinito di fatti delittuosi.

Entrambi i requisiti mancherebbero nel concorso nel reato, che si limiterebbe a produrre un vincolo "occasionale" volto alla realizzazione di uno o più reati determinati.

A.2. Inadeguatezza della formulazione dell'articolo 416 per la repressione delle associazioni mafiose

La seconda delle norme citate, l'art. 416 bis del codice penale, che punisce l'associazione di tipo mafioso, è invece di più recente formulazione. Essa è stata introdotta dall'art. 1 della L. 13 settembre 1982 n. 646 per adeguare e rafforzare la capacità di risposta statale al crescente aumento della violenza mafiosa e rappresenta il frutto di una lunga e tormentata gestazione e di un dibattito sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza nel corso degli anni 70.

La mafia come fenomeno criminale è stata oggetto di studi approfonditi, anche da parte di storici e criminologi, già alla fine dell'800. Tali studi hanno avuto un peso anche sui successivi dibattiti di contenuto giuridico, non trattandosi solamente di definire il contenuto del fenomeno in una prospettiva criminologica, ma essenzialmente di individuare delle caratteristiche che potessero ricondurlo all'unicità e di precisarne gli scopi.

Di fronte ad una ineguale diffusione dell'uso della violenza da parte di strutture criminali organizzate, nel corso di quasi tutto il XX secolo la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto concretamente occuparsene soprattutto per risolvere il non semplice problema dell'applicabilità alla mafia (meglio: ai componenti delle cosche mafiose) della norma incriminante del reato di associazione per delinquere³⁶. Si trattava cioè di confrontare il paradigma dell'associazione mafiosa con il contenuto della norma

³⁶ Prima del 1930 lo stesso problema riguardava infatti l'applicabilità alle consorterie mafiose del reato di associazione per delinquere previsto dall'art. 248 del codice Zanardelli.

di parte speciale per verificare la sovrapposibilità del modello legislativo dell'associazione con l'archetipo della cosca mafiosa. Seguendo i risultati degli approfondimenti di tipo socio-criminologico, non sorgevano dubbi sulla riconducibilità delle aggregazioni mafiose alla condotta associativa e quindi sulla sovrapposibilità di essa alla prima parte dell'art. 416 («si associano»), i dubbi sorgevano – secondo alcuni – sulla stessa operazione relativamente al secondo requisito richiesto dalla norma l'associarsi e cioè «lo scopo di commettere più delitti».

A metà degli anni venti del secolo scorso il Governo fascista diede avvio ad una energica azione repressiva della mafia. Venne emanato il Decreto Legge 15 luglio 1926 n. 1254, recante provvedimenti per «la tutela della sicurezza pubblica nelle province siciliane»³⁷ e gli uffici di istruzione dei vari distretti siciliani istruirono, soprattutto a Palermo, numerosi procedimenti per associazione a delinquere, inizialmente sotto la vigenza del codice Zanardelli, dall'inizio degli anni trenta sotto quella del codice Rocco.

Se era praticamente impossibile negare la presenza di una agguerrita criminalità organizzata, soprattutto nelle province occidentali dell'isola, non era pacifica – né tra chi affrontava il problema dal punto di vista storico o sociologico, né tra i giuristi più attenti – la sua identificazione con la «mafia» o «maffia».

A titolo di esempio si può riprendere la visione di Vittorio Emanuele Orlando che in un suo noto discorso elettorale del 1925 a Palermo non esitava a proclamarsi in un certo senso «maffioso»³⁸, mentre alcuni anni dopo, poco dopo l'emanazione del nuovo codice penale, il magistrato Giuseppe Guido Lo Schiavo, per anni impegnato in Sicilia, inquadrava il fenomeno mafia tra quelli perseguibili ai sensi dell'art. 416 c.p.³⁹.

³⁷ Il decreto venne abrogato con la legge 11 luglio 1941 n. 776.

³⁸ Nel suo discorso elettorale tenuto a Palermo il 28 luglio 1925 il deputato siciliano, già presidente del Consiglio dei ministri, ebbe a dire «(...) se per maffia si intende aiuto da amico ad amico, se per maffia si intende amor proprio di popolo (...) la fedeltà fino all'esasperazione, allora, da palermitano a palermitani, vi dico che io sono il primo maffioso».

³⁹ LO SCHIAVO G.G., *Il reato di associazione per delinquere nelle province siciliane*, Selci Umbro 1933, p.8. Egli scriveva sull'argomento nel 1933, cercando di dimostrare come nella mafia concorressero tutti i requisiti dell'associazione per delinquere. Dopo aver cercato una spiegazione storica al formarsi dell'«indole isolana (...) carattere di quella generazione dalla quale (...) derivarono i mafiosi» sosteneva che «(...) tale derivazione era a fondo degenerativo, in quanto si fondava su elementi intrinseci di antiggiuridicità e di turbamento delle più elementari regole del normale vivere sociale: (...) l'istinto di predominio sopra i deboli, l'estrinsecazione della prepotenza, l'audace ribellione agli organi costituiti dello Stato, l'omertà, il concetto dell'autogiustizia, identificano il mafioso, ribelle alla legge il quale delinque con la coscienza di esercitare un diritto fondato sulle proprie caratteristiche di forza»

Il costante progredire del dibattito, sviluppatosi a partire dall'immediato dopoguerra, rende perfettamente l'idea delle contrastanti opinioni in partenza e della progressiva presa di coscienza dell'importanza della problematica da parte dei giuristi. Per comprendere la contrastante evoluzione delle opinioni, spesso conseguenza dell'esacerbarsi della violenza mafiosa o di gravi episodi di sangue portati all'attenzione dell'opinione pubblica, si riportano di seguito brevemente i più importanti passaggi al fine di comprendere come le opinioni del legislatore siano progredite di pari passo con le considerazioni di dottrina e giurisprudenza.

Il passaggio logico che dimostrava l'insufficienza della formulazione dell'art. 416 e la necessità di legiferare sul punto era già chiaro nel dopoguerra, se in MANZINI si poteva leggere che «La mafia, la camorra o picciotteria (...) e simili sono certamente associazioni per delinquere. Ma poiché il diritto penale non punisce le collettività criminose come tali, bensì i singoli individui che le compongono, così si dovrà accertare, di caso in caso, se le persone sottoposte a giudizio si fossero veramente associate per commettere più delitti, mentre non basterebbe assodare soltanto la loro appartenenza ad una di siffatte collettività» con la ulteriore precisazione che «non si deve confondere ciò che può essere necessità di polizia in un determinato momento, con quanto si richiede per l'applicazione d'una norma di diritto penale»⁴⁰.

Nel periodo compreso tra l'immediato dopoguerra e l'inizio degli anni 60 si era ormai fatta strada tra molti operatori del diritto la convinzione che, per il contrasto alla criminalità di tipo mafioso, la formulazione del reato di associazione per delinquere contenuta nell'art. 416 c.p. si stesse rivelando inadeguata e fosse quindi necessario introdurre nuovi strumenti normativi.

All'inizio della II legislatura, nel 1958, venne presentato un disegno di legge per l'«Istituzione di una commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della «mafia»» ma il dibattito sul tema non portò subito tutte le forze politiche alle medesime conclusioni. All'inizio, nel corso di accesi dibattiti parlamentari, diversi deputati si schierarono contro l'idea di una commissione permanente sul fenomeno mafioso e

⁴⁰ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1950, vol. VI, p. 176.

motivarono il loro diniego, definendo l'istituenda commissione inutile, incostituzionale ed in ogni caso inidonea rispetto allo scopo perseguito, contraddicendo totalmente quanto del fenomeno andavano sostenendo studiosi, magistrati, operatori di polizia⁴¹. Nel 1962, dopo «un crescendo impressionante dei delitti di mafia» e dopo che anche l'Assemblea Regionale Siciliana si era espressa favorevolmente e⁴², l'atteggiamento del legislatore mutò e al termine del dibattito, nel corso della III legislatura, la parola mafia entrò per la prima volta in una legge italiana. Nel 1962 veniva infatti istituita per legge la «Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia», con la Legge 20 dicembre 1962 n. 1720.

Anche se i risultati dei lavori di tale prima commissione parlamentare furono relativamente esigui e non all'altezza della aspettative, essi portarono comunque ad una conoscenza più approfondita del fenomeno mafioso, creando le premesse per una più adeguata risposta istituzionale al fenomeno stesso⁴³.

Durante il primo anno di attività la Commissione parlamentare così istituita presentò al Parlamento una prima relazione nella quale veniva proposto di modificare le norme penali e quelle sulle misure di prevenzione in vigore (L. 1423/1956) per rendere più efficace la lotta contro la mafia⁴⁴. La relazione conteneva una serie articolata di proposte con il fine di intervenire incisivamente contro il fenomeno ma fra tutte le proposte il Governo recepì solo quelle riguardanti le misure di prevenzione (sorveglianza speciale e divieto e obbligo di soggiorno) ed il 19 settembre 1963

⁴¹ Nella *Relazione della I Commissione Permanente* sul disegno di legge Parri ed altri senatori per l'Istituzione di una commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della «mafia», si legge nella relazione di maggioranza che «una inchiesta parlamentare sia inutile, per vari aspetti incostituzionale, in ogni caso inidonea allo scopo da raggiungere. È inutile un'inchiesta diretta a scoprire cose già note (...) in realtà la mafia non è una associazione dotata di statuto e nome, ma un costume, un modo di vivere, che va bene per coloro che ne sanno trarre partito». In un altro passo della stessa relazione «La inchiesta è per alcuni punti anti-giuridica (...) l'indagine parlamentare dovrebbe penetrare negli ambulacri inviolabili del potere giudiziario, per esaminarne e giudicarne l'attività e controllare e sindacare l'opera della polizia giudiziaria» ed infine «La coscienza nazionale ha già ravvisato un primo fondamentale mezzo di riscossa nella concessione dell'autonomia regionale a statuto speciale alla Sicilia (...) non si possa né si debba interferire in questa opera di redenzione che pubblici poteri regionali stanno compiendo sul piano legislativo ed amministrativo. (...) La maggioranza della Commissione è fermamente convinta che i pubblici poteri siano sulla strada maestra per la eliminazione del fenomeno lamentato»

⁴² Senato della Repubblica, III Legislatura, *Resoconto* della seduta n. 540 del 10 aprile 1962 e *Resoconto* della seduta n. 541 dell'11 aprile 1962.

⁴³ TURONE G, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 18 ss.

⁴⁴ Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, III legislatura, *Relazione e proposte della Commissione al termine della prima fase dei lavori* del 7 agosto 1963.

presentò in tal senso il disegno di legge che divenne poi la legge 31 maggio 1965 n. 575 «Disposizioni contro la mafia».

La situazione a metà degli anni 60 può quindi essere così schematizzata: da un lato proprio sulla spinta della prima Commissione Parlamentare Antimafia veniva emanata la nuova legge sulle misure di prevenzione «Disposizioni contro la mafia», dall'altro, nello stesso periodo, una parte della dottrina, pur non negando l'esistenza del fenomeno mafioso, riteneva di dover escludere la punibilità delle aggregazioni mafiose in base al solo dettato normativo dell'art. 416 c.p.

Sotto il primo aspetto la legge 575/1965 può essere considerata come la prima vera legge antimafia e riveste in questo ambito una notevole importanza soprattutto perché su di essa venne progressivamente a formarsi una elaborazione giurisprudenziale che contribuì man mano a quella definizione giuridica dell'associazione mafiosa alla quale avrebbe poi attinto il legislatore del 1982 per formulare la definizione tuttora in vigore dell'associazione di tipo mafioso. Con tale legge, dopo un altro travagliato dibattito parlamentare, la parola "mafia" entrava nuovamente in un testo normativo italiano e per la prima volta veniva espressamente contemplata dal legislatore la categoria criminologica dell'«associazione mafiosa», dal momento che le previsioni di tale legge erano state introdotte per essere applicate agli «indiziati di appartenere ad associazioni mafiose», anche se poi in nessuna altra norma veniva definita l'«associazione mafiosa», né esistevano criteri chiari per poter colmare tale lacuna definitoria.

Questa mancanza non era priva di conseguenze poiché la nuova legge, a differenza della legge istitutiva della Commissione Antimafia, era destinata ad essere interpretata ed applicata dai magistrati penali. L'esigenza di trovare una interpretazione univoca dell'espressione «associazione mafiosa» si rendeva necessaria in primo luogo per riportare sui giusti binari l'ampia discrezionalità da parte degli organi incaricati di applicare la legge.

Per tale ragione alla legge seguì necessariamente una elaborazione giurisprudenziale, che si rivelò poi fondamentale nella costruzione della fattispecie che

sarebbe stata introdotta dal legislatore 17 anni dopo l'entrata in vigore della legge 575/1965.

Se si considera dall'altro lato l'atteggiamento della dottrina cui si è fatto cenno, una parte di essa, negli anni 60, riteneva che sulla base del contenuto dell'art. 416 c.p. non fosse possibile condannare gli appartenenti alle aggregazioni mafiose perché per poter ravvisare tale delitto «occorre che tra le finalità dell'associazione vi sia quella di realizzare determinate fattispecie criminose», mentre i sodalizi mafiosi non avrebbero «necessariamente» tale finalità. Uno dei più autorevoli penalisti italiani – in un'epoca nella quale la dottrina penalistica non aveva ancora operato dei veri approfondimenti in materia – descriveva il fenomeno mafioso come fenomeno sociale «illecito» e «immorale», ma non necessariamente criminale e, in particolare, «non necessariamente attinente alla criminalità organizzata, quasi esso fosse contrassegnato da emergenze delittuose soltanto eventualmente e sporadicamente»⁴⁵.

Il primo dei parametri individuati dalla giurisprudenza come caratterizzanti l'agire mafioso e quindi l'associazione mafiosa venne ben enucleato in una sentenza della Corte di cassazione del 1965. Si trattava nel caso di specie di confermare una valutazione relativa all'ambiente nel quale era maturato il reato di violenza privata, e la Corte ebbe a dichiarare che in un ambiente dominato dalla mafia «ove le prepotenze e le vessazioni sono elevate a regole di vita», ben può l'intimidazione manifestarsi anche in semplici atteggiamenti «pur in mancanza di parole o di gesti espliciti di intimidazione»⁴⁶. Si trattava di un passo importante perché la giurisprudenza riconosceva che il comportamento del soggetto mafioso poteva essere rafforzato in un ambiente dove le sue parole ed i suoi gesti potevano avere il significato di una minaccia implicita, allusiva, imminente. Si trattava di un primo nucleo di quello che è un carattere spesso valutato ancor oggi nei processi di mafia: quello dell'intimidazione sistematica⁴⁷.

⁴⁵ ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte speciale, vol. II, Milano, 1966, p. 630.

⁴⁶ Cass., 6 ottobre 1965, Albovino.

⁴⁷ TURONE G., op. cit., pp. 115 ss.

Un altro dato che conferma come in quegli anni fosse percepita – non solo fuori ma anche dentro i tribunali – la forza intimidatrice delle aggregazioni mafiose lo si ritrova in una sentenza della Corte di cassazione del 1967. La Corte era chiamata a pronunciarsi su una sentenza della corte di appello di Palermo, la quale aveva confermato la condanna di primo grado per l'accusa di favoreggiamento personale a carico di un imputato che – non sentendosi abbastanza protetto da possibili rappresaglie da parte degli organi dello Stato – aveva rifiutato di indicare i nomi di presunti appartenenti alla mafia che gli avevano amputato una mano. La Corte Suprema riconosceva all'imputato la discriminante dello stato di necessità sulla base della considerazione che l'attualità del pericolo non potesse essere esclusa, come aveva invece ritenuto dalla corte di merito, dalla protezione della polizia e della magistratura, «dati i sistemi cui la mafia ha sempre informato la sua azione, la potenza e le ramificazioni di tale organizzazione criminosa e l'epoca del fatto, epoca in cui l'azione dello Stato per il debellamento della mafia era appena agli inizi»⁴⁸.

Nel 1969 la Corte di cassazione stabilì che il termine «associazione mafiosa» pur non essendo definito dalla legge 575/1965 avesse «nel linguaggio comune un significato univoco e limiti ben definiti» richiamandosi esso «a noti fenomeni di grave antisocialità esattamente individuati e circoscritti sotto il profilo concettuale, sotto quello sociologico e sul piano legale»⁴⁹. In realtà, nonostante l'affermazione sull'individuazione del concetto «sul piano legale», l'approccio giurisprudenziale doveva ancora necessariamente rapportarsi e riportarsi alla nozione sociologica di «mafia» senza alcuna autonoma elaborazione del concetto.

Tali decisioni giungevano chiaramente in seguito ad un implicito riconoscimento della forza intimidatrice sprigionata dall'organizzazione mafiosa e della conseguente omertà, frutto della forza di tale vincolo associativo e caratteristica essenziale delle organizzazioni stesse.

Un ulteriore passo avanti sulla strada della definizione giurisprudenziale del comportamento mafioso lo si può rinvenire in una sentenza del 1973 – relativa, questa,

⁴⁸ Cass., Sez. III, 12 maggio 1967, Cravotta, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1968, p. 927, m. 1395.

⁴⁹ Cass 29 ottobre 1969, Tempra, in *Giust Pen.* II, 1970.

all'applicazione della legge 575/1965 – nella quale viene menzionato come sintomo di mafiosità «l'uso di mezzi intimidatori per assicurarsi il monopolio dei trasporti in una determinata zona»⁵⁰. In questa sentenza emerge chiaramente la consapevolezza degli aspetti economici del fenomeno mafioso, che comincia così ad essere percepito dalla giurisprudenza (lo era già nella sociologia) come fenomeno di conquista illegale di spazi di potere, e in particolare di potere economico.

B. L'associazione di tipo mafioso

Metodo mafioso e condizione di assoggettamento

Tra la seconda metà degli anni sessanta e l'inizio del decennio successivo, dunque, la giurisprudenza aveva già individuato i principali parametri caratterizzanti l'associazione mafiosa, nei suoi metodi, nella forza intimidatrice del vincolo associativo e nelle finalità di quest'ultimo. Le sentenze riportate sopra costituivano il riflesso di una consapevolezza in tale direzione che si faceva strada tra gli operatori del diritto.

Alla fine degli anni 70, sulla consapevolezza dell'esistenza di un potere mafioso, la cui unicità ed il cui centralismo non erano ancora dimostrati, si innestarono prima numerosi e sanguinari attacchi contro esponenti delle istituzioni e del mondo giornalistico che si erano distinti nella lotta contro la criminalità mafiosa e poi, in maniera percepibile anche dal grande pubblico, l'esplosione di veri e propri conflitti armati tra esponenti di diverse fazioni criminali per il predominio su traffici illeciti di notevole importanza.

La Sicilia veniva a trovarsi in una posizione centrale nell'ambito dei grandi traffici di stupefacenti. La morfina base transitava in grandi quantità sul suo territorio per essere trasformata in eroina nei suoi laboratori e poi indirizzata in parte verso le più importanti piazze europee ma prevalentemente verso il nord America. La competizione per assicurarsi la supremazia ed in alcuni casi il monopolio sui grandi traffici che attraversavano il continente europeo divampò in maniera sanguinaria tra compagini già

⁵⁰ Cass., 25 giugno 1973, Mazzaferro, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1974, p. 1373, m. 2197

strutturatesi nei decenni precedenti e stabilmente ancorate al territorio, sul quale esercitavano una sorta di sovranità di tipo territoriale. Il livello dello scontro armato tra le fazioni si elevò rivolgendosi apertamente nel corso degli anni ottanta contro il potere statale, colpendo esponenti di spicco delle istituzioni statali impegnati a contrastarle. Certe modalità del contrasto aperto tra stato ed organizzazioni mafiose lo resero assimilabile ad alcuni aspetti della minaccia rappresentata nello stesso arco temporale dalla presenza di organizzazioni eversive di matrice eversiva.

I poteri legislativo, esecutivo e giudiziario si trovarono così di fronte all'esacerbarsi del confronto violento tra gruppi criminali che si contendevano la supremazia su traffici illeciti riferibili al territorio di importanti province siciliane ed alla constatazione che la disciplina dell'associazione per delinquere (art. 416 c.p.), non essendo applicabile alle associazioni mafiose, risultava insufficiente per reprimere le molteplici manifestazioni delle stesse. Il fenomeno mafioso nascondeva infatti dietro condotte in alcuni casi apparentemente lecite una realtà in cui gli aggregati (*cosche*) – che si ripartivano un potere economico con connotazione fortemente territoriale – si combattevano per acquisirlo e/o consolidarlo con tecniche di tipo “militare” e basandosi sulla forza di intimidazione derivante dalla loro stessa esistenza.

Come detto la giurisprudenza aveva gettato le basi per la creazione di una definizione giuridica della nozione di associazione mafiosa, mentre la dottrina non modificava le sue convinzioni a proposito della non generale applicabilità del reato previsto dall'art. 416 alle generiche condotte mafiose e si poteva ancora leggere che «... non costituisce di per sé associazione punibile ai sensi dell'art. 416 un aggregato di persone avente scopo illecito, immorale o sovversivo, come la mafia, la camorra, la mano nera, la teppa, la malavita, ecc., nonché le società anarchiche: occorre che tra le finalità dell'associazione vi sia quella di realizzare determinate fattispecie criminose»⁵¹.

La ricerca e l'individuazione del programma criminoso, necessarie per provare l'esistenza di una associazione per delinquere, erano in effetti molto più complesse in

⁵¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, VIII ed., Milano, 1982, p. 714. Si tratta dell'ultima edizione del manuale di ANTOLISEI che precedette l'introduzione nell'ordinamento della nuova figura delittuosa dell'art. 416 bis, «associazione di tipo mafioso».

una aggregazione mafiosa. Inoltre nei periodi di stagnazione delle cruente lotte tra gruppi contrapposti⁵² diveniva quasi impossibile provare l'esistenza di un programma criminoso percepito come esistente ma che, con i mezzi di allora, risultava praticamente indimostrabile in relazione alla distinta finalità della commissione di singoli specifici delitti.

Nel 1980 veniva presentata una nuova proposta di legge per l'introduzione nell'ordinamento di una nuova figura associativa destinata a ricomprendere i comportamenti propri dell'agire mafioso. Nella proposta la nuova figura era denominata «associazione mafiosa» e l'introduzione della nuova fattispecie era ritenuta necessaria allo scopo di «colmare una lacuna legislativa (...) non essendo sufficiente la previsione dell'art. 416 c.p. (...) a comprendere tutte le realtà associative di mafia che talvolta prescindono da un programma criminoso (...) affidando il raggiungimento degli obiettivi alla forza intimidatrice del vincolo mafioso in quanto tale: forza intimidatrice che in Sicilia (e in Calabria) raggiunge i suoi effetti anche senza concretarsi in una minaccia o in una violenza negli elementi tipici prefigurati nel codice penale»⁵³. Il progetto di legge prevedeva non solo l'introduzione del delitto di associazione di tipo mafioso – che sanzionava espressamente l'unione permanente ed organizzata di più persone a carattere mafioso – ma anche di misure di prevenzione di tipo patrimoniale contro i sospettati di appartenere ad un gruppo mafioso.

Mentre a causa di insanabili contrasti sorti tra fazioni avverse all'interno della mafia siciliana si registrava un considerevole aumento dei delitti di tipo mafioso, a metà del 1982, a distanza di quasi due anni dalla presentazione, la proposta di legge n. 1581/1980 non era stata ancora approvata ed il primo firmatario della proposta, il

⁵² Si può vedere ad esempio in OLIVA E., PALAZZOLO S., *L'altra mafia*, Rubbettino, Catanzaro 2001, l'analisi del periodo 1998-2001, contrassegnato da una forte contrazione degli omicidi di mafia nella città di Palermo, nell'ambito della strategia così detta di «sommersione» adottata dal potere mafioso del capoluogo siciliano.

⁵³ Proposta di legge n. 1581/1980, dei deputati La Torre, Occhetto ed altri, in *Atti preparatori della legge n. 646 del 1982*, in *Cons. sup. mag.*, Roma 1982, n. 3.

parlamentare Pio LA TORRE, venne barbaramente assassinato da un commando mafioso nella primavera del 1982⁵⁴.

L'intervento che meglio di ogni altro autorevolmente riassumeva i termini del problema era quello del capo dell'Ufficio Istruzione del capoluogo siciliano. Si trattava di prendere atto una volta per tutte dell'inadeguatezza della tipizzazione contenuta nell'art. 416 e di accelerare l'introduzione delle nuove norme a causa dell'emergenza in atto: «Le voci, piuttosto solitarie, pur se autorevoli che, imprigionate entro schemi di puro diritto, negavano che la mafia potesse essere riconducibile entro lo schema dell'art. 416 c.p., e le attribuivano qualificazioni di ordinamento a sé stante, di istituzione succedanea o surrogata allo Stato sono ormai superate. Tuttavia, come altre volte è stato sostenuto da chi scrive, data la complessità e le implicazioni di ordine socio-economico e politico connaturate, ieri come oggi, al fenomeno, è grave errore farlo rientrare nella fattispecie dell'art. 416. La realtà odierna impone la urgente ed indifferibile necessità di creare la nuova figura del reato di associazione mafiosa con pene diverse e più gravi (...)»⁵⁵.

Con l'approvazione della legge 646/1982 fu finalmente introdotta nell'ordinamento italiano la nuova figura dell'associazione di tipo mafioso, che colmava un vuoto importante e rispondeva a due differenti esigenze. Da un lato il nuovo delitto previsto dall'articolo 416 bis mirava, anche simbolicamente, ad evidenziare il particolare disvalore della criminalità mafiosa, quale fenomeno socialmente dannoso a differenti livelli. Dall'altro lato, la configurazione di una nuova fattispecie incriminatrice *ad hoc* puntava allo scopo pratico di rimediare alla criticata inadeguatezza della tradizionale figura dell'associazione per delinquere "comune" nella repressione del fenomeno mafioso.

⁵⁴ L'onorevole Pio LA TORRE venne ucciso insieme al suo autista, in un agguato a Palermo, il 30 aprile 1982 (vds. LUPO, op. cit., p. 246 o CARUSO A., *Da cosa nasce cosa. Storia della mafia dal 1943 ad oggi*, Longanesi, Milano, 2005, p. 360).

⁵⁵ CHINNICI R., *Magistratura e mafia*, in *Democrazia e Diritto*, n. 4 1982, p. 87. Anche il consigliere istruttore Rocco CHINNICI pagò personalmente con la vita il suo impegno nella lotta alla criminalità, venendo ucciso il 29 luglio del 1983 in un attentato nel quale perirono con lui altre tre persone (vds. LUPO, op. cit., p. 246 o CARUSO A., op. cit., p. 380).

Nell'ordinamento italiano il testo fondamentale per contrastare il fenomeno mafioso e per determinare l'ambito di applicabilità delle norme specificamente concepite negli anni successivi per il contrasto alla criminalità organizzata rimane tuttora l'articolo 416 bis del codice penale introdotto nel 1982 che prevede appunto il reato di «associazione di tipo mafioso». Tale norma merita quindi una particolare attenzione sarà di seguito esaminata.

La nozione di associazione di tipo mafioso, contenuta nel terzo comma dell'articolo 416 bis, prevedeva nella sua originaria formulazione che un gruppo criminale si potesse qualificare come tale «quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri».

Il delitto esiste per il solo fatto di partecipare all'associazione.

La descrizione delle condotte incriminate nei primi due commi è realizzata riprendendo la formula tipica dei reati associativi ed essa pone di conseguenza problemi ermeneutici analoghi a quelli dell'art. 416, soprattutto per quanto concerne la distinzione dalle ipotesi di concorso nel reato.

Gli elementi che caratterizzano l'associazione di tipo mafioso rispetto all'associazione per delinquere «semplice» possono essere riassunti nel modo seguente. Mentre per l'associazione semplice è sufficiente creare una associazione stabile, anche se rudimentale, finalizzata al compimento di una serie di reati non individuati, per l'associazione mafiosa è necessario l'ulteriore requisito del'ottenimento nell'ambiente circostante di una effettiva capacità di intimidazione ed i suoi membri devono far uso di quella forza che produce le condizioni di assoggettamento e di omertà nelle persone con le quali l'associazione entra in contatto.

La tecnica descrittiva utilizzata dal legislatore del 1982 è stata quella di definire in maniera generale gli elementi costitutivi dell'associazione mafiosa, puntualizzandone

il contenuto in maniera da rispettare il principio di legalità. Alla fine il risultato è stato un enunciato normativo più puntuale di quello consacrato nel modello generale dell'art. 416, che verrà di seguito analizzato in dettaglio. In tal modo il legislatore, valorizzando i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale maturata nel campo delle misure di prevenzione, ha creato una definizione, che riposa sulla previsione esplicita dei mezzi utilizzati (B.1) e degli scopi perseguiti dall'organizzazione (B.2).

Sul terreno della struttura la formulazione dell'art. 416 bis c.p. seguì lo schema definitorio tipico di reati associativi di natura politica⁵⁶, con la descrizione analitica di:

- metodo e modalità comportamentali tipiche del tipo di associazione in esame,
- finalità perseguite dagli associati.

Un importante dato da considerare – anche nell'ottica degli aspetti che possiamo adesso cogliere dell'evoluzione delle realtà criminali a livello nazionale ed internazionale – fu la mossa riuscita da parte del legislatore del 1982 di non contestualizzare il campo di applicazione della disposizione di legge ai soli gruppi criminali mafiosi operanti in Sicilia, non a torto ritenuti allora espressione del potere criminale più pericoloso in ambito nazionale e tra i più pericolosi nel contesto internazionale. L'iniziale intitolazione della rubrica «associazione mafiosa» cambiò in «associazione di tipo mafioso» e senza modificare la tipizzazione della fattispecie contenuta nel terzo comma venne inserito un ultimo comma per chiarire l'applicabilità dell'incriminazione «alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».

B.1. Parametri caratterizzanti l'associazione mafiosa.

Mezzi impiegati e nozione di metodo mafioso

Più precisamente, dal punto di vista dei mezzi, l'associazione mafiosa è contraddistinta dall'utilizzo da parte dei suoi membri del metodo mafioso (meglio: dell'insieme dei mezzi su cui esso si fonda).

⁵⁶ TURONE G., op. cit., p.112.

Esso viene individuato nel terzo comma dell'art. 416 bis, con l'indicazione dei tre parametri che lo caratterizzano:

- la forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo;
- la condizione di assoggettamento;
- la condizione di omertà.

Dalla formulazione della norma (ripetuto utilizzo della congiunzione "e") si ricava che tutti e tre i parametri devono essere considerati come elementi necessari ed indispensabili per l'esistenza del delitto di associazione di tipo mafioso⁵⁷.

I tre elementi risultano strettamente connessi.

L'elemento della «forza di intimidazione del vincolo associativo» è caratterizzato proprio dal fatto di essere idoneo a produrre assoggettamento ed omertà. L'assoggettamento è il risultato esterno della forza di intimidazione. Esso si sostanzia in una condizione di succubanza e soggezione subita da individui normalmente estranei all'associazione, che possono essere indotti per paura ad assumere comportamenti ed atteggiamenti conformi alle pretese ed ai fini dell'associazione mafiosa, mentre l'omertà non rappresenta che un aspetto particolare di questa soggezione, una estrema conseguenza che funge anche da indice rivelatore della stessa in ambito pre-processuale e processuale. La conseguenza della condizione di assoggettamento si concretizza normalmente in un atteggiamento assunto dal soggetto passivo di tale assoggettamento che si manifesta quando le testimonianze sono reticenti o addirittura inesistenti⁵⁸.

Se si seguono i risultati dell'elaborazione storico sociologica in materia, l'omertà poteva prima essere definita come il rifiuto tendenzialmente assoluto ed incondizionato a collaborare con gli organi statali, scaturente non solo dalla paura nei confronti del sodalizio mafioso operante, ma anche, in un'ottica di opposizione passiva alle istituzioni democratiche, dalla tendenza a negare ogni legittimazione a qualsiasi interferenza statale nella sfera dei singoli o di gruppi sociali che allo stato contendono il monopolio della forza⁵⁹.

⁵⁷ TURONE, op. cit., p. 112.

⁵⁸ TURONE, op. cit., p. 152.

⁵⁹ A titolo esemplificativo si riportano le definizioni contenute in ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna ed. 1959: «Legge della mala vita, del non far rimostanze

Nel dopoguerra MANZINI scriveva che «Il fenomeno dell'omertà che ancora oggi si manifesta tra il basso popolo di qualche regione italiana deve essere combattuto non solo come una vergogna morale, ma altresì come un grave pericolo sociale»⁶⁰, ma ottanta anni prima l'analisi della situazione siciliana era infatti ancor meno felice: « (...) sono penetrati nei costumi di tutto un popolo i principî di un codice speciale che si dice dell'omertà, il quale stabilisce come primo dovere di un uomo quello di farsi giustizia con le proprie mani dei torti ricevuti, e nota d'infamia e addita alla pubblica esecrazione e alla pubblica vendetta chiunque ricorra alla giustizia o ne aiuti le ricerche e l'azione. Per cui anche il più onesto dei popolani crede far opera virtuosa sottraendo alle ricerche della giustizia un assassino, o negandosi di testimoniare contro di lui (...)».

Sul piano meramente giuridico essa può essere adesso intesa in termini più limitati, come rifiuto sufficientemente generalizzato a collaborare con gli organi statali (aventi funzioni inquirenti e giudicanti) normalmente per timore di rappresaglie da parte del sodalizio mafioso⁶¹, dell'operato del quale si sia vittime, o del quale si conoscano aspetti penalmente rilevanti, ovvero sul quale si sia chiamati a riferire ciò che si sa⁶².

La condizione di assoggettamento e quella conseguente di omertà derivano dalla forza di intimidazione che proviene dalla notorietà che l'associazione ha ottenuto con le sue precedenti condotte.

Il ricorso alla forza di intimidazione è, senza dubbio, uno dei connotati tipici del comportamento mafioso, da tempo evidenziato dalle indagini storiche e dalle analisi sociologiche del fenomeno e – come riportato sopra – ripreso anche dalla giurisprudenza posta di fronte al compito di definire le «associazioni mafiose» di cui alla legge 575 del 1965. Dal punto di vista della tecnica di tipizzazione normativa, la

contro l'offensore, né rivelarne il nome, riserbando la vendetta per sé; e di non rivelare e denunciare il reo» e in BATTAGLIA S., *Grande dizionario della lingua italiana*, UTET, Torino, ed. 1981: «Regola fondamentale della malavita organizzata meridionale che obbliga a tenere nascosto il nome dell'autore di un delitto per sottrarlo alla giustizia ufficiale e lasciarlo alla vendetta privata dell'offeso, e la cui validità tende ad essere riconosciuta al di fuori della cerchia delle persone più o meno direttamente legate alle società criminali, (...)»

⁶⁰ MANZINI V., op. cit., vol. V, p. 838.

⁶¹ TURONE, op. cit., p. 153.

⁶² Si può guardare ad una definizione di «omertà» più recente in ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna ed 2009: «(...) solidale intesa che vincola i membri della malavita alla protezione vicendevole, tacendo o mascherando ogni indizio o prova utile per l'individuazione dei colpevoli (...) | (est.) Atteggiamento di chi rifiuta od omette di fornire indicazioni su colpa o atti illeciti altrui, per paura, solidarietà, difesa di interessi personali».

descrizione della condotta tipica mediante l'impiego del verbo «si avvalgono» non si è rivelata molto felice ed ha sollevato dubbi interpretativi.

L'utilizzo da parte del legislatore del verbo coniugato all'indicativo presente («si avvalgono») in una interpretazione letterale della norma sembrerebbe in teoria postulare per la sussistenza del reato l'effettivo compimento di atti di intimidazione da parte dei singoli associati nel momento in cui si effettua la valutazione sulla sussistenza dei requisiti richiesti dalla norma. Al contrario ciò non sembra essere confortato né da una interpretazione sistematica della norma né dalla ricerca delle intenzioni del legislatore⁶³, né dal carattere permanente del reato ed infine, anche se il loro contributo può essere di ausilio per la ricostruzione degli aspetti semantici dell'aggettivo «mafioso», neanche dal risultato delle analisi socio-criminologiche che individuano i caratteri dell'agire mafioso (e che come riportato sopra sono state fatte proprie anche dalla giurisprudenza formatesi prima dell'entrata in vigore delle norme sull'associazione di tipo mafioso).

In effetti affidandosi ad una interpretazione sistematica, la norma penale risulta sanzionare il comportamento degli associati che si avvalgono della «forza di intimidazione» scaturente dall'esistenza del vincolo associativo e non dal compimento di più atti intimidatori. Non è difficile dimostrare come tanto maggiore sia la capacità di incutere timore di quel vincolo, tanto minore sarà la necessità di ricorrere continuamente ad atti di minaccia o violenza nei confronti dei terzi (minacce che potranno anzi celarsi nella forma dei “consigli”)

Dal punto di vista delle intenzioni del legislatore si può ricavare da tutti i lavori preparatori l'obiettivo di anticipare il momento tutorio previsto nella nuova norma contenuta nell'art. 416 bis del codice penale, volta a migliorare le possibilità di contrasto ad organizzazioni criminali storicamente radicate sul territorio italiano. Esse all'inizio degli anni ottanta erano in grado di sprigionare una notevole carica intimidatrice nei confronti della società siciliana: non avevano bisogno di far ricorso in modo continuo alla forza per conseguire il monopolio in settori leciti ed illeciti dell'economia, come numerose successive sentenze hanno avuto modo di dimostrare ed

⁶³ TURONE, op. cit., 115.

arrivavano a rendendosi responsabili, pochi mesi prima dell'approvazione della legge 646/1982 dell'omicidio del primo firmatario della relativa proposta di legge,

Il reato di associazione di tipo mafioso costituisce inoltre un delitto permanente, dal momento che l'attività illecita persiste fino allo scioglimento dell'associazione.

L'interpretazione maggiormente corrispondente alla volontà del legislatore italiano è quindi quella che esclude la necessità che gli associati compiano attualmente e continuamente atti di intimidazione. Piuttosto l'avvalersi delle forze di intimidazione deve far riferimento ad una modalità abituale del comportamento mafioso che non deve necessariamente riscontrarsi in atto, purché rientri tra gli strumenti di pressione di cui l'associazione stessa sia solita e/o possa avvalersi. Tale forza deriva normalmente dalla stessa fama criminale che l'associazione ha ottenuto tramite le sue condotte precedenti di violenza e vessazione e della conseguente possibilità (ben nota alle potenziali vittime) che gli associati continuino in futuro a ricorrere alla violenza per raggiungere i loro scopi⁶⁴.

L'utilizzo della forza di intimidazione può realizzarsi quindi nei modi più disparati, sia con il compimento di nuovi atti di violenza o minaccia che rafforzino ulteriormente il potere intimidatorio già acquisito dall'associazione, sia solamente servendosi del clima di intimidazione già creato dai precedenti comportamenti del gruppo criminale.

Dunque si può definire l'"associato mafioso" come la persona che si serve («avvale») della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo, ma che non ha bisogno di minacciare ulteriormente per ottenere e può raggiungere i suoi scopi semplicemente avvalendosi della «cattiva reputazione» dell'associazione criminale e dalla paura che deriva dal vincolo associativo. Tale forza è il risultato di una abitudine consolidata alla violenza.

Lo scopo di commettere delitti, pur essendo radicato nell'associazione mafiosa, (ovviamente) presente nella sua struttura per l'utilizzazione della violenza che la caratterizza, non è tuttavia lo scopo ultimo ed esclusivo dell'associazione. Infatti, anche

⁶⁴ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Vol 5. Delitti contro l'ordine pubblico*, 2002, p. 482.

i delitti specifici, come quelli sul modello del «regolamento di conti» o contro i rappresentanti delle istituzioni pubbliche, rispondono a una più vasta strategia di conseguimento del potere economico e di continua espansione e consolidamento dello stesso potere, che non fa alcuna distinzione tra i profitti criminali e quelli formalmente legittimi e che considera l'intimidazione e la violenza come dei normali strumenti di lavoro.

L'utilizzo della forza di intimidazione deve provocare delle condizioni di assoggettamento e di omertà che rappresentano in un certo senso le due diverse facce della medaglia e si caratterizzano per il legame tra l'assoggettamento e la condizione di sottomissione psicologica che si manifesta nelle potenziali vittime dell'intimidazione. L'omertà si presenta come conseguenza ulteriore dell'assoggettamento e si manifesta come rifiuto, più o meno generalizzato, generalizzato a collaborare con la giustizia, rivelato da testimonianze false o più spesso reticenti.

Le critiche maggiori che vengono rivolte alla fattispecie riguardano come intuibile il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali. Il problema si pone con maggiore forza per le fattispecie associative, con il rischio di applicazioni disomogenee, e con il ruolo eccessivo dato così alla giurisprudenza ordinaria che viene caricata di un ruolo supplente di quello del legislatore.

In un sistema penale come quello italiano, basato sul principio dell'offensività, occorre non perdere di vista il bene giuridico violato e se si riconosce, come alcuni fanno, che i concetti di «ordine pubblico» o «sicurezza» sono troppo vaghi ed omnicomprensivi e quindi non idonei a fungere da bene giuridico, si può prestare il fianco alle critiche di quanti ritengono l'associazione per delinquere, in particolare quella di tipo mafioso, una criminalizzazione di atti preparatori, o addirittura di un mero accordo, in deroga al principio contenuto nell'art. 115 c.p., mentre i veri beni giuridici sarebbero quelli alla cui offesa mirano gli associati⁶⁵

⁶⁵ CAVALIERE A., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in *Scenari di mafia* a cura di FIANDACA G. e VISCONTI C., Palermo 2010, p. 150.

B.2. Scopo delle associazioni mafiose

Dal punto di vista poi degli scopi perseguiti, mentre l'associazione "semplice" è diretta al compimento di fatti previsti dalla legge come reati, l'associazione di tipo mafioso è caratterizzata dalla maggiore ampiezza dello scopo perseguito. Essa può essere diretta non solamente a tale scopo, ma comprende anche l'intenzione di «acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici» o di realizzare «profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri».

L'oggetto giuridico è il pericolo per l'ordine pubblico, che risiede nel fatto stesso dell'esistenza di un legame permanente che dia vita ad una organizzazione criminale che si avvalga del metodo mafioso, la cui esistenza provoca un allarme sociale indipendentemente dalla commissione dei singoli delitti.

L'associazione prevista dall'articolo 416 bis non richiede una organizzazione con una distribuzione specifica dei compiti o degli scopi criminali, ma è sufficiente un livello di organizzazione minima, anche solamente rudimentale, per la realizzazione del programma criminoso.

Riassumendo, a differenza di altre fattispecie associative presenti nell'ordinamento italiano, la norma non è contraddistinta da una specificità dei reati fine, ma solamente da una specificità del carattere intimidatorio del metodo utilizzato per conseguire i propri scopi, la cui presenza determina:

- dal punto di vista sostanziale, una diversa valutazione di pericolosità del comportamento illecito ed un'ulteriore anticipazione del momento tutorio con uno spostamento in avanti della soglia di punibilità
- dal punto di vista del procedimento, un diverso svolgimento dell'attività di ricerca della prova, spesso frustrato nel suo momento centrale del ricorso alla testimonianza diretta ed un procedere impiegando diversi strumenti nella ricerca della stessa e differenti regole in tutta la fase delle indagini preliminari.

In tutti questi anni le poche modifiche normative hanno lasciato la fattispecie sostanzialmente inalterata, ma rispetto all'originaria impostazione normativa, il

legislatore, nell'unico intervento normativo in cui ha introdotto una modifica nella tipizzazione della condotta (art. 11 bis del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella L. 7 agosto 1992 n. 356), ha reso ancora più completa la definizione normativa degli scopi perseguibili dagli associati di mafia, aggiungendo la finalità ulteriore di «impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

Diversa e contestata invece la rilevanza della riforma introdotta con la novella del 2008. La legge di conversione n. 125 del 24 luglio 2008 non ha innovato sul piano dei contenuti ma è intervenuta sotto due aspetti:

- innalzamento delle pene previste sia per promotori e capi che per singoli partecipi,
- modifica della rubrica del reato ed introduzione di un esplicito riferimento alle associazioni di tipo mafioso straniere.

Il decreto legge n. 92 del 23 maggio 2008 (così detto «pacchetto sicurezza») non prevedeva nulla sul primo punto ma l'art. 1 bis della legge 125/2008 ha disposto un aumento dei limiti edittali, portando la pena per i partecipi «da sette a dodici anni» (in luogo del precedente «da cinque a dieci anni») e quella per i capi e promotori «da nove a quattordici anni» (in luogo della previsione «da sette a dodici anni» prevista nell'impianto originario).

La seconda novità apportata dalla novella del 2008 è stata quella della sostituzione della rubrica del reato con la nuova «Associazioni di tipo mafioso anche straniere» e della modifica dell'ottavo ed ultimo comma dell'art. 416 bis con l'aggiunta delle parole «anche straniere», in modo che dopo questa novella l'applicazione della fattispecie sia possibile «anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere (...)». Un'ulteriore aggiunta in questo senso si è avuta con l'art. 6 della Legge n. 50 del 31 marzo 2010⁶⁶ che ha inserito – sia nella legge 575/1965 che nel corpo dell'art. 416 bis – dopo le parole «alla camorra» le parole «alla 'ndrangheta», per cui il testo attualmente in vigore dell'ottavo comma dell'art. 416 bis

⁶⁶ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 febbraio 2010, n. 4, recante istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

recita che la norma in questione si applica anche «alla camorra, alla ‘ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».

Entrambe le innovazioni – aumento di pena ed apparente estensione del campo di applicazione – sono state oggetto di critica.

La prima scelta ha prestato il fianco alla stessa critica mossa da anni ad ogni innovazione introdotta in una cultura di emergenza. La risposta al perdurare dell'emergenza mafiosa con un inasprimento, consistente, del trattamento sanzionatorio è stata inquadrata nel solco di una strategia di contrasto alla criminalità organizzata che continua a privilegiare l'elevata consistenza del momento repressivo e che sembra far rivivere una cultura dell'emergenza che aveva permeato scelte legislative (sostanziali e procedurali) nel periodo compreso tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni novanta⁶⁷.

Per quanto riguarda le modifiche all'ultimo comma dell'art. 416 bis, la dottrina – anche prima della novella – aveva sempre ritenuto in qualche modo superflua tale disposizione e sufficiente ed esaustiva la tipizzazione contenuta nel terzo comma grazie alla quale è possibile ricondurre alla previsione dell'art. 416 bis qualsiasi aggregato criminale contrassegnato dai requisiti descritti sopra, riferiti a metodo mafioso e scopi dell'associazione⁶⁸.

La modifica dell'ottavo comma con l'aggiunta prima delle parole «anche straniere» e poi di quelle «alla ‘ndrangheta», da subito non è stata ritenuta portatrice di alcuna reale modifica nella struttura del reato⁶⁹. Nella sostanza la norma chiarendo che la fattispecie si estende anche alle mafie straniere, non ha determinato nessuna reale dilatazione del campo di applicazione dell'ultimo comma, ma solo confermato un consolidato orientamento giurisprudenziale.

⁶⁷ MOLLACE F., *Le modifiche in tema di normativa antimafia e di repressione delle organizzazioni mafiose*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* a cura di AMATO G. e SANTORIELLO C., UTET 2009, p. 149.

⁶⁸ SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1993.

⁶⁹ MOLLACE F., op. cit., p. 150.

L'intento del legislatore del 1982 – già evidenziato a proposito della rubrica del reato e dei motivi che portarono, al di là della tipizzazione della condotta all'introduzione dell'ottavo comma – era quello di « prendere in considerazione non una macro-organizzazione mafiosa, ma ogni micro-organizzazione di quel tipo», cioè di «non cristallizzare il modello penalmente rilevante secondo coordinate geografico sociologiche»⁷⁰.

La *ratio* dell'ottavo comma dell'art. 416 bis era sin dall'inizio quella di una mera funzione di chiusura e le nuove parole introdotte al suo interno sembrano svolgere una funzione di ulteriore chiusura. La giurisprudenza già consolidata sul punto ha infatti ritenuto «la natura non innovativa dell'interpolazione» la quale si è sostanzialmente limitata ad adeguare la legislazione «al dato giurisprudenziale già acquisito»⁷¹.

La questione della riconducibilità all'art. 416 bis del c.p. di alcune così dette «mafie etniche» era già stata risolta in senso positivo grazie alla formula «ad analogia esplicita» contenuta nell'ultimo comma⁷².

L'unico significato attribuibile quindi anche all'inserimento della parola «'ndrangheta» nel corpo dell'articolo è sicuramente di natura simbolica, dal momento che a questa struttura criminale – studiata meno della mafia e della camorra napoletana e con una certa attenzione solo in tempi più recenti⁷³ – viene attualmente riconosciuto un ruolo di primazia non solo tra le organizzazioni italiane ma anche nel panorama criminale internazionale⁷⁴ e l'introduzione di nuove fattispecie associative «di taglio casistico» ha assolto appunto negli ultimi anni una funzione meramente simbolica e la creazione di nuove fattispecie associative per le mafie etniche potrebbe appunto portare

⁷⁰ CAPPITELLI R., *Brevi osservazioni intorno alla nozione di "associazione di tipo mafioso" e all'interpretazione dell'art. 416-bis, ultimo comma c.p.*, in *Cassazione Penale*, n. 5 maggio 2011, p. 1735.

⁷¹ CAPPITELLI R., cit., p. 1740.

⁷² CAVALIERE A., op. cit., p. 152.

⁷³ TURONE, op. cit., pp. 85 ss.. La minore attenzione per la 'ndrangheta deriva necessariamente anche dalla maggiore attenzione di cui la mafia siciliana ha goduto almeno fino all'inizio degli anni novanta. In questo senso anche GRATTERI N., *La giustizia è una cosa seria*, Mondadori, Milano, p. 21.

⁷⁴ Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, XV Legislatura, *Relazione annuale sulla 'ndrangheta*, cit., pp. 17 ss., nella quale si legge che la 'ndrangheta è «l'organizzazione più moderna, la più potente sul piano del traffico di cocaina (...), quella capace di procurarsi e procurare micidiali armi da guerra e di distruzione, la più stabilmente radicata nelle regioni del centro e del nord Italia oltre che in numerosi paesi stranieri».

solamente ad una tipizzazione con riferimento non alla condotta ma al tipo di autore o alla cultura di cui è emanazione⁷⁵.

Un breve cenno va fatto anche per ragioni di completezza anche alla legge del 13 agosto 2010 n. 136 («Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al governo in materia di normativa antimafia») ed al conseguente decreto legislativo. L'iniziale disegno di legge si prefiggeva l'ambizioso obiettivo di «riordinare, razionalizzare e integrare l'intera disciplina vigente in materia di normativa antimafia (...)» ed il 13 agosto 2010 veniva appunto approvata la legge delega per il piano contro le mafie. La legge delega manteneva l'obiettivo dell'originario progetto, disponendo l'adozione da parte del governo di un decreto legislativo che realizzasse «una completa ricognizione della normativa penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto alla criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nei codici penale e di procedura penale (...) l'armonizzazione della normativa (...) il coordinamento della normativa (...) l'adeguamento della normativa italiana alle disposizioni adottate dall'Unione europea» (art. 1, co. 2, L. 136/2010).

Nei fatti al di là dell'attività di ricognizione ed accorpamento, la legge non agevolava il percorso di armonizzazione e coordinamento di norme spesso frutto di diverse esigenze ed emanate a distanza di ampi intervalli temporali. Il compito non era semplificato proprio perché la legge nel delegare al governo l'adozione di un decreto legislativo recante il «codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione» (art. 1 co. 1, L. 136/2010), non fissava principi direttivi o criteri univoci per la raccolta e/o riforma parziale della materia penale.

Il 9 giugno 2011 veniva approvato lo schema di decreto che dava immediatamente luogo a numerose critiche per i limiti e le imprecisioni del risultato finale. In materia penale il decreto legislativo prestava il fianco a forti censure perché esso si limitava a trasfondere nel suo Libro I («La criminalità organizzata di tipo mafioso», in tutto 10 articoli) alcune disposizioni del codice penale e di altre leggi

⁷⁵ CAVALIERE A., op. cit., p. 153.

speciali⁷⁶, senza realizzare alcuna semplificazione normativa⁷⁷ ed anzi rischiando di causare gravi problemi interpretativi⁷⁸. In conseguenza delle numerose critiche ed osservazioni formulate, il Governo rimuoveva dal testo finale le norme penali (tutto il contenuto del Libro I), lasciandole nella loro originaria posizione nel codice penale e nelle leggi speciali.

Il risultato finale è il decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 159⁷⁹, entrato in vigore il 13 ottobre 2011, che contiene il «codice delle leggi antimafia» ma senza alcuna norma penale in materia. Esso contiene una trasposizione riorganizzata delle principali norme sulle misure di prevenzione personali e patrimoniali, la normativa sugli organi incaricati di condurre attività investigative nella lotta contro la criminalità organizzata ed alcune norme innovative sull'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati.

C. Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti

Tra le altre fattispecie associative previste dall'ordinamento italiano una posizione particolare merita il reato di «Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope», anche per le strette connessioni che le condotte criminose disciplinate dalla norma hanno con le strutture criminali organizzate.

Nel recente passato l'importazione di considerevoli quantitativi di stupefacente dalle zone di produzione a quelle in cui esso viene smerciato e consumato era ritenuto inscindibilmente connesso alle attività della criminalità organizzata, le cui strutture erano le sole ritenute in grado di trattare con i produttori e gestire in sicurezza l'importazione dello stupefacente.

⁷⁶ A titolo esemplificativo gli artt. 1, 2 e 3 del nuovo Decreto Legislativo riprendevano senza alcuna modifica il testo degli artt. 416 bis, 416 ter e 417 del c.p., o ancora l'aggravante speciale prevista dall'art. 7 del D.L. 152/1991 convertito nella Legge 203/1991 veniva trasposta nell'art. 5 del nuovo D. L.vo.

⁷⁷ A titolo esemplificativo, in materia penale lo schema di decreto approvato prevedeva al comma primo dell'art. 130 («Disposizioni di coordinamento») che «dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i richiami alle disposizioni di cui agli articoli 416-bis, 416-ter e 417 del codice penale, ovunque presenti, si intendono rispettivamente riferiti alle corrispondenti disposizioni di cui agli artt. 1, 2, 3 e 7 del presente decreto».

⁷⁸ MENDITTO F., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cassazione Penale*, n. 3 marzo 2012, p. 794.

⁷⁹ «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136».

L'opinione era supportata dalle modalità di approvvigionamento nei paesi asiatici della morfina base destinata a divenire eroina in Europa e ad essere commercializzata principalmente nel vecchio continente e negli Stati Uniti.

Il dato era suffragato dalle esperienze processuali degli anni ottanta come si ricava dalle analisi condotte dal magistrato Falcone secondo le quali «la materia del traffico di stupefacenti (era) saldamente in mano alle organizzazioni criminali» che controllavano «il traffico internazionale dell'eroina fino ai luoghi di consumo (...) smistata nei luoghi di consumo sempre con l'intermediazione delle organizzazioni mafiose»⁸⁰.

La materia era disciplinata dall'art. 75 della legge 22 dicembre 1975 n. 685 che disciplinava l'«Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti» distinguendo il ruolo di promotori, capi e finanziatori da quello dei semplici partecipi.

Come nel codice penale, la fattispecie associativa era regolamentata dalla formula generica «si associano allo scopo di», ed un rinvio alle condotte vietate dalla normativa sugli stupefacenti previste nel precedente articolo, senza alcuna indicazione rigorosa delle singole condotte suscettibili di integrare il reato. Neanche in questa fattispecie il legislatore forniva un contributo esplicito per il superamento delle difficoltà a stabilire una netta linea di confine tra l'ipotesi associativa ed il concorso di persone nel reato.

La disciplina della preesistente fattispecie associativa già contemplata nella legge 685/1975 venne sostanzialmente trasposta nell'art. 74 del Testo Unico n. 309 del 1990 («Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope») il quale prevede che «Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 73⁸¹, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non

⁸⁰ FALCONE G., *Aspetti e prospettive della cooperazione internazionale nella lotta al traffico degli stupefacenti*, in *Mafia e grande criminalità. Una questione nazionale, Atti del convegno*, Torino, 1984, , pubblicato in FALCONE G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Sansoni Editore 1994.

⁸¹ L'art. 73 co.1 del T.U. 309/90, riprendendo il contenuto dell'art. 74 della L. 685/1975, identifica le condotte punibili in quelle di chi «senza l'autorizzazione di cui all'art. 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina,, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri

inferiore a venti anni. 2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni.»

Dal momento che nella norma il legislatore non delineava i requisiti minimi della struttura organizzativa, fu necessario enuclearne i tratti distintivi tramite l'elaborazione di dottrina e giurisprudenza. Il ricorso agli stessi canoni ermeneutici utilizzati nell'interpretazione delle norme contenute negli articoli 416 e 416 bis del codice penale era giustificato dall'uso della medesima terminologia.

L'art. 74 sanziona infatti la condotta di più persone che «si associano». La norma incrimina dunque un accordo stabile finalizzato alla realizzazione di una serie di condotte criminose semplici individuate tra quelle punite dall'art. 73 dello stesso Testo Unico 309/90. Sulla base dei canoni ermeneutici conosciuti sono stati quindi enucleati oltre ai requisiti dell'accordo anche quelli del programma criminoso e dell'organizzazione.

L'accordo differisce dal medesimo requisito richiesto per l'esistenza della fattispecie di cui all'art. 416 del codice solo per la specificità. Il *pactum sceleris* deve infatti essere connaturato all'ipotesi associativa del T.U. sugli stupefacenti ed avere ad oggetto la realizzazione di un programma criminoso volto esclusivamente alla commissione di una serie indeterminata di delitti relativi alle sostanze stupefacenti.

Il requisito dell'organizzazione è quello che in questo ambito maggiormente interessa per comprendere prima di tutto la profonda differenza che in ipotesi si può avere tra questa ipotesi associativa e quella prevista dall'articolo 416 bis del codice ed in conseguenza il diverso o analogo trattamento processuale delle due figure, dal momento che, come vedremo nel seguito della trattazione, alcune norme procedurali rinviano in modo identico alle fattispecie previste dall'art. 416 bis del codice penale e dall'art. 74 del T.U. 309/90.

Sono varie le conclusioni alle quali dottrina e giurisprudenza sono giunte per quanto concerne il requisito dell'organizzazione.

Secondo la dottrina prevalente, ai fini dell'associazione sanzionata dall'art. 74 T.U. 309/90, è indispensabile che sussista una organizzazione anche non strutturata

gerarchicamente ma di carattere stabile , senza che occorra l'effettiva consumazione dei singoli reati fine previsti dall'artt. 73.

Per quanto rudimentale la struttura organizzata deve essere pur sempre idonea alla realizzazione dello specifico programma criminale previsto.

La giurisprudenza si è consolidata sul punto, richiedendo per la configurabilità del delitto previsto dall'art. 74 T.U. 309/1990 un accordo specifico, destinato a costituire una struttura permanente in vista della commissione di una serie indeterminata di delitti preordinati alla cessione o al traffico di droga, ma non una struttura organizzativa articolata e complessa come per i reati previsti dagli artt. 416 e 416 bis del codice penale.

La Cassazione, sottolineando che sul punto «l'indirizzo interpretativo di questa Corte non mostra incrinature», ha ritenuto sufficiente per l'esistenza della fattispecie «la sussistenza di strutture sia pure rudimentali, deducibile dalla predisposizione di mezzi, anche semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune» anche se «la partecipazione al reato in questione va desunta da una serie di episodi, dei quali ciascuno singolarmente può non apparire significativo, ma che, unitariamente considerati, valgono ad interpretare quel quadro di stabilità dell'organizzazione»⁸²

In questo caso secondo la Cassazione «per la configurazione del reato associativo non è richiesta la presenza di una complessa ed articolata organizzazione dotata di notevoli disponibilità economiche, ma è sufficiente l'esistenza di strutture, sia pure rudimentali, deducibili dalla predisposizione di mezzi, anche semplici ed elementari per il perseguimento del fine comune, in modo da concretare un supporto stabile e duraturo alle singole deliberazioni criminose, col contributo degli associati»⁸³.

Emblematiche sul punto le sentenze che confermano la sussistenza del reato per aggregati ultra-elementari. Si può vedere, tra le altre, da una sentenza della Cassazione che configura il reato anche in relazione ad una organizzazione limitata ai componenti

⁸² Cass. Pen. sez. V, 5 novembre 1997, n. 11899.

⁸³ Cass. Pen. sez. I, 21 ottobre 1999, n. 14578.

di una sola famiglia «la costituzione del sodalizio criminoso non è esclusa per il fatto che lo stesso sia imperniato per lo più intorno a componenti della stessa famiglia»⁸⁴.

§ 2. Le fattispecie associative nell'ordinamento francese

Anche nell'ordinamento francese la presenza dell'ipotesi associativa “semplice”, vale a dire finalizzata alla commissione di non meglio individuati reati, è risalente nel tempo.

L'incriminazione dell'associazione di malfattori (*association de malfaiteurs*) era espressamente disciplinata dal codice del 1810 e anche nella successiva legge del 1893 essa venne concepita come un attentato alla tranquillità pubblica (*paix publique*).

Nella formulazione degli articoli 265 e 266 del codice penale del 1810 veniva punita la condotta di criminali associatisi, per la sola esistenza dell'accordo stretto in vista della commissione di una pluralità di *crimini* contro la persona o il patrimonio, prima della realizzazione del disegno criminoso.

Si puniva l'esistenza di un gruppo strutturato per il solo fatto della preparazione al crimine. Il fondamento dell'ipotesi si ritrovava sin dal principio nell'accresciuto potere acquisito dai “malfattori” associatisi ed organizzatisi e dal fatto che in tal modo essi costituivano una minaccia ancor più grave per la società che si veniva a trovare in una situazione di pericolosa insicurezza, pericolosità che giustificava l'esigenza di punire l'accordo criminoso per rompere il cerchio dell'associazione prima della commissione del reato fine .

Con la riforma intervenuta con la legge del 18 dicembre 1893 vennero ancora ridotti i requisiti minimi richiesti per la sussistenza del reato⁸⁵ e venne prevista la punibilità di ogni complotto relativo alla realizzazione di crimini contro la persona o la proprietà. Per applicare le norme in materia era richiesta la mera sussistenza di

⁸⁴ Cass. Pen. sez. VI, 9 gennaio 1995, n. 2772.

⁸⁵ L'emanazione della nuova norma e l'allargamento del suo campo di azione è da collegare ad una serie di attentati anarchici ed in particolare ad un attentato dinamitardo avvenuto alla Camera dei deputati il 9 dicembre 1893.

un'associazione o di un accordo (qualsiasi intesa) a carattere anche non duraturo finalizzato alla preparazione o alla commissione dei crimini contro le persone o le proprietà.: «Qualsiasi associazione formata, quali che ne siano la durata o il numero dei membri, qualsiasi accordo stabilito allo scopo di preparare o di commettere dei crimini contro le persone o le proprietà costituisce un crimine contro la pace pubblica».

È comunque a partire dalla seconda metà del XX secolo che l'incriminazione di associazione di malfattori assunse oltralpe una rinnovata importanza.

La mutata capacità di controllo del territorio durante la prima fase della seconda guerra mondiale, poi l'occupazione ed infine le conseguenze della liberazione avevano provocato uno sviluppo considerevole della criminalità che portò da un lato ad un impiego più frequente dell'incriminazione da parte della magistratura e dall'altro ad una evoluzione legislativa del concetto.

Tutto ciò determinò infatti un crescente ricorso all'incriminazione prima trascurata dell'associazione di malfattori. Mentre le condanne per associazione di malfattori erano rarissime nel XIX secolo e fino alla metà del XX secolo, esse si fecero man mano più numerose negli anni 50 e 60, quando anche le minacce terroristiche (i fatti d'Algeria) spinsero verso una maggiore impiego del reato dell'associazione di malfattori. Un nuovo timore derivante dalla situazione in Corsica negli anni 80, con una nuova ondata di attentati ed un grande sentimento di insicurezza evocato dalla classe politica del momento, condussero così a una trasformazione concettuale dell'incriminazione di associazione di malfattori.

A. *L'association de malfaiteurs*

All'inizio degli anni ottanta il legislatore francese, preoccupandosi di fronteggiare e reprimere efficacemente i nuovi comportamenti criminosi, portò a compimento una ulteriore riforma delle norme in tema di *association de malfaiteurs*

La legge del 2 febbraio 1981 n. 81-82, *Loi sécurité et liberté*, procedette ad un aggravamento di numerose norme penali, portando la pena massima per determinati

reati oltre il limite dei cinque anni. Questo fenomeno di «penalizzazione» riguardava, tra l'altro, l'associazione di malfattori ed imponeva una riforma del suo campo di applicazione. La preoccupazione del legislatore fu di punire meno pesantemente la partecipazione ad un atto preparatorio che l'atto tentato o consumato, quando anche questa partecipazione rivelasse una grande pericolosità.

Per il reato di associazione di malfattori venne meno il requisito della necessaria pluralità dei crimini progettati e in corso di preparazione, risultando sufficiente anche la progettazione di un solo crimine (o anche un delitto a partire da quell'anno) contro le persone o i beni, purché materialmente rivelatore di una attività preparatoria. La possibilità di anticipare la tutela dei beni giuridici fino a ricomprendere nell'associazione di malfattori anche la preparazione di un solo crimine trova una sua giustificazione nell'esigenza di prevenire e reprimere i casi di coinvolgimento nel compimento di singoli fatti criminosi di persone estranee alla struttura dell'organizzazione criminale.

Per il resto, la definizione ed e la disciplina del reato restavano profondamente fedeli alla legge del 1893 con alcune differenze.

Il codice penale, entrato in vigore il 1° marzo del 1994 venne a situarsi nel solco delle norme di legge precedenti. La definizione dell'associazione di malfattori era ripresa dal vecchio articolo 265 che derivava a sua volta dalla legge del 1893 e costituiva una incriminazione di carattere generale (quella dell'articolo 450-1) accompagnata da alcune incriminazioni speciali (articoli 212-3, 323-4, 421-1). Continuando nello spirito delle leggi del 2 febbraio 1981 e 2 settembre 1986, ma allargando il suo ambito di applicazione, il codice incriminò non solamente la preparazione di un crimine ma anche quella di ogni delitto punito con una pena di almeno 10 anni di detenzione.

La legge del 15 maggio 2001, modificando l'articolo 450-1 del codice penale, ha portato avanti la stessa linea, quella allargare sempre più il campo d'applicazione dell'incriminazione generale. Questo ulteriore effetto estensivo si è realizzato lasciando immutata la descrizione del comportamento ma abbassando il limite di pena previsto

per il reato in vista del quale è stabilito l'accordo preparatorio. Dall'entrata in vigore di tale legge è sufficiente perché possa essere riconosciuto il delitto di associazione di malfattori che sia preparato un reato punito con almeno cinque anni di detenzione.

Secondo la regola di carattere generale contenuta nel testo in vigore dell'articolo 450-1 del codice penale, costituisce una associazione di malfattori «ogni gruppo formato od ogni accordo stabilito in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, di uno o più crimini o di uno o più delitti, puniti con una pena di almeno cinque anni di detenzione».

Anche se la maggior parte dei reati riconducibili, in pratica, all'ambito della criminalità organizzata costituiscono crimini o delitti, l'abbassamento del limite allarga potenzialmente l'applicazione dell'ipotesi dell'associazione di malfattori alla maggior parte dei delitti. Ciò a causa delle pene previste nella parte speciale del codice penale. Ciò permette anche all'incriminazione generale di essere applicata, nella nuova formulazione, allo sfruttamento della prostituzione semplice e di interessare in particolare la truffa, l'estorsione, il ricatto (*chantage*) e tutte le ipotesi di ricettazione e di riciclaggio.

Riassumendo due secoli di progressiva tendenza all'ampliamento del campo di azione del reato di *association de malfaiteurs*, si può dire che con gli anni l'associazione di malfattori è passata da incriminazione di una vera e propria organizzazione criminale (1810) all'incriminazione dell'accordo stabilito in vista della preparazione di vari crimini (1893), per essere estesa prima all'accordo stabilito in vista della preparazione di reati meno gravi, sia crimini che delitti, purché puniti con almeno 10 anni di reclusione (1981) ed attualmente allo stesso tipo di accordo stretto in vista di reati anche meno gravi, puniti con una pena detentiva di almeno cinque anni (dal 2001).

L'articolo 265 del codice penale indicava all'inizio espressamente l'interesse protetto: «*toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés est un crime contre la paix publique*», ed è ancora con questa affermazione che si concludeva l'articolo nella sua rivisitazione del 1893. L'esplicito riferimento alla *paix* pubblica scomparve nella legge del 1981 ed il nuovo codice penale non lo riportò in vita. La

dottrina ritiene però che l'interesse protetto non sia cambiato. La legge del 1981, come l'attuale codice penale, estese il campo di azione della concezione dell'associazione di malfattori che era stata messa a punto dalla legge del 1983 e l'interesse protetto rimane ai nostri giorni lo stesso protetto allora dalla norma.

L'associazione di malfattori continua quindi ad essere considerata, come all'inizio, un attentato alla tranquillità (*paix*) pubblica, anche per la sua collocazione alla fine del libro IV del codice penale, ma soprattutto perché le modifiche apportate nel tempo alla sua definizione non hanno toccato in alcun modo l'interesse protetto.

Si tratta dunque di un reato contemporaneamente di natura plurisoggettiva e di tutela anticipata del bene giuridico. Il reato è necessariamente plurisoggettivo, trattandosi cioè di una incriminazione per la quale la legge costituisce in autonomo reato un comportamento tentato o commesso da più persone. La pluralità di agenti è dunque un elemento costitutivo del reato, l'essenza stessa della fattispecie di associazione di malfattori.

Nessuna definizione di «gruppo formato od ogni accordo stabilito» è stata inserita nel codice penale né è possibile ritrovarne una nei testi di legge anteriori. L'analisi condotta sul testo porta però a ritenere che l'esistenza del «gruppo» è data dalla presenza di un «accordo» (*entente*) più strutturato. L'impiego del termine gruppo è stato impiegato dal legislatore tutte le volte che si è reso necessario avere nel mirino l'insieme di persone viste nel loro aspetto strutturato. Lo stesso termine è utilizzato in Francia per identificare il gruppo che si occupa del traffico di stupefacenti. L'organizzazione del gruppo costituisce quindi di per se stessa il reato, come elemento necessario ma allo stesso tempo unico per la sua esistenza.

Per l'esistenza del reato occorre che la preparazione sia contraddistinta da un fatto materiale. L'esistenza del fatto materiale era stata dibattuta nel 1981. C'era chi aveva ritenuto che una semplice conversazione o anche uno scritto, tra i membri della presunta associazione, contenente la ripartizione dei ruoli, non avesse costituito che un fatto intellettuale senza concretizzare il reato, mentre ad esempio procurarsi il materiale

necessario per il reato avesse integrato il comportamento preparatorio. La valutazione di tale realizzazione era in ogni caso lasciata all'apprezzamento del giudice di merito.

La dottrina ritiene tradizionalmente che la preparazione di un crimine o delitto nei limiti di pena indicati dall'art. 450-1 certifichi l'inizio dell'esecuzione. Si tratterebbe di atti preparatori ad un reato diverso dall'associazione di malfattori, che riguardano dunque questo reato programmato. Ma con la preparazione l'associazione di malfattori si consuma, essendone il compimento di atti preparatori un elemento necessario e sufficiente. Occorre quindi ed è allo stesso basta perché si possa parlare di preparazione che siano stati commessi degli atti preparatori in vista del reato.

Secondo un consolidato orientamento di giurisprudenza, per ritenere esistente l'associazione di malfattori non è necessario che il crimine o delitto siano determinati. Quindi in teoria non occorre che il reato in preparazione sia individuato e precisato dal giudice di merito, anche se occorre che il comportamento sia ascrivibile ad una categoria criminale (crimine o delitto) punibile con almeno 5 anni di reclusione. È proprio per prevenire gli atti di coloro che si riuniscono per predisporre – in maniera generale – un atto od un comportamento indeterminato, ma con una sua specifica gravità, che esiste il reato di associazione di malfattori.

La difficoltà pratica, nondimeno, sul rispetto delle condizioni poste riguarda come è facile intuire tale indeterminazione che può esserci ma non deve essere troppo grande se si vuole essere certi che il reato, in vista del quale si è costituito il gruppo o si è formato l'accordo, appartenga ad una delle categorie individuate dalla legge. Il carattere spesso equivoco degli atti preparatori non semplifica a volte questo compito di individuazione.

Possono sorgere due tipi di rischio. Il primo è che in mancanza della prova che l'atto preparatorio si riferisca ad un reato appartenente ad una delle categorie previste non possa intervenire alcuna condanna. Il secondo, al contrario, è che, malgrado il carattere equivoco dell'atto preparatorio, intervenga una condanna senza che sia sicuro che il reato in preparazione faccia parte della categoria prevista. La garanzia in tal senso potrebbe dunque sovente apparire solamente nel momento in cui il reato entri nella fase

esecutiva, ciò che riduce il significato del reato dell'associazione di malfattori e l'anticipazione della tutela penale prevista dalla norma. Ancora la natura del delitto o crimine ed il relativo limite di pena richiesto non sono a volta valutabili che per l'esistenza di circostanze aggravanti, per cui ci si può domandare se è verosimilmente possibile giudicare a proposito della loro esistenza allo stadio degli atti preparatori.

L'elemento psicologico dell'associazione di malfattori può essere determinato dall'esistenza dell'*affectio societatis*. L'associazione di malfattori è un reato doloso anche in ragione del principio generale contenuto nell'art. 121-3 del codice penale secondo il quale «non può esserci crimine o delitto senza intenzione di commetterlo».

La conoscenza dell'elemento dell'associazione è ritenuto un elemento necessario. Occorre, per perseguire l'individuo, dimostrare che egli ha scientemente voluto prender parte o affiliarsi ad una associazione di malfattori sapendo bene che lo scopo perseguito dall'associazione era quello di commettere il crimine o il delitto, senza che la precisa e completa conoscenza del crimine o del delitto progettato da parte di ogni membro o la sua cosciente partecipazione alla preparazione sia, al contrario, determinante. L'intenzione richiesta deve riguardare la volontà di associarsi in vista della preparazione del reato.

È sufficiente che ognuno dei partecipi aderisca volontariamente ad una aggregazione in relazione alla quale egli conosce che prepara la commissione di un reato. In pratica la prova dell'*affectio societatis* è a volte nel fatto, ma raramente corroborata da elementi del fatto. Spesso l'apprezzamento di tal intenzione è evidenziato nella valutazione del giudice di merito da indizi stimabili solo posteriormente, come la fedeltà al gruppo responsabile della commissione del reato.

B. La circostanza aggravante della commissione del reato in *bande organisée* e la connessa nozione di criminalità organizzata

Esaminata l'ipotesi di reato associativo di carattere generale presente nell'ordinamento francese, occorre passare all'analisi di un complesso regime

derogatorio riguardanti reati commessi in ambito associativo, profondamente diverso da quelli previsti dall'ordinamento italiano.

Infatti, al di là della riconducibilità di un comportamento alla fattispecie prevista dall'art. 450-1 del codice penale, un passo importante verso la regolamentazione di un diverso regime giuridico per i reati commessi in un ambito di criminalità organizzata o avvalendosi di specifiche condizioni proprie di tale ambito fu l'introduzione in Francia della circostanza aggravante per reati commessi in *bande organisée*.

La nozione venne introdotta dalla legge del 2 febbraio 1988 «*renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*» in relazione al reato di furto e da quel momento l'aggravante non ha cessato di allargare il suo campo di applicazione tra i reati previsti dal codice penale.

Da quel momento nell'ordinamento francese la commissione di un reato *en réunion* rinvia non più solamente allo specifico reato dell'associazione di malfattori, ma anche alla circostanza aggravante derivante dalla commissione del reato in banda organizzata.

La banda organizzata veniva compiutamente definita, al momento della riforma del codice penale del 1° marzo 1994, come «ogni gruppo formato od ogni accordo stabilito in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, di uno o più reati» (art. 132-71 c.p.). La formulazione della norma sembra coincidere esattamente con quella appena vista di associazione di malfattori, ma tale sovrapposizione riguarda solo la prima parte della norma. Infatti il disegno perseguito per l'applicazione della circostanza aggravante della banda organizzata deve essere la preparazione di uno o più reati, senza alcuna precisazione sulla natura o la gravità di questi e senza i limiti di pena previsti perché possa configurarsi il reato di associazione di malfattori.

Per applicare quindi la circostanza ed il conseguente aumento di pena, a partire dal 1994 era necessario e sufficiente ottenere la prova della risoluzione di agire in gruppo e nel quadro di un livello di organizzazione minimo. Si trattava di criteri tutto sommato abbastanza fluidi, raggiungibili ad esempio con la prova di una ripartizione dei

ruoli tra i singoli in vista della commissione del reato ed al possesso del materiale destinato a commetterlo.

Ne consegue quindi una differenziazione della responsabilità penale per i reati commessi in gruppo che è graduabile su tre differenti livelli.

Il primo, quello più semplice, configurato dalla commissione di un reato da parte di criminali operanti in gruppo, ma riunitisi in una azione non organizzata, occasionale o fortuita, è di per sé sufficiente a caratterizzare la *réunion*⁸⁶.

C'è poi la possibilità poi che, per i reati per i quali la legge lo preveda espressamente, la commissione in banda organizzata possa dar luogo ad una specifica aggravante con un aumento della pena prevista.

Infine quando gli stessi comportamenti che danno luogo alla circostanza della banda organizzata risultano essere preparatori rispetto ad un crimine o delitto punito con una pena detentiva di almeno cinque anni, può configurarsi il vero e proprio reato di associazione di malfattori.

La descrizione delle condotte cui ricondurre in questi ultimi due livelli, la banda organizzata o l'associazione di malfattori, testimonia delle accresciute esigenze di difesa sociale degli ultimi anni. La rigida applicazione delle norme contenute negli artt. 450-1 e 132-71 del codice può condurre – nei casi previsti dalla legge nel primo caso e secondo i limiti di pena previsti nel secondo – a inglobarvi qualsiasi reato commesso in maniera plurisoggettiva anche in assenza di un accordo stabile ed anche se si tratta della commissione di quel solo reato.

I termini utilizzati infatti – «formato» (*formé*), «accordo stabilito» (*entente établie*), «in vista della» (*en vue de*) – portano ad una definizione del concetto di banda organizzata come somma dei requisiti della riunione e della premeditazione (una sorta di “premeditazione di gruppo”) ai quali deve sommarsi il requisito della preparazione materiale, senza postulare la stabilità dell'accordo o la continuità del programma criminoso.

⁸⁶ La semplice *réunion* è disciplinata nell'ordinamento francese come un'altra circostanza aggravante, in particolare per i delitti di furto, truffa, appropriazione indebita (*abus de confiance*), riciclaggio, traffico di stupefacenti, sfruttamento della prostituzione, traffico di moneta falsa o per il crimine di omicidio volontario.

È sufficiente pertanto che i soggetti, al di là dell'obiettivo che li riunisce, abbiano preparato il loro progetto tramite mezzi materiali che siano rivelatori dell'esistenza di una certa organizzazione che implichi la premeditazione.

Né l'art. 132-71, né l'art. 450-1 del codice penale esigono in ogni modo una organizzazione gerarchica strutturata tra i membri del gruppo. In diverse sentenze riguardanti dei procedimenti per truffa in banda organizzata, la *Chambre criminelle* ha ritenuto che l'esistenza di una banda organizzata derivi non da una organizzazione gerarchica ma da una struttura assegnante a ciascuno un ruolo specifico e complementare a quello degli altri. In ipotesi di questo tipo, l'utilità della banda organizzata consiste allora nel riunire delle competenze diversificate in cui la complementarità fornisce il vantaggio di agevolare la commissione dell'infrazione⁸⁷.

La circostanza aggravante non ebbe sin dall'inizio la portata di un principio il carattere generale e l'aggravamento della pena prevista era applicabile ai soli reati per i quali essa era espressamente prevista, quali il sequestro di persona, lo sfruttamento della prostituzione aggravato, il furto, l'estorsione, la distruzione, degradazione e deterioramento di beni .

Prima dell'adozione della legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004 il codice di procedura penale conteneva delle disposizioni derogatorie ripartite in differenti titoli che riguardavano essenzialmente i campi dello sfruttamento della prostituzione, degli stupefacenti e del terrorismo.

Nel 2004 si assiste in Francia alla definizione di nuove strategie di contrasto nell'ambito di una radicale trasformazione e di una profonda modifica nella configurazione giuridica degli strumenti di contrasto al crimine organizzato.

Questo adattamento era indispensabile al fine di introdurre degli strumenti di indagine specifici per la materia e moderne tecniche di indagine sviluppabili da organi giudiziari e di polizia specifici, flessibili e con dei meccanismi di coordinamento a livello regionale e/o nazionale che agevolassero lo svolgimento dei relativi compiti di contrasto.

⁸⁷ LEMOINE P., *L'association de malfaiteurs et la bande organisée dans la doctrine de la cour de cassation*, in *La criminalité organisée*, a cura di J. PRADEL e J. DALLEST, Paris, 2012, p. 27

Preso atto dell'evoluzione dei fenomeni criminali, delle nuove dimensioni dei giri d'affari riconducibili alla criminalità organizzata e della conseguente accresciuta pericolosità e mobilità ed allo stesso tempo della limitata efficacia e capacità di contrasto degli strumenti di contenuti nella legislazione di diritto comune, sotto l'impulso di importanti lavori condotti a livello sovranazionale dal Consiglio d'Europa, dall'Unione Europea e dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, il legislatore francese adotta la legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, detta legge Perben II, che in questo ambito costituisce un vero e proprio cambiamento di strategia all'interno del sistema procesual-penalistico, per adattare alle nuove mutate esigenze i dispositivi di risposta previsti dal sistema giudiziario francese.

Con la legge Perben II il legislatore francese mostra la sua volontà di contrastare fermamente la minaccia rappresentata dalle nuove forme di criminalità. La legge ha conosciuto – come accade per tutte le riforme importanti della procedura penale – una genesi lenta e tormentata. Il nuovo testo legislativo ha suscitato importanti dibattiti tanto in seno alla classe politica che all'interno del mondo giudiziario, soprattutto riguardo il titolo primo di tale legge relativo alla lotta contro le nuove forme di criminalità organizzata.

La legge razionalizza e dà coerenza alla materia con l'introduzione nel codice di procedura penale un nuovo titolo XXV, intitolato «della procedura applicabile alla criminalità ed alla delinquenza organizzata» che comprende i nuovi articoli da 706-73 a 706-106. In esso viene stabilito un nuovo regime derogatorio specifico per il contrasto alla criminalità e delinquenza organizzata e vengono riorganizzati ed aumentati i casi di applicazione della circostanza aggravante della banda organizzata.

In tale quadro non si dà alcuna definizione della criminalità organizzata, ma viene introdotta una lista di reati ritenuti i più rappresentativi dei fenomeni di criminalità o delinquenza organizzata (art. 706-73 c.p.p.).

Nel 2004 la Francia opta quindi per una soluzione tecnicamente molto differente da quella adottata dal legislatore italiano negli anni precedenti per delimitare il campo di applicazione delle nuove norme, limitandosi a disciplinare l'applicazione delle norme

agli specifici casi senza inquadrare la categoria giuridica e senza introdurre una nuova definizione di criminalità organizzata.

Il legislatore ha quindi stilato la seguente lista di reati ai quali sono applicabili delle speciali procedure che non è possibile mettere in funzione per i reati comuni e dalla presenza dei quali dipendono numerose conseguenze nello svolgimento della procedura (art. 706-73 c.p.p.):

- 1° Crimine di omicidio commesso in banda organizzata;
- 2° Delitto di torture ed atti di barbarie commessi in banda organizzata;
- 3° Crimini e delitti di traffico di stupefacenti;
- 4° Crimini e delitti di rapimento e sequestro commessi in banda organizzata;
- 5° Crimini e delitti aggravati di tratta di esseri umani;
- 6° Crimini e delitti aggravati di sfruttamento della prostituzione;
- 7° Crimine di furto commesso in banda organizzata;
- 8° Crimine aggravato di estorsione;
- 9° Crimine di distruzione, degradazione e deterioramento di un bene commessi in banda organizzata;
- 10° Crimini in materia di falso monetario;
- 11° Crimini e delitti costituenti atti di terrorismo;
- 12° Delitti in materia di armi ed esplosivi commessi in banda organizzata;
- 13° Delitti di aiuto all'ingresso, alla circolazione ed al soggiorno irregolari di uno straniero in Francia commessi in banda organizzata;
- 14° Delitti di riciclaggio o di ricettazione del prodotto, delle rendite, delle cose provenienti dai reati indicati nei numeri da 1° a 13°;
- 15° Delitti di associazione di malfattori, quando essi hanno per oggetto la preparazione di uno dei reati indicati nei numeri da 1° a 14°;
- 16° Delitto di mancata giustificazione delle risorse corrispondenti al tenore di vita, quando esso è in relazione con uno dei reati indicati nei numeri da 1° a 15°;

L'articolo 706-74 prevede inoltre che le disposizioni in deroga siano applicabili:

- ai crimini e delitti commessi in banda organizzata diversi da quelli connessi all'articolo 706-73;
- ai delitti di associazione di malfattori (art. 450-1, co. 2, c.p.).

In presenza di tali reati una conseguenza percepibile immediatamente all'avvio della procedura riguarda il prolungamento della *garde à vue* fino a 96 ore del quale si è detto prima, ma la commissione di essi determina anche gli ambiti di competenza delle nuove Giurisdizioni Interregionali Specializzate (JIRS), le sole a doversi e potersi occupare dei casi di criminalità organizzata, delle quali si dirà più avanti.

Rispetto a prima, la lista dei reati per i quali è prevista la circostanza aggravante della banda organizzata viene notevolmente estesa.

La tecnica legislativa utilizzata nella redazione dell'articolo 706-73 ha risposto ad una legittima preoccupazione di conformità al dettato costituzionale, ma dalla sua entrata in vigore essa viene anche criticata per la sua mancanza di coerenza, poiché l'art. 706-73 forma un elenco di quindici categorie di reati – spesso profondamente diversi tra loro – ritenuto in qualche modo aleatorio⁸⁸. È intuibile che alcuni di essi siano riconducibili sistematicamente alla criminalità organizzata per la loro natura o per i mezzi necessari alla loro preparazione e realizzazione, mentre altri non figurano in tale categoria che quando essi sono caratterizzati dalla circostanza aggravante della banda organizzata o da altra circostanza aggravante.

La profonda diversità dei reati di criminalità o delinquenza organizzata elencati nel testo dell'art. 706-73, può far comprendere le difficoltà di fronte alle quali si è trovato il legislatore nella ricerca di una formula unica per individuare i confini del fenomeno. Il principio costituzionale di legalità impone al legislatore di fissare il campo di applicazione della legge penale e di definire tutti i reati in termini sufficientemente chiari e precisi.

La questione è stata portata preventivamente davanti al Consiglio Costituzionale, criticando non tanto il principio stesso dell'elenco, ma solamente l'imprecisione della nozione di banda organizzata che determinerebbe in tal modo l'applicazione di un

⁸⁸ VERGES E., cit., p. 185.

regime derogatorio non solamente alle forme di criminalità organizzata. Nella sua decisione n. 2004-492 DC del 2 marzo 2004⁸⁹, il Consiglio Costituzionale ha affermato che «questa esigenza si impone non solamente per escludere l'arbitrio nella pronuncia delle pene, ma ancora per evitare un rigore non necessario al momento della ricerca degli autori dei reati»⁹⁰. Pertanto le regole della procedura penale che si applicano in deroga alla delinquenza organizzata devono indicare in maniera precisa il loro campo di applicazione.

La scelta del legislatore francese, in coerenza con tali conclusioni, ha permesso di rispettare al massimo il principio di legalità (criminale), irrinunciabile in un sistema penale moderno ma allo stesso tempo ha rinunciato ad introdurre una formula unica per definire la criminalità organizzata ed a stabilire uno o più parametri di valutazione della pericolosità dei gruppi criminali organizzati. Oggi nell'ordinamento francese, solamente i delitti contenuti nell'elenco dei reati di criminalità e delinquenza organizzata, sono sottomessi a procedure derogatorie di indagine, perseguimento ed istruzione.

Diversi autori hanno comunque criticato le scelte ed i criteri utilizzati dal legislatore nella redazione dell'elenco. Nello stesso anno dell'emanazione si è scritto che il legislatore non si era offerto ad un approccio metodico del fenomeno della criminalità organizzata prima di cimentarsi nel rischioso esercizio dell'elencazione⁹¹. Nel 2009 ancora un altro autore definisce lo spostamento del punto di equilibrio della procedura francese verso la Procura e a danno del giudice istruttore, come « un vero secondo modello procedurale proprio della criminalità organizzata, concetto fluido non diversamente definito che dall'elencazione arbitraria di reati ritenuti (ad essa) collegati – con una deriva prevedibile da principio (...)»⁹².

Occorre riconoscere che in effetti, nella lista di quindici categorie di reati elencati nell'art. 706-73, alcuni costituiscono reati legati per la loro natura alla criminalità organizzata. È il caso del reato previsto dall'art. 222-34 del codice penale,

⁸⁹ Cons. Const, 2 marzo 2004, déc. n. 2004-492 DC, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n. 16.

⁹⁰ Cons. Const, 2 marzo 2004, cit., p. 5.

⁹¹ VERGES E., op. cit., p. 182.

⁹² CONTE Ph., *Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, in *Droit Pénal*, n. 6, giugno 2009, p. 6.

come il fatto di dirigere od organizzare un gruppo avente per oggetto il traffico di stupefacenti. Tutti gli elementi del crimine organizzato sono riuniti in questa fattispecie (pluralità di autori, organizzazione delle operazioni ...). Non si può dire la stessa cosa riguardo lo sfruttamento della prostituzione aggravato previsto dall'art. 225-7 c.p., dal momento che condotta dello sfruttamento (*proxénétisme*) può essere commessa anche da un individuo isolato.

Va osservato che gli articoli da 706-75 a 706-78 del codice di procedura penale prevedono la creazione di giurisdizioni interregionali di accusa, istruzione e giudizio specializzate competenti per i reati di criminalità organizzata (artt. 706-73 e 706-74).

Definizione di gruppo criminale organizzato di organismi sovranazionali

Occorre infine tener conto delle definizioni formulate in materia da organismi internazionali dei quali fanno parte i due stati.

Momento fondamentale per il contrasto alla criminalità organizzata è sicuramente la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale firmata a Palermo nel dicembre del 2000 anche da Francia ed Italia⁹³.

Una degli obiettivi guida per la Convenzione di Palermo era quello di fornire delle definizioni, largamente condivisibili, delle nozioni e degli elementi di base per successivi interventi legislativi. Tra le definizioni introdotte dalla convenzione del 2000, ci sono quelle di «gruppo criminale organizzato transnazionale», «reato transnazionale», «grave crimine».

Nell'art. 3, paragrafo 2 della convenzione è inserita la nozione di «reato transnazionale» cui far riferimento per individuare le organizzazioni criminali alle quali ricollegare le conseguenze penali previste dalla convenzione.

L'approccio metodico con il quale si è proceduto ha portato a statuire che costituisce una associazione criminale organizzata ogni «gruppo strutturato composto da tre o più persone, esistente per un periodo di tempo, che agiscono di concerto al fine di

⁹³ I lavori per la *Transnational organized crime convention* si sono tenuti a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2001.

commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti conformemente alla presente convenzione per trarne direttamente profitto o indirettamente un vantaggio di natura finanziaria od ogni altro vantaggio di tipo materiale» (ann. 1, art.2, lett. a)

La nozione di reato grave è ricondotta ai sensi dell'art. 2 della Convenzione ai reati «sanzionabili con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel massimo o con una pena più elevata»

In seguito entrambi i paesi hanno ratificato la Convenzione di Palermo, la Francia il 24 luglio 2002 e l'Italia il 16 marzo 2006.

Con la legge 16 marzo 2006 n. 146⁹⁴ il legislatore italiano, ha introdotto all'interno dell'ordinamento la nozione di «reato transnazionale», tipizzandolo secondo il contenuto della convenzione. Secondo l'art. 3 della legge 146/2006 il reato transnazionale è quello «punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno stato, b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato».

Di fronte alla diffusione del fenomeno, anche l'Unione europea si è dotata di strumenti normativi per il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. Si possono considerare le decisioni quadro 2002/584/JAI sul così detto mandato d'arresto europeo, o la 2009/426/JAI del 16 dicembre 2008 sul rafforzamento di Eurojust⁹⁵, od ancora la decisione del Consiglio del 6 aprile 2009 sulla creazione dell'Ufficio europeo di polizia (Europol).

Il provvedimento che detta le linee guida sull'argomento è la decisione quadro 2008/841/JAI del Consiglio del 24 ottobre 2008 relativa alla «lotta contro la criminalità organizzata».

⁹⁴ «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»

⁹⁵ La decisione modifica la precedente decisione 2002/187/JAI istitutiva di Eurojust al fine di rinforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata.

Da quest'anno il Parlamento Europeo prevede al suo interno una commissione speciale sulla «criminalità organizzata, la corruzione, il riciclaggio di capitali»⁹⁶.

La Commissione, prima di presentare il rapporto finale con le raccomandazioni relative alle misure ed alle iniziative da adottare, ha presentato, come previsto nella decisione istitutiva, un rapporto intermedio⁹⁷ con un inquadramento dell'attività svolta.

La Commissione ha preso atto alla fine della prima parte del suo lavoro del diverso interesse da parte degli stati membri al tema della criminalità organizzata, con l'assenza al momento di regole di armonizzazione tra le legislazioni dei singoli stati membri. Si va da ordinamenti che non prevedono fattispecie penali contro le strutture criminali organizzate (si può vedere il caso della Danimarca e della Svezia) al caso della previsione di specifiche disposizioni con la definizione delle associazioni criminali di tipo mafioso (è il caso dell'Italia), passando per numerose soluzioni intermedie.

Tra le conclusioni del rapporto l'auspicio di una estensione del delitto di associazione di tipo mafioso a tutti gli stati membri dell'Unione Europea⁹⁸.

⁹⁶ La Decisione del Parlamento Europeo del 14 marzo 2012 relativa alla costituzione contiene le disposizioni relative ad attribuzioni, composizione numerica e durata del mandato della commissione (paragrafo 4).

⁹⁷ *Document de travail sur la criminalité organisée* dell'1.10.2012 della *Commission spéciale sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux*, redattore IACOLINO S.

⁹⁸ *Document de travail*, cit, p. 12.

Capitolo 2

Gli strumenti di contrasto specifici della lotta alla criminalità organizzata

In Italia fino all'inizio degli anni 80 la criminalità organizzata era contrastata con gli stessi strumenti utilizzati per fronteggiare le altre attività criminali ed i reati comuni.

Fino ad allora il legislatore non riteneva necessario adottare nuove leggi speciali per opporsi al fenomeno. Da questo punto di vista, l'art. 416 bis del codice penale introdotto dalla legge 646/1982 rappresenta una novità poiché esso qualifica differentemente ed applica sanzioni differenti a comportamenti inquadrabili nel testo dell'art. 416, quando essi sono commessi da mafiosi – persone che si trovano in condizioni particolari in rapporto agli altri cittadini ed allo stesso gruppo criminale del quale essi fanno parte.

Il cambio di strategia adottato nella lotta contro la criminalità è stato una diretta conseguenza della sanguinosa evoluzione della strategia dell'organizzazione criminale italiana economicamente e militarmente più potente, la mafia di Palermo, che nel corso degli anni 70 aveva, tra l'altro, rilevato il testimone della criminalità francese (in particolare marsigliese) nel traffico di eroina verso gli Stati Uniti.

Dalla fine degli anni 70 era scoppiata all'interno della mafia siciliana una sanguinosa «guerra di mafia» tra due opposte fazioni per la supremazia sui mercati mondiali della droga. Ma soprattutto i mafiosi, sempre più potenti e senza scrupoli, avevano dato inizio ad un vero massacro di personalità impegnate nella lotta contro la mafia uccidendo giudici, giornalisti, politici ed appartenenti alle forze dell'ordine impegnati nella lotta contro la mafia⁹⁹. Si può ricordare che anche il deputato Pio La Torre, firmatario del progetto di legge n. 1581/1980, diretto ad introdurre nell'ordinamento italiano il delitto di associazione di tipo mafioso venne assassinato il 30 aprile 1982, cinque mesi prima che il progetto si trasformasse in legge.

⁹⁹ Si possono ricordare tra gli omicidi del 1979 quello del giornalista del Giornale di Sicilia Mario Francese avvenuto il 26 gennaio (vds CARUSO, cit., p. 290), del capo della Squadra Mobile di Palermo Boris Giuliano avvenuto il 21 luglio (vds CARUSO, cit., p. 299), e quello del giudice istruttore Cesare Terranova, avvenuto il 25 settembre 1979 (vds CARUSO, cit., p. 301).

In Francia, al contrario, nel corso degli anni 70 ed 80 gli obiettivi presi di mira dalla lotta contro la grande criminalità erano soprattutto il fenomeno del grande banditismo ed altre manifestazioni di una delinquenza che si manifestava nelle grandi città ed in determinate zone del territorio nazionale. Ma, di fronte ad una recrudescenza della pericolosità della delinquenza a livello nazionale ed all'entrata nel panorama francese di organizzazioni e gruppi criminali di livello internazionale, come si è visto, anche la Francia ha dovuto prevedere degli strumenti di contrasto adeguati contro la criminalità organizzata.

Di seguito verranno confrontate le giurisdizioni specializzate introdotte in Italia all'inizio degli anni 90 con le analoghe figure introdotte successivamente dal legislatore francese (sezione I). Verranno poi esaminate l'evoluzione ed i compiti delle componenti specializzate delle forze di polizia sulle quali incombe l'onere di contrastare la criminalità organizzata in Italia e Francia (sezione II).

Anche nell'esposizione che segue si è preferito sviluppare il confronto esaminando prima le norme italiane e dopo quelle francesi. In tal modo sarà più semplice inquadrare storicamente la materia in questione, risultando evidente che i citati problemi si sono presentati prima al legislatore italiano.

La presa di coscienza della necessità di istituire degli organi specializzati per il contrasto alla criminalità organizzata ha condotto ad una specializzazione delle strutture che si occupano delle indagini, tanto in seno gli organi giudiziari che all'interno dei corpi di polizia. In tale settore le scelte di Italia e Francia convergono, avendo entrambe creato una magistratura specializzata e degli organi di polizia a competenza allargata e specifica.

Il punto di svolta in Italia è costituito da una importante riforma che ha introdotto un pubblico ministero specializzato, riorganizzando anche la sua competenza territoriale, ed allo stesso tempo ha messo al servizio delle indagini un sistema di polizia il quale – per poterne assicurare il necessario coordinamento – è stato riorganizzato nelle sue strutture centrali.

Tutto ciò è avvenuto nel 1991 con la creazione delle Direzioni Distrettuali Antimafia (D.D.A.) presso le procure, e dei servizi interprovinciali nell'ambito delle tre forze di polizia.

Per i motivi di cui si è parlato sopra, solamente nel 2004 il legislatore francese ha ritenuto necessario adattare gli strumenti di contrasto all'evoluzione della criminalità, come recita emblematicamente il titolo della legge Perben II del 9 marzo 2004. Con tale legge il sistema giudiziario francese è stato modificato per aumentarne l'efficacia e migliorarne il livello di coordinamento con l'introduzione – secondo principi che ricordano in qualche maniera le argomentazioni del legislatore italiano del periodo dell'emergenza mafiosa – di diverse novità, tra le più significative delle quali va annoverata la creazione di otto *Juridictions Interrégionales Spécialisées* (JIRS).

Sezione I – Le nuove giurisdizioni specializzate

A causa della complessità del fenomeno mafioso e del suo radicamento in diverse regioni italiane, nel 1991 si ritenne necessario affidare le indagini ed i processi contro la criminalità organizzata a magistrati esperti nel settore, che potevano essere messi in condizione di svolgere i loro compiti in maniera coordinata¹⁰⁰.

Si volevano così evitare i rischi derivanti da una visione parcellizzata del fenomeno, cioè:

- la comprensione limitata del fenomeno dovuta ad una visione frammentaria;
- la dispersione degli elementi di prova;
- il rischio di sovrapposizione delle inchieste.

In Italia l'atto di nascita delle Direzioni Distrettuali Antimafia (D.D.A.) e della Direzione nazionale antimafia (D.N.A.) è contenuto nel decreto legge 20 novembre 1991 n. 367, convertito con modificazioni dalla legge 20 gennaio 1992 n. 8.

Per analoghe ragioni, in Francia, nel 2004 hanno visto la luce le citate *Juridictions Interrégionales Spécialisées* (JIRS), le cui competenze territoriali

¹⁰⁰ D'AMBROSIO L., *La pratica di polizia giudiziaria. La polizia giudiziaria nel processo penale*, Cedam, 2012, p.46.

oltrepassano, a certe condizioni, quelle abitualmente previste, per corrispondere ai bacini criminali di una data regione.

§ 1. Le giurisdizioni specializzate nell'ordinamento italiano.

Il problema del coordinamento delle indagini presentava, già da tempo, una particolare complessità per lo svolgimento di un procedimento per reati commessi dalla criminalità di tipo mafioso, poiché la mafia siciliana, già nel secondo dopoguerra – a causa dei suoi traffici con gli Stati Uniti – aveva acquisito una dimensione internazionale non sempre conosciuta dal grande banditismo francese.

In simili casi, nei quali le ramificazioni dell'organizzazione toccano diversi luoghi – a volte al di fuori dei confini nazionali – è necessario che diversi uffici d'inchiesta si coordinino per assicurare una condotta delle indagini più efficace e tempestiva, ma occorre anche, in primo luogo, impedire la frammentazione dell'indagine tra differenti procure e, dopo, la dispersione dei processi tra le differenti giurisdizioni di giudizio. In caso contrario il pericolo di decisioni contraddittorie o la dispersione delle prove possono aumentare ed impedire di acquisire una visione d'insieme dei fatti sui quali si indaga.

In conseguenza di ciò, si ha la duplice necessità di prevedere, per tale categoria di delitti, un coordinamento delle indagini particolarmente forte che possa garantire, allo stesso tempo, la loro concentrazione davanti ad un numero limitato di procure.

Nel periodo delle indagini contro il terrorismo, la necessità di sviluppare sistemi che tenessero conto della specificità del fenomeno e collegassero le differenti attività delle procure ordinarie, aveva determinato la creazione di gruppi specializzati di magistrati della procura e del giudice istruttore. Dopo la fine dell'emergenza terrorista, tali gruppi di magistrati specializzati in materia avevano progressivamente perso di importanza, nello stesso periodo nel quale la necessità di costituire gruppi analoghi era richiesta nel contrasto alla criminalità organizzata.

All'inizio degli anni 80 la creazione di un "pool" di giudici specializzati all'interno della procura di Palermo e l'istruzione di un enorme processo, il «maxi-

processo alla mafia» agevolavano il coordinamento delle indagini ed il raggiungimento di importanti risultati sul piano processuale. Dopo aver sperimentato positivamente un metodo di lavoro nel maxi-processo, era ritenuto logicamente inconcepibile che, anche in altri casi implicanti ramificazioni criminali su tutto il territorio nazionale, le funzioni di pubblico ministero continuassero a essere gestite secondo le ordinarie regole della competenza e senza imporre ai dirigenti delle procure a creare dei «gruppi di magistrati esperti» designati in maniera stabile per tale tipo di processo.

Sulla base di tale esperienza, le indicazioni dei magistrati del primo maxi-processo di Palermo, che ben conoscevano tali esigenze di coordinamento e di concentrazione, ed i risultati di una inchiesta condotta nel 1989 dal Consiglio superiore della magistratura, deponevano a favore della creazione di nuove giurisdizioni specializzate, ma contro tali conclusioni militavano le opinioni di quelli che temevano e contrastavano un modello di pubblico ministero di tipo centralizzato¹⁰¹. Di conseguenza nessuna nuova giurisdizione specializzata venne creata con il nuovo codice di procedura penale in vigore dal 1989 né furono previsti particolari meccanismi di coordinamento al di là del coordinamento spontaneo previsto nella prima stesura del codice (art. 371 c.p.p.) tra gli uffici del pubblico ministero delle oltre 150 circoscrizioni territoriali nelle quali era diviso il territorio nazionale.

Nei due anni che seguirono il nuovo sistema processuale misto, con prevalenza del modello accusatorio e teorica attribuzione di notevoli poteri di “parte” al pubblico ministero si trovò a fare i conti con una progressiva dilatazione della presenza del crimine organizzato nella società italiana. Allo stesso tempo le risultanze processuali dei processi per mafia in corso portavano verso l’acquisizione del dato processuale della unicità ed unitarietà della più importante aggregazione criminale presente sul territorio, denominata “Cosa Nostra”.

Di fronte all’*escalation* di violenza criminale proveniente da gruppi organizzati ed al pressante bisogno di fornire una risposta esaustiva) alle esigenze di coordinamento

¹⁰¹ GRASSO P., *La Direzione Distrettuale Antimafia tra assetto normativo e prassi*, in *Terzo corso di approfondimento tematico delle tecniche d’indagine* del Consiglio Superiore della Magistratura, 2000, p. 5.

degli uffici del PM, nel 1991 il governo ed il legislatore mettevano in funzione degli uffici giudiziari a livello nazionale, seguendo in gran parte le intuizioni ed il progetto originariamente caldeggiato dal giudice Falcone di centralizzazione delle inchieste più complesse.

A) La Direzione distrettuale antimafia (DDA)

Accogliendo tali indicazioni, il decreto legge 20 novembre 1991 n. 367 (convertito con modifiche nella legge 20 gennaio 1992, n. 8), determinò nuove regole di competenza, disponendo che le giurisdizioni competenti per le indagini sui delitti di mafia siano le procure distrettuali (cioè «gli uffici del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello nel quale la giurisdizione competente ha la sua sede»). Da allora sono state istituite presso le procure ordinarie dei capoluoghi di distretto di corte di appello le Direzioni distrettuali antimafia, le sole competenti per i reati di criminalità organizzata.

Le norme contenute nell'originario testo legislativo (D.L. n. 367/1991, convertito nella legge n. 8/1992) sono state trasposte nel libro III del D. L.vo n. 159/2001, «Codice delle leggi antimafia»¹⁰². Precisamente le norme sono confluite nel primo titolo «Attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata», all'interno del capo I («Direzione distrettuale antimafia e Direzione distrettuale antimafia»)¹⁰³.

La legge prevede che per lo svolgimento dei procedimenti relativi a reati commessi o tentati, indicati nell'art. 51, co. 3 bis del codice di procedura penale, il procuratore della Repubblica presso la sede di corte di appello crea all'interno del suo ufficio una «Direzione distrettuale antimafia» (D.D.A.) scegliendo (per almeno 2 anni) magistrati dotati di particolari competenze e di esperienze professionali (art. 70 bis, co.

¹⁰² Decreto Legislativo 6 settembre 2001 n. 159, «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia».

¹⁰³ Nello schema di decreto approvato il 9 giugno 2011, le identiche disposizioni occupavano il libro IV del «Codice delle leggi antimafia», ma, come si è visto, la rimozione dal testo finale di tutte le norme penali – lasciate nella loro originaria posizione – ha determinato la soppressione del contenuto di tutto il Libro I dell'originario decreto.

1, R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 – Ord. Giud. – aggiunto dall’art. 5 del D.L. 367/1991). Lo stesso procuratore coordina il gruppo che ha creato ed a tal fine assicura la completezza e la rapidità dello scambio di informazioni sullo sviluppo delle inchieste, allo stesso modo che l’esecuzione delle direttive emanate per il coordinamento delle indagini e l’impiego della polizia giudiziaria (art. 70 bis, co. 2). Vennero pertanto state create le Direzioni distrettuali antimafia presso le procure ordinarie dei ventisei capoluoghi di distretto di corte di appello. Tali Direzioni non costituiscono una struttura con una autonomia funzionale, ma esse hanno semplicemente una competenza specifica limitata ai delitti previsti dall’art. 51, comma 3 bis del codice di procedura penale¹⁰⁴.

Per meglio comprendere la scelta del legislatore italiano riguardo le competenze della D.D.A., occorre ripercorrere l’interpretazione della nozione di «delitti di criminalità organizzata», nozione che presentava e presenta ancora dei margini di indeterminatezza per l’assenza di un definizione legislativa.

Dopo lunghi dibattiti, tenuto conto (del fatto) che nella legislazione italiana esistono norme che rimandano ad una nozione di criminalità «di tipo mafioso» e delle altre che prevedono quelle di «criminalità organizzata», si è affermata la tesi che ritiene quest’ultima come categoria generale, più vasta della categoria speciale della «criminalità organizzata di tipo mafioso».

Le sezioni unite della Corte di cassazione hanno dato una indicazione definendo i reati di criminalità organizzata come tutti quelli che una pluralità di persone realizza, per portare avanti un programma criminoso specifico, dopo aver costituito una struttura organizzata, che è più importante del contributo degli associati e che determina dunque, nell’opinione pubblica, un particolare allarme sociale¹⁰⁵.

I delitti tipici di criminalità organizzata sono quelli che, anche se talvolta possono essere regolati da norme diverse, sono individuati dalla legge nell’art. 51, comma 3 bis del codice di procedura penale:

- associazione di tipo mafioso (art. 416 bis, c.p.),
- sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630, c.p.)

¹⁰⁴ GRASSO P., cit, p.7.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte di cassazione, Sez. Un. n.17701/05.

- associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74, D.P.R. 309/90),
- associazione finalizzata al contrabbando di sigarette (art. 291 quater, D.P.R. 43/1973),
- tutti i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis o commessi allo scopo di facilitare le attività delle associazioni definite nello stesso articolo.

I delitti indicati nell'art. 51 co. 3 bis sono considerati dalla dottrina i «delitti di criminalità organizzata» nel senso proprio del termine.

Una novità in materia processuale contenuta nella legge 13 agosto 2010 n. 136, «Piano straordinario contro le mafie», riguarda la competenza della Direzione distrettuale antimafia. L'articolo 11 comma 1 della legge n. 136/2010 ha infatti attribuito alle direzioni distrettuali anche la competenza per il reato previsto dall'art. 260 del D. L.vo 3 aprile 2006 n. 152, «Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti».

L'attribuzione è stata effettuata a prescindere dai collegamenti tra le attività costituenti reato e la criminalità organizzata mafiosa. In effetti anche se non possono essere negate le infiltrazioni della criminalità organizzata nella «gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti», tale comportamenti potevano ricadere nella sfera di competenza della DDA anche prima, nel caso in cui fossero presenti i requisiti richiesti dalla circostanza aggravante prevista dall'art. 7 della legge 203/1991.

Dal 2010 quindi le Direzioni distrettuali sono competenti ad indagare sul reato sia nel caso di realizzazione dello stesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p., sia nel caso in cui i collegamenti con la criminalità organizzata manchino e si tratti semplicemente di imprese senza scrupoli che agiscono per conseguire un maggiore guadagno e violano i divieti imposti solo per conseguire un profitto ulteriore risparmiando sui costi di gestione e/o smaltimento.

L'introduzione della norma sembra confermare la linea del legislatore di ampliamento delle competenze della direzione distrettuale cui vengono attribuiti – secondo criteri che non tengono necessariamente in conto delle sue funzioni “antimafia”

– reati valutati come gravi a prescindere dalla loro connotazione mafiosa, per esigenze di coordinamento legate alla loro normale dimensione ultraregionale o ultranazionale oppure per scelte «emotive e simboliche più che di sistema»¹⁰⁶

B) La Direzione nazionale antimafia (D.N.A.)

La soluzione adottata nel D.L. 20 novembre 1991 n. 367 con la creazione di 26 Direzioni distrettuali antimafia ha eliminato il rischio che le indagini per i delitti di mafia potessero essere parcellizzate presso le oltre 160 procure della Repubblica sparpagliate nel paese, ma ciò non era sufficiente per risolvere il problema del coordinamento tra le differenti procure antimafia.

Non è infrequente, e non lo era neanche negli anni novanta, che gruppi mafiosi abbiano interessi in differenti zone del territorio nazionale, o che un delitto di tipo mafioso sia pianificato in una regione e portato a compimento in un'altra. In tali casi, si potrebbe correre il rischio di una sovrapposizione di procedimenti giudiziari originati da diverse procure.

Il coordinamento tra le differenti D.D.A. diviene allora necessario tanto per prevenire e risolvere i conflitti che per permettere che le indagini siano rapide e complete.

In entrambi i casi il coordinamento è assicurato dal procuratore nazionale antimafia, sia personalmente, che tramite i magistrati che compongono la Direzione nazionale antimafia (D.N.A.). Quest'ultimo ufficio è stato creato all'interno della procura generale presso la Corte di cassazione (D. L.vo n. 159/2011, art. 103) alla quale lo stesso procuratore nazionale è preposto (art. 76 bis, co. 1, R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 – Ord. Giud. – aggiunto dall'art. 6 del D.L. 367/1991).

La D.N.A. è composta da 20 magistrati, con funzione di magistrati di corte di appello, e che hanno specifiche attitudini ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata (D. L.vo n. 159/2011, art. 103 co.4).

¹⁰⁶ GIORDANO P., *Più competenze alla Direzione distrettuale*, in *Guida al Diritto – Il Sole-24 ore*, n. 39, ottobre 2010, p. 64.

Il procuratore nazionale antimafia è un magistrato di cassazione il quale, per almeno 10 anni, ha svolto funzioni di pubblico ministero e che possiede specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata (D. L.vo n. 159/2011, art. 103 co.2).

Il procuratore nazionale antimafia può utilizzare i suoi poteri di coordinamento (art. 371 bis c.p.p.):

- per prevenire e risolvere i conflitti tra gli organi procedenti;
 - per stimolare l'attività di indagine.
- a) Per quanto concerne il coordinamento diretto a prevenire e risolvere i conflitti nelle indagini, il procuratore nazionale può in particolare (art. 371 bis, co. 3, c.p.p.):
- impartire ai procuratori distrettuali specifiche direttive alle quali attenersi (art. 371 bis, co. 3, lett.f));
 - riunire i procuratori distrettuali interessati al fine di risolvere i contrasti insorti malgrado le direttive specifiche impartite (co. 3, lett.g));
 - disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari quando le riunioni disposte non hanno dato esito ed il coordinamento non è stato possibile a causa perdurante ed ingiustificata inerzia (co. 3, lett.h))-
- b) Per quanto concerne il coordinamento finalizzato a stimolare l'attività di indagine, il procuratore nazionale può inoltre:
- assicurare il collegamento investigativo tra i differenti uffici anche per mezzo dei magistrati della Direzione nazionale antimafia (art. 371 bis, co. 3, lett.a));
 - curare, mediante l'applicazione temporanea di magistrati della direzione nazionale la flessibilità e mobilità che soddisfino specifiche e contingenti esigenze (co. 3, lett.b));
 - provvedere all'acquisizione e all'elaborazione di notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata (co. 3, lett.c));
 - condurre «colloqui investigativi» con detenuti al fine di acquisire informazioni utili con riguardo a delitti di criminalità organizzata (art. 18-bis co. 5 L. 26.7.1975 n. 354);

- assicurare l'impiego funzionale della polizia giudiziaria della direzione investigativa antimafia e dei servizi centrali e interprovinciali, anche impartendo direttive per regolare l'impiego a fini investigativi (art. 371 bis, co. 1 c.p.p.).

Nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata si applicano regole simili per la competenza territoriale del pubblico ministero e per quella del giudice delle indagini preliminari (G.I.P.). Infatti le funzioni di G.I.P. possono essere esercitate solamente dal giudice delle indagini preliminari che ha la sede nel capoluogo del distretto della corte d'appello (il GIP cosiddetto "distrettuale"). Per gli stessi reati, al contrario, le funzioni del giudice del dibattimento sono esercitate da un giudice individuato conformemente alle normali regole di competenza territoriale.

Per quanto concerne i delitti di mafia, dunque, esiste una separazione tra la competenza del GIP e quella del giudice del dibattimento ogni volta che quest'ultimo non è un giudice che ha la sede nel capoluogo del distretto della corte di appello.

Infine occorre fare una considerazione sulle diverse difficoltà che caratterizzano, nelle diverse zone del territorio nazionale, l'individuazione della competenza per i delitti previsti nell'articolo 51, comma 3 bis del codice di procedura penale. In certe zone del territorio nazionale, dove alcune organizzazioni mafiose sono storicamente radicate sul territorio – a differenza che nelle sedi nelle quali la competenza della DDA riguarda fenomeni molto gravi ma circoscritti – spesso non è possibile distinguere a priori le manifestazioni criminali di derivazione mafiosa dalle altre attività delittuose comuni. Questo avviene perché la presenza ed il potere di controllo delle organizzazioni criminali sono state nel passato talmente penetranti da interferire, anche se in maniera differente, in quasi tutte le attività lecite e illecite produttrici di reddito.

Ciò comporta che indagini per reati comuni (per esempio incendi, danneggiamenti, reati fallimentari) possano condurre alla scoperta di veri e propri disegni criminali da parte di organizzazioni criminali, rivelando le infiltrazioni (od i tentativi di infiltrazione) di associati alla mafia nel tessuto sociale e in settori dell'economia lecita.

Questa frequente interconnessione è stata rilevata anche nel campo delle inchieste concernenti i delitti contro la pubblica amministrazione. Gravi irregolarità ed episodi di corruzione nel settore dei lavori pubblici in certe aree possono a volte essere ricondotti a sistemi di manipolazione illecita delle aggiudicazioni che opera con l'interferenza, spesso egemone, della mafia. Tutto ciò ha reso evidente l'opportunità di allargare l'intervento dei magistrati della DDA in inchieste concernenti anche la mafia, con l'effetto della creazione delle premesse per una progressiva estensione delle competenze della Direzione distrettuale antimafia¹⁰⁷.

A livello transnazionale, ed al fine di migliorare la cooperazione giudiziaria in materia di delitti di criminalità organizzata, con la legge 14 marzo 2005 n. 41 è stata istituita la unità Eurojust, composta da un membro nazionale distaccato da ciascuno stato dell'Unione europea. L'Italia è rappresentata da un magistrato del pubblico ministero con almeno venti anni di anzianità di servizio, al quale non sono però attribuiti i poteri spettanti ai pubblici ministeri (*corte cost 136/2011*). L'unità ha funzioni di assistenza, collaborazione e sostegno alle indagini delle autorità giudiziarie italiane.

§2. Le giurisdizioni specializzate nell'ordinamento francese

Fenomeni analoghi a quelli verificatisi in Italia sono stati registrati in Francia con uno scarto temporale di circa un decennio. Alla fine degli anni novanta anche oltralpe sono stati avvertiti i pericoli causati dall'internazionalizzazione dei traffici e dalla mobilità delle organizzazioni criminali. Questa evoluzione della criminalità organizzata che non conosce frontiere ha richiesto un adattamento permanente dei dispositivi di risposta previsti dal sistema francese.

La definizione di nuove strategie e si è manifestata l'introduzione di moderne tecniche e di organi flessibili. Questo adattamento era indispensabile al fine di introdurre degli strumenti di indagine specifici, non era concepibile che gli strumenti di

¹⁰⁷ GRASSO P., cit. p. 51.

indagine fossero limitati ed inadatti a contrastare organizzazioni composte da individui consapevoli di tutte le potenzialità e le nuove tecnologie consententi loro sia di continuare la loro attività criminale, sia di eludere le attività di indagine¹⁰⁸.

Si è visto sopra, a proposito della nozione di *bande organisée* e dell'introduzione del nuovo regime derogatorio relativo ai procedimenti contro la criminalità organizzata, che la legge Perben II del 9 marzo 2004 ha adattato il sistema giudiziario francese per aumentarne l'efficacia e migliorare il livello della lotta contro fenomeni criminali sempre più complessi. Tra le novità introdotte dalla legge c'è l'introduzione di organi giudiziari specializzati nella lotta contro la criminalità organizzata, con una competenza territoriale più ampia degli analoghi organi operanti contro la delinquenza comune (e va sottolineato con una estensione molto più ampia di delle analoghe strutture italiane) in modo da ridurre i rischi derivanti dalla frammentazione delle inchieste e dalle istruttorie per reati nei quali la visione d'insieme è sovente indispensabile per una adeguata comprensione.

Gli articoli da 706-75 a 706-78 del codice di procedura penale prevedono la creazione di giurisdizioni interregionali di accusa, di istruzione e di giudizio specializzate al fine di conoscere dei reati di criminalità organizzata (artt. 706-73 e 706-74).

La lista di reati di criminalità organizzata ai quali sono applicabili le procedure in deroga (art. 706-73 c.p.p.) determinano anche l'ambito di competenza delle Giurisdizioni Interregionali Specializzate.

A) La *Jurisdiction Interrégionale Spécialisée* (JIRS)

Fino al 2004, la legge non prevedeva delle specifiche procedure per il contrasto alla grande criminalità, inoltre l'assenza di strutture giudiziarie specializzate limitava i risultati nel contrasto alla criminalità organizzata. Fino ad allora occorreva rispettare la competenza territoriale dei 181 Tribunali *de grande instance* sparpagliati sul territorio

¹⁰⁸ BRELURUT V., *Les Juridictions interrégionales spécialisées : une réponse judiciaire adaptée aux phénomènes criminels internationaux*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009, p. 163.

francese, i quali erano titolari di una eguale competenza a procedere, istruire e giudicare anche i reati più gravi. Tale suddivisione geografica non aiutava in alcun modo nel contrasto alla criminalità organizzata.

L'articolo 706-75 del codice di procedura penale statuisce che la competenza di un Tribunale *de grande instance* e di una corte di assise può essere allargata al settore di competenza di una o più corti d'appello per il perseguimento, l'indagine, l'istruzione ed il giudizio dei crimini e delitti di criminalità organizzata. Si tratta di una competenza concorrente.

Sono state create otto giurisdizioni interregionali specializzate (*comprendendo il termine sia la magistratura giudicante che la procura*), le cui competenze territoriali superano, a certe condizioni, quelle abitualmente previste, al fine di creare una corrispondenza ai bacini criminali di una determinata regione.

La dottrina di impiego delle JIRS, vasta ed innovativa, dona a questa nuova istituzione una capacità d'azione senza eguali nell'ambito dell'ordinamento francese, con un raggio d'azione allargato per poter contrastare la criminalità organizzata.

Le loro competenze si basano sulla commissione di uno dei reati indicati nell'articolo 706-73 del codice di procedura penale o di uno dei reati indicati nell'articolo 706-74 del codice di procedura penale per reati commessi in banda organizzata.

In alcune di queste giurisdizioni sono stati creati dal nulla i nuovi servizi dedicati alla criminalità organizzata in altri si è trattato di rinforzare delle strutture preesistenti, come nel caso di Parigi e Marsiglia. L'incarico della loro costituzione è stato affidato ai capi delle corti d'appello (art. 706-75-1 c.p.p.) ed il dispositivo inizialmente non ha previsto una nomina per decreto dei magistrati destinati alle nuove funzioni. Pertanto non si è trattato di istituire un differente ruolo a livello nazionale ma solo di inserire alcuni magistrati ritenuti idonei nell'assolvimento di compiti più complessi a livello interregionale. Questo rischia di determinare una situazione di subordinazione dei

magistrati incaricati dei procedimenti più sensibili e complicati, per quanto concerne il loro mantenimento nell'incarico¹⁰⁹.

Dal 2004 la Scuola nazionale della magistratura francese¹¹⁰, istituto pubblico incaricato della formazione iniziale dei futuri magistrati e della formazione continua dei magistrati già immessi nel ruolo, ha previsto dei programmi di formazione specifica per i magistrati delle JIRS e per quelli che desiderano accedervi¹¹¹.

Tali giurisdizioni, messe in funzione il primo ottobre 2004 sono composte da magistrati specializzati, su base volontaria, motivati, aperti a nuovi approcci che riguardano principalmente il loro metodo di lavoro¹¹².

La competenza territoriale degli otto tribunali di grande istanza, sedi delle giurisdizioni interregionali specializzate, è estesa al territorio di più corti d'Appello per tutte le tappe procedurali, dell'indagine, dell'istruzione e del giudizio.

In teoria l'intervento della procura interregionale può essere sollecitato sia in caso di flagranza che in caso di inchiesta preliminare condotta d'iniziativa dai servizi delle forze di polizia e, per la fase istruttoria, è compito del procuratore della Repubblica della giurisdizione non specializzata richiedere al giudice istruttore di spogliarsi della competenza a vantaggio della giurisdizione specializzata.

Va però tenuto presente che la commissione di tali reati non determina necessariamente ed automaticamente il loro coinvolgimento e la loro competenza, poiché essi devono presentare una certa complessità che è stata definita dalla circolare del ministero della Giustizia del 2 settembre 2004: «la pluralità di autori e di complici animati da una risoluzione di agire in comune, il carattere organizzato e pianificato dei fatti, commessi da bande strutturate, gerarchizzate, presentanti una certa pericolosità ...»¹¹³.

¹⁰⁹ CHAUSSERIE-LAPREE D., *Les procédures relatives à la lutte contre la criminalité organisée. La poursuite des infractions par le parquet spécialisé des juridictions interrégionales*, in *La criminalité organisée*, op. cit., p.169.

¹¹⁰ *École nationale de la magistrature (ENM)*.

¹¹¹ CHAUSSERIE-LAPREE D., op. cit., p. 168.

¹¹² BRELURUT V., cit., p.163.

¹¹³ Circolare CRIM 04-13 G1 del 2 settembre 2004.

Per evitare il rischio che i magistrati delle giurisdizioni specializzate non siano a conoscenza dell'esistenza di reati gravi, suscettibili di essere da loro trattati, è stato introdotto il sistema della «doppia informazione» da parte dei servizi investigativi. Nella circolare appena citata il ministero della Giustizia scriveva che «(...) dal momento in cui sono informati di un reato o delle azioni di un gruppo criminale suscettibile di iscriversi in un fenomeno di criminalità organizzata complessa, i servizi di polizia e le unità della gendarmeria indirizzano una doppia informazione: alla procura da cui dipendono ed alla procura competente della giurisdizione interregionale specializzata». Si tratta di un'informazione (effettuata anche telefonicamente) che non significa l'automatico coinvolgimento della JIRS, ma permette ad entrambe le procure di poter immediatamente analizzare le dimensioni del fatto.

La messa in funzione di questo sistema della doppia informazione si è scontrata all'inizio con alcune difficoltà di carattere pratico, dovute al fatto che da sempre gli investigatori operanti sul terreno si relazionano ai magistrati della procura competente per territorio e che, una volta questa avvisata, poteva sembrare opportuno che fosse questa ad interessare dell'affare la procura specializzata, ma dopo alcuni mesi le difficoltà iniziali sono state superate dopo ¹¹⁴

Alla stregua del dispositivo esistente in materia di terrorismo, la competenza delle giurisdizioni interregionali specializzate in materia di criminalità organizzata è esercitata in maniera concorrente con quella delle giurisdizioni di diritto comune. Tale competenza è supplementare poiché essa si aggiunge ai criteri di competenza territoriale ai quali obbediscono le giurisdizioni locali di diritto comune. Essa è egualmente facoltativa restando limitata ai fatti che presentano i criteri cumulativi di reati entranti nel campo di applicazione degli articoli 706-73 e 706-74 del codice di procedura penale, e di grande complessità.

Due tipi di criminalità organizzata devono pertanto essere distinti: la criminalità organizzata ordinaria che resta di competenza delle giurisdizioni locali, e la criminalità

¹¹⁴ CHAUSSERIE-LAPREE D., op. cit., p. 174.

organizzata di grande complessità che è connessa alle giurisdizioni interregionali specializzate.

In caso di inchiesta di flagranza, l'intervento della procura interregionale, nel caso in cui è fondata sulla commissione di una infrazione di quelle previste dall'art. 706-73 del codice di procedura penale, va di pari passo con la messa in opera del regime derogatorio della *garde à vue* previsto dall'art. 706-88. La conoscenza immediata dei reati da parte della JIRS grazie al sistema della doppia informazione consente anche di impiegare le tecniche di indagine derogatorie proprie dei procedimenti di criminalità organizzata.

Una volta avvenuto l'intervento della procura interregionale, questa prende in carico la totalità della procedura. Da quel momento la procura specializzata applica i suoi meccanismi di funzionamento che mira ad assicurare un seguito permanente e continuo nella direzione della polizia giudiziaria lungo il trattamento giudiziario del procedimento.

L'articolo 706-76 comma 2 del codice di procedura penale dispone che una volta adita, una giurisdizione interregionale specializzata rimane competente. Il suo coinvolgimento determina un coinvolgimento irreversibile. Per essa non è dunque ammissibile spogliarsi della competenza in favore della giurisdizione di diritto comune qualora si riveli che il procedimento non riguardi la criminalità organizzata complessa o la delinquenza economica e finanziaria di elevata complessità.

Le JIRS si sono progressivamente inserite nel panorama giudiziario francese. Dopo anni di esercizio, le reticenze iniziali legate a concezioni tradizionali del servizio o a vecchi principi dell'azione hanno ceduto davanti al bilancio particolarmente positivo di questa giurisdizione.

Se si vogliono comparare il sistema adottato in Italia dal 1991 ed il modello francese del 2004, si possono subito evidenziare caratteristiche in comune ed una sostanziale diversità:

- all'origine dell'allargamento della competenza territoriale e di specializzazione delle giurisdizioni stanno le stesse ragioni giustificatrici, probabilmente percepite

- maggiormente in Francia, visto che questa ha suddiviso il suo vasto territorio solamente in 8 zone di competenza (contro le 26 italiane);
- una diversa ed ulteriore esigenza di coordinamento è stata avvertita in Italia, dove le giurisdizioni specializzate vengono coordinate dal procuratore nazionale creato con il compito specifico di prevenire e risolvere i conflitti nei casi nei quali le indagini riguardino gruppi o interessi ancora più estesi della zona di competenza della singola giurisdizione specializzata.

Sezione II – Gli organi investigativi specializzati

Per lo sviluppo di una indagine complessa il pubblico ministero deve servirsi della cooperazione di investigatori esperti ed affidabili e ciò vale soprattutto nelle indagini contro il crimine organizzato. Il fenomeno della specializzazione giudiziaria e di polizia è datato, in Italia come in Francia. Inoltre la continua evoluzione della criminalità organizzata ha imposto un adattamento ed una evoluzione permanente di tutti i dispositivi di risposta. Oggi, più che mai, la lotta contro la criminalità organizzata richiede servizi specializzati dotati di una competenza territoriale allargata.

§ 1. La polizia giudiziaria specializzata in Italia

In Italia nel 1991, l'esigenza di contrastare in maniera più efficace la criminalità organizzata ha portato alla creazione dei «servizi centralizzati di polizia giudiziaria»¹¹⁵, anche in composizione “interforze”, con lo scopo di coordinare le indagini dei servizi di polizia operanti a livello locale o provinciale, per i reati più gravi, o di svolgere direttamente le indagini caratterizzate da difficoltà particolari o che esigono una grande mobilità sul piano nazionale o internazionale.

La *ratio* alla base della costituzione dei servizi centrali è la stessa che ha spinto il legislatore dell'anno 1991, nell'ambito dei delitti di criminalità organizzata, a

¹¹⁵ D'AMBROSIO L., *Pratica di polizia giudiziaria, cit.*, p. 41.

modificare l'organizzazione del pubblico ministero con la creazione della Direzione nazionale antimafia e del procuratore nazionale. Il legislatore ha voluto impedire che le indagini nel campo della criminalità organizzata:

- fossero disperse tra diversi organi, non sempre in possesso di specializzazione adeguata o di strutture sofisticate,
- si sviluppassero in maniera non coordinata con il rischio di una comprensione limitata del fenomeno investigato.

I servizi centrali di polizia sono strutturati in modo da poter assolvere ai compiti di coordinamento delle indagini svolte dalle altre unità in materia di reati di particolare allarme sociale e possono intervenire svolgendo direttamente una attività di indagine caratterizzata da flessibilità sull'intero territorio.

Sono stati di conseguenza istituiti la Direzione investigativa antimafia (D.I.A.) – servizio interforze, con la partecipazione di ufficiali e agenti di polizia giudiziaria provenienti dalle tre forze di polizia – ed i servizi centrali presso ciascuna forza di polizia.

Lo sviluppo logico delle esigenze che hanno condotto all'istituzione dei servizi centrali è l'attribuzione a tali servizi di nuovi e specifici poteri per la prevenzione e la repressione dei reati di criminalità organizzata. Gli ufficiali di polizia giudiziaria della D.I.A. e dei servizi centrali e interprovinciali possono, in particolare:

- partecipare ad operazioni di infiltrazione (*undercover*) allo scopo di acquisire elementi di prova in materia di traffico di stupefacenti, riciclaggio e traffico di armi.
- chiedere – su delega del Ministro dell'Interno – alla procura distrettuale l'autorizzazione ad intercettazioni preventive, sia telefoniche che tra presenti, quando è necessario per prevenire delitti di mafia.

A) La Direzione investigativa antimafia (DIA)

La Direzione investigativa antimafia è un servizio centrale, a composizione interforze, con una competenza su tutto il territorio nazionale, creato in seno al Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno. L'istituzione del

servizio fu prevista dall'art. 3, co. 1, D.L. 29 ottobre 1991 n. 345, convertito nella legge 30 dicembre 1991 n. 410. La norma è stata integralmente trasposta – come è avvenuto per le norme relative alla D.D.A. ed al procuratore nazionale antimafia – nel libro III del D. L.vo n. 159/2001, «Codice delle leggi antimafia»¹¹⁶, nel primo titolo «Attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata», capo II («Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata e Direzione investigativa antimafia»).

La D.I.A. ha, ai sensi dell'art. 108 comma 1 del D. L.vo 159/2011 i seguenti compiti:

- assicurare lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di investigazione preventiva attinenti alla criminalità organizzata, in tutte le sue espressioni;
- effettuare indagini di polizia giudiziaria relative ai delitti di associazione di tipo mafioso o, comunque, ricollegabili all'associazione medesima.

La composizione interforze di questo servizio ha reso necessaria l'introduzione di regole particolari per la nomina del suo direttore e l'individuazione della responsabilità delle sue attività.

Al vertice della D.I.A. è preposto un Direttore tecnico-operativo, scelto secondo il meccanismo della rotazione, tra gli alti funzionari della Polizia di Stato, gli Ufficiali dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza che abbiano maturato una specifica competenza nel settore della lotta al crimine organizzato (art. 3, co. 6, D.L. n. 345/1991, adesso art. 108, co. 6, D. L.vo n. 159/2011). Il mandato deve tenere conto della necessità della rotazione e dell'esigenza di continuità della direzione (al massimo tre anni, che possono essere prorogati di un anno, ma in ogni modo non inferiore a due anni)¹¹⁷. Il direttore si avvale della collaborazione di due Vice-Direttori, i quali hanno il compito di sovrintendere rispettivamente alle attività operative ed a quelle amministrative.

¹¹⁶ Decreto Legislativo 6 settembre 2001 n. 159, «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia».

¹¹⁷ Decreto del ministero dell'Interno, n. 1070/M/22(3) del 25 marzo 1998.

La D.I.A. è organizzata secondo una struttura centrale e delle strutture periferiche (art. 3, co. 9, D.L. n. 345/1991, adesso art. 108, co. 9, D. L.vo n. 159/2011). La struttura centrale si compone di tre Reparti («investigazioni preventive», «investigazioni giudiziarie» e «relazioni internazionali ai fini investigativi»), solo il secondo dei quali («investigazioni giudiziarie») svolge, in via prioritaria e continuativa, le funzioni di un servizio di polizia giudiziaria, secondo le regole dell'art. 55 del codice di procedura penale. Di conseguenza l'autorità giudiziaria – in modo particolare il procuratore nazionale antimafia – può disporre solamente di quest'ultimo. In effetti il secondo Reparto monopolizza le deleghe inviate dall'autorità giudiziaria mentre le sue strutture periferiche (costituite da dodici Centri e sette Sezioni Operative) rappresentano solamente le ramificazioni territoriali di una struttura unica¹¹⁸. Una particolare caratteristica dell'organizzazione è che le sue articolazioni periferiche non sono distribuite uniformemente su tutto il territorio nazionale. Le sedi delle unità state individuate nel 1991 in base a criteri diversi ed istituite nelle aree di maggiore presenza della criminalità mafiosa¹¹⁹.

Inoltre la D.I.A. deve prefigurare, attraverso un'attenta analisi dei fenomeni criminali di tipo mafioso, le loro linee evolutive, per orientare tempestivamente le indagini giudiziarie in modo da contrastare più efficacemente la criminalità mafiosa. La D.I.A. per raggiungere i suoi obiettivi gode di autonomia gestionale amministrativo-contabile.

Con lo stesso decreto legge nel 1991, il legislatore ha istituito il Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata (art. 1, co. 1, D.L. n. 345/1991, adesso art. 107, co. 1, D. L.vo n. 159/2011), presieduto dal ministro dell'Interno e composto dal Capo della Polizia - Direttore generale della Pubblica Sicurezza, dai Comandanti Generali dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza e dai direttori dei due servizi di informazioni per la sicurezza (AIS e AISE).

¹¹⁸ D'AMBROSIO, op. cit., p. 85.

¹¹⁹ In Sicilia che nel 1991 era considerata la zona più a rischio sono ad esempio situati tre dei 12 Centri Operativi (Caltanissetta, Catania e Palermo) e tre delle sette Sezioni Operative (Agrigento, Messina e Trapani).

Il Consiglio generale ha il compito di (art. 1, co. 2, D.L. n. 345/1991, adesso art. 107, co. 2, D. L.vo n. 159/2011):

- definire e adeguare gli indirizzi per le linee di prevenzione anticrimine e per le attività investigative (co.2, lett. a);
- verificare periodicamente i risultati conseguiti in relazione agli obiettivi strategici delineati (co.2, lett. c).

La responsabilità generale delle attività svolte dalla D.I.A. è conferita – a partire dal 1993 – al Capo della Polizia, che è il Direttore generale della Pubblica Sicurezza. Quest'ultimo riferisce periodicamente sull'attività della D.I.A. al Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata. In tal modo la D.I.A. è posta sotto la direzione del Ministro dell'Interno che, ogni sei mesi, riferisce al Parlamento sulle attività svolte e sui risultati conseguiti dalla D.I.A. e presenta un rapporto annuale sul fenomeno della criminalità organizzata (art. 109 del D. L.vo n. 159/2011).

B) I servizi centrali e interprovinciali

L'idea di creare degli organi di polizia specializzati per contrastare le forme più complesse di criminalità, fa ormai parte della cultura giuridica europea. Di conseguenza a partire dal 1991, nell'ambito di una riforma organica finalizzata ad un miglior coordinamento delle indagini di polizia, gli organi specializzati delle tre forze di polizia sono stati riorganizzati per migliorarne l'efficienza nella lotta contro il crimine organizzato.

Per assicurare una maggiore efficacia ed un collegamento delle attività di indagine relative ai reati di criminalità organizzata sono stati organizzati i servizi centrali e interprovinciali all'interno della Polizia, dei Carabinieri e della Guardia di Finanza. Il loro compito è di assicurare la citata azione di coordinamento e svolgere in via prioritaria l'azione di contrasto alle associazioni criminali (art. 12, D.L. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con modif. nella legge 12 luglio 1991 n. 203).

La riorganizzazione su questo fondamento dei servizi specializzati delle forze di polizia ha consentito al pubblico ministero di avere nuovi strumenti, senza per questo

violare l'autonomia dei magistrati della procura, dal momento che il pubblico ministero non è obbligato ad utilizzarli. Infatti, nelle inchieste per delitti di criminalità organizzata il pubblico ministero «si avvale di regola» di tali servizi (art. 12, co. 4, D.L. 13 maggio 1991 n. 152).

L'istituzione di nuove strutture periferiche delle forze di polizia e la riorganizzazione di quelle già esistenti ha avuto luogo solamente a seguito di due decreti del ministro dell'Interno, del 1998 e del 2000.

Nel 1998 i compiti dei servizi centrali ed interprovinciali sono stati attribuiti come segue¹²⁰:

- ai servizi centrali appartengono compiti di analisi, di collegamento informativo e di supporto tecnico e logistico per quanto concerne le attività d'indagine svolte dai servizi interprovinciali nella lotta contro la criminalità organizzata;
- ai servizi interprovinciali spettano compiti di informazione, di indagine ed operativi, ricollegandoli, in quanto strutture specializzate, ai comandi a livello provinciale o ai servizi di polizia giudiziaria in sede di DDA.

Nel 2000 un altro decreto del ministro dell'Interno ha confermato l'attribuzione dei citati compiti ai servizi centrali, ma ha anche regolamentato lo sviluppo dell'attività di «concorso» da parte degli stessi nelle attività di indagine dei servizi interprovinciali¹²¹. Per i delitti indicati nell'art. 51, co. 3 bis del codice di procedura penale, i responsabili dei servizi interprovinciali possono segnalare ai procuratori distrettuali la necessità di richiedere il concorso dei servizi centrali alle indagini più complesse. I servizi centrali intervengono a seguito della richiesta dei procuratori distrettuali.

Attualmente i servizi centrali delle tre forze di polizia sono organizzati come segue:

- il Servizio Centrale Operativo (S.C.O.) per la Polizia di Stato,
- il Raggruppamento Operativo Speciale (R.O.S.) per i Carabinieri,

¹²⁰ Decreto del min. dell'Interno n. 1070/M/22(4) del 25 marzo 1998, detto «direttiva Napolitano» dal nome del ministro dell'Interno dell'epoca.

¹²¹ Decreto del min. dell'Interno del 4 marzo 2000, detto «direttiva Bianco» dal nome del ministro dell'Interno dell'epoca.

- il Servizio Centrale di Investigazione sulla Criminalità Organizzata (S.C.I.C.O.) per la Guardia di Finanza.

Lo SCO, servizio centrale della Polizia di Stato, che nel 1998 ha preso il posto della «Criminalpol»¹²², è incaricato di coordinare l'analisi, le indagini e le operazioni sviluppate dagli organismi investigativi della Polizia. Inoltre esso assiste, con l'attività di concorso della sua prima divisione, le Sezioni di criminalità organizzata (Sezioni C.O.), che sono preposte presso le 26 Squadre Mobili a livello provinciale¹²³.

Il ROS, che era già stato creato nel 1990, è attualmente il servizio centrale dei Carabinieri competente per la criminalità organizzata. Esso deve assicurare, come previsto dal D.L. 152/1991, il collegamento delle attività di indagine per i delitti di criminalità organizzata, per affrontare il fenomeno secondo una strategia unitaria. Esso comprende un ufficio centrale per il concorso alle indagini più complesse, e coordina inoltre l'azione dei servizi a livello interprovinciale, quattro Reparti Anticrimine e le Sezioni Anticrimine.

Per la Guardia di finanza nel 1993 è stato creato lo S.C.I.C.O., il Servizio Centrale di Investigazione sulla Criminalità Organizzata, che fornisce l'eventuale concorso ai G.I.C.O. (Gruppi di Investigazione sulla Criminalità Organizzata), posti in ogni Nucleo di polizia tributaria presso i comandi provinciali delle città ove ha sede la corte d'Appello.

Infine, per l'analisi strategica dei dati riguardanti i fenomeni criminali, è stato creato in seno alla Direzione Centrale della Polizia Criminale del ministero dell'Interno un Servizio Analisi Criminale, a composizione interforze.

§ 2. La polizia giudiziaria specializzata in Francia

Per quanto riguarda la Francia, essa possiede delle strutture di polizia giudiziaria specializzate in seno alle sue forze di polizia, che sono soprattutto la Polizia Nazionale e la Gendarmeria Nazionale. L'ordinamento francese ha dunque adattato anche le

¹²² Circolare del min. dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza n. 123/183/739 del 24 luglio 1998.

¹²³ Decreto del min. dell'Interno del 5 giugno 1998. Prima della direttiva Napolitano, la Criminalpol era organizzata in 14 Centri Operativi.

strutture degli uffici centrali e periferici della polizia e della gendarmeria all'esigenza di contrastare il crimine organizzato. In Francia, come in molti altri paesi europei, alcune forme di criminalità organizzata non sono territorialmente compartimentate in reti "stagne" ma divengono sempre di più di tipo transazionale. Ciò obbliga a disporre di una organizzazione repressiva sufficientemente versatile per poter lottare con lo stesso grado di professionalità contro i gruppi criminali nella diversità delle loro attività illecite. In conseguenza di tutto ciò, sono state messe in atto le recenti riforme della polizia giudiziaria. Nel 2002 è stato creato il Gruppo d'Intervento Regionale per poter «disporre di una vera forza di proiezione capace in ogni momento, su un determinato territorio, di mettere in opera (...) un dispositivo in grado di mettere in opera i mezzi e le competenze necessarie»¹²⁴.

Andiamo dunque ad esaminare le modalità di coordinamento tra le forze di polizia che operano a livello regionale, per mezzo dei Gruppi di Intervento Regionali (A) e di seguito si confronterà l'evoluzione dei differenti uffici delle forze di polizia specializzati nella lotta contro la criminalità organizzata (B):

A. Il *Groupe d'Intervention Régional* (GIR)

Al fine di ristabilire la sicurezza pubblica sull'insieme del territorio nazionale e contrastare le differenti forme di delinquenza ed i traffici che alimentano l'economia sotterranea, dal 2002 sono in funzione i Gruppi di Intervento Regionale finalizzati alla costituzione di un dispositivo che permetta di mobilitare le competenze ed i mezzi necessari ad un intervento urgente, in assistenza o in sostituzione delle forze di polizia ordinarie locali o specializzate¹²⁵.

Peraltro certi gruppi criminali integrano frequentemente il riciclaggio delle rendite delle loro attività illecite, sovente con ingegnosità e tecnicismo, ciò che rende necessario generalizzare le investigazioni finanziarie in parallelo alle inchieste classiche. Trattandosi di mettere in atto una azione pluridisciplinare, sono state coinvolte per questo obiettivo tutte le amministrazioni interessate. Il Gruppo

¹²⁴ Circolare interministeriale del 22 maggio 2002 (INT C 02 00129 C).

¹²⁵ Circolare interministeriale del 22 maggio 2002 (INT C 02 00129 C).

d'Intervento Regionale deve poter agire sull'intero territorio della regione contro tutte le forme di delinquenza sul piano penale, fiscale, doganale o amministrativo

È composto da funzionari della Polizia Nazionale (Sicurezza Pubblica, Polizia Giudiziaria, Informazioni Generali e P.A.F.) e della Gendarmeria Nazionale ma anche da funzionari dei servizi fiscali, delle dogane, della repressione delle frodi (CCRF) e della Direzione del Lavoro e dell'Impiego.

Laddove si agisce sul piano giudiziario, esso è in stretto collegamento e posto sotto l'autorità del procuratore della Repubblica o del giudice istruttore territorialmente competente.

I Servizi Regionali di Polizia Giudiziaria e le Sezioni di Ricerca della Gendarmeria costituiscono le normali strutture di collegamento dei G.I.R.

La circolare del 22 maggio 2002 precisa per ogni G.I.R. il servizio a cui esso è collegato. Non è prevista alcuna rotazione al vertice di questi Gruppi, ma ognuno di essi è posto stabilmente al comando di un funzionario proveniente sempre dalla stessa amministrazione.

Per quanto concerne i loro compiti, i GIR sono regolati dalla citata circolare (art. 3, a) circ. interm. del 22 maggio 2002) nel seguente modo:

a) quanto alle decisioni di intervento, il Gruppo d'Intervento Regionale interviene in ogni dipartimento ad iniziativa congiunta del prefetto e del procuratore della Repubblica; se richieste multiple richiedono una decisione, il GIR interverrà su decisione congiunta del prefetto di regione e del procuratore generale presso la corte di appello, assistiti dal capo del SRPJ (Servizio Regionale di Polizia Giudiziaria), dal comandante della SR della Gendarmeria Nazionale e dal comandante del GIR;

b) quanto alle modalità di impiego, il GIR è messo a disposizione temporanea sia del direttore dipartimentale della sicurezza pubblica, sia del comandante del gruppo della Gendarmeria dipartimentale su un settore geografico e su obiettivi determinati; pur essendo posto a disposizione di un servizio esteriore, il gruppo rimane sotto il comando diretto del suo responsabile organico.

A partire da tali problematiche, essi hanno vocazione a¹²⁶:

- definire le strategie investigative,
- rinforzare le unità di repressione classiche,
- identificare i flussi finanziari sotterranei.

I Gruppi d'intervento regionali presentano, come le omologhe strutture della D.I.A. italiana, tutti i vantaggi della composizione interforze sotto un unico comando. Tuttavia occorre sottolineare le differenze concettuali tra le idee alla base del sistema interforze francese e quello italiano.

Il legislatore italiano, sotto la spinta di indicazioni provenienti da magistrati impegnati nella lotta contro la mafia negli anni ottanta, ha scelto di privilegiare le esigenze di coordinamento a tutti i livelli istituendo, di conseguenza, la D.I.A., un organismo unitario che presenta anche i vantaggi della centralizzazione, con sede a Roma ed articolazioni periferiche.

Al contrario, il legislatore francese ha optato per un modello di coordinamento che consente di far convergere tutte le informazioni provenienti dagli archivi e, in generale, dal patrimonio di conoscenza dei differenti organi specializzati, ma che, allo stesso tempo è collegato al territorio, cioè all'autorità della procura locale. Ciò costituisce sicuramente un grande vantaggio poiché, per certi reati, e soprattutto per i procedimenti riguardanti l'economia sotterranea, le prove ricercate possono essere messe alla luce con maggiori probabilità di successo grazie al confronto sistematico dei dati in possesso di ciascuna amministrazione¹²⁷. Ma in tal modo l'ordinamento francese ha rinunciato ad un coordinamento unitario a livello nazionale per tutte le forze di polizia.

B. Strutture della polizia giudiziaria specializzate nella lotta contro il crimine organizzato

¹²⁶ DIMPRE O., *La lutte contre l'économie souterraine. L'action des Gir*, in *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n. 214, marzo 2005, p. 75.

¹²⁷ DIMPRE O., op. cit., p. 75.

Anche all'interno di ciascuna delle forze di polizia impegnate in Francia per vegliare sulla sicurezza pubblica e per svolgere dei compiti di polizia giudiziaria, vi sono organi specializzati nella lotta contro il crimine organizzato. Per prevenire il rischio di compartimentazione esistono anche dei servizi con una competenza allargata. Si tratta di uffici centrali della polizia, della gendarmeria e delle dogane, alcuni dei quali sono stati riorganizzati o rinforzati ed altri recentemente creati.

Una novità dell'ultimo decennio è la creazione, sempre in funzione di contrasto alle forme gravi di criminalità, di uffici centrali di polizia giudiziaria. Si tratta di strutture a vocazione interministeriale che vedono la presenza di operatori di entrambe le forze di polizia a competenza generale, create con il compito di coordinare le inchieste più importanti nello specifico settore di competenza. Esse sono istituite per decreto e sono normalmente collegate ad una sotto-direzione di una delle due forze di polizia. Esistono attualmente dodici uffici centrali, nove dei quali sono collegati alla Polizia Nazionale e tre alla Gendarmeria Nazionale.

a) In seno all'organizzazione della *Police Nationale*, la direzione specializzata in polizia giudiziaria, che ha vocazione per intervenire negli affari criminali legati alla criminalità organizzata e nei procedimenti economici e finanziari complessi, è la Direzione Generale della Polizia Giudiziaria (DCPJ – *Direction Générale de la Police Judiciaire*)

Nel 2006 il governo ha completato la riforma dei servizi centrali della D.C.P.J.¹²⁸.

Questa riforma, incentrata sui servizi centrali operativi, è nata dalla volontà di adattare la Direzione Generale della Polizia Giudiziaria alle più importanti trasformazioni del crimine che essa deve affrontare nello svolgimento dei suoi compiti di contrasto alle forme specializzate, organizzate, violente e transazionali della criminalità¹²⁹.

¹²⁸ *Arrête du Ministre de l'Aménagement du Territoire* in data 19 maggio 2006, pubblicata sul JORF del 2 giugno 2006

¹²⁹ AUBRY G., *Organisations criminelles et structures répressives : panorama français, Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009, p. 36.

La vecchia Sotto-Direzione degli Affari Criminali (*Sous-Direction des Affaires Criminelles*) della D.C.P.J. contava al suo interno diversi servizi estremamente specializzati (armi, persone evase, banditismo, scomparse inquietanti, attentati ai beni) ma la dispersione delle forze e dei mezzi che ne risultava era a volte pregiudizievole alle azioni sostanziali.

Attualmente al contrario il governo ha riorganizzato la Direzione creando la nuova Sotto-Direzione incaricata della lotta contro la criminalità organizzata e la delinquenza finanziaria (S.D.L.C.O.D.F.). Essa è organizzata in tre grandi poli che si occupano di:

- 1) la lotta contro il crimine organizzato e le violenze contro le persone;
- 2) la lotta contro la delinquenza finanziaria e la protezione del patrimonio;
- 3) il coordinamento, analisi e supporto operativo.

Il primo polo comprende, tra le altre:

- la divisione di lotta contro il crimine organizzato, dalla quale dipende il Ufficio centrale di lotta contro il crimine organizzato (OLCO. - *Office central de lutte contre le crime organisé*)¹³⁰,
- la divisione per la repressione del traffico illecito di stupefacenti, all'interno della quale opera l'Ufficio centrale per la repressione del traffico illecito di stupefacenti (OCRTIS - *Office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants*),
- la divisione per la repressione della tratta di essere umani all'interno della quale opera l'Ufficio centrale per la repressione della tratta di esseri umani (OCRTEH - *Office central pour la répression de la traite des etres humains*).

Gli altri uffici centrali di polizia giudiziaria guidati da funzionari della Polizia Nazionale e collegati alla Direzione Generale della Polizia Giudiziaria sono:

- l'OCBC (*Office central de lutte contre le trafic des biens culturels*);
- l'OCRGDF (*Office central de répression de la grande délinquance financière*);

¹³⁰ L'OLCO ha compiti di coordinamento per le inchieste più importanti nel campo della criminalità organizzata. Al suo interno sono costituite delle unità in grado di supportare le unità territoriali nelle indagini di criminalità organizzata o di svolgerle autonomamente. Si tratta della *Brigade de recherche et d'intervention criminelle nationale* (BRIN), la *Brigade nationale de répression du banditisme et des trafics* (BNRBT), e la *Brigade nationale de recherche des fugitifs* (BNRF)

- l'OCLCTIC (*Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication*);
- l'OCRFM (*Office central pour la répression du faux monnayage*);
- l'OCRVP (*Office central de la répression de la violence faite aux personnes*).

L'ultimo di questi uffici centrali è l'OCRIEST (*Office central pour la répression de l'immigration irrégulière et de l'emploi d'étrangers sans titres*), collegato a causa della specificità delle sue competenze alla Direzione centrale della polizia delle frontiere (DCPAF).

All'interno poi del Polo di Coordinamento, Analisi e Supporto Operativo c'è la Divisione di coordinamento ed analisi che ha per compito quello di mettere in opera una cooperazione tra gli uffici centrali per la raccolta, la centralizzazione e la diffusione delle informazioni operative ed il regolamento della gestione degli obiettivi. Essa assicura l'analisi e la diffusione di studi relativi ai fenomeni criminali.

La scelta del legislatore francese degli ultimi anni ha condotto verso il mantenimento della tradizionale separazione tra distinti i settori della polizia giudiziaria e della sicurezza pubblica che dipendono pertanto da due differenti direzioni generali (la DCPJ e la DCSP. In tal modo il coordinamento a livello nazionale delle attività più complesse della polizia francese è affidata alla Polizia Giudiziaria, la cui Sotto-Direzione incaricata della lotta contro la criminalità organizzata (SDLCODF) dispone anche di un polo di *Coordination, analyse et supports opérationnels*.

b) All'interno della Direzione Generale della Gendarmeria Nazionale (*Direction Générale de la Gendarmerie Nationale*), dal 2003 c'è una Sotto-Direzione della Polizia Giudiziaria (SDPJ - *Sous Direction de la Police Judiciaire*), incaricata del coordinamento e dell'analisi dei dati raccolti dalla gendarmeria nell'attività di contrasto alla delinquenza.

Dal 2005 sono state create le Sezioni di ricerca (S.R.- *Sections de recherche*), localizzate presso ogni sede di corte d'appello. Ogni sezione opera nella sua regione amministrativa. Le Sezioni di Ricerca che dispongono di una capacità di analisi

criminale, sono incaricate in particolare «della lotta contro la grande delinquenza, la criminalità itinerante e le differenti forme di criminalità organizzata, sul piano interdipartimentale, nazionale o internazionale»¹³¹.

Per quanto concerne l'impiego, la *Section de recherche* è direttamente subordinata al comandante della regione nella quale essa è impiantata, dal quale essa riceve le direttive ed al quale essa rende conto delle sue attività¹³².

È grazie alle Sezioni di ricerca che si può portare a compimento il coordinamento tra polizia e gendarmeria. Il comandante della SR è l'interlocutore unico per la gendarmeria del responsabile del servizio regionale di polizia giudiziaria (SRPJ); a tale titolo (art. D.2-1 e D.3 p.p.) è indispensabile che fatti della stessa natura, trattati dalla sezione di ricerca o dal SRPJ, siano reciprocamente conosciuti ai fini di eventuali collegamenti in una preoccupazione di efficienza e complementarietà dell'azione della polizia e della gendarmeria.

Inoltre tre degli uffici centrali di polizia giudiziaria, le strutture di coordinamento interministeriale, sono guidati da ufficiali della Gendarmeria e sono collegati alla *Sous-Direction de la Police Judiciaire* (SDPJ) della Direzione Generale della Gendarmeria Nazionale (DGGN), si tratta degli uffici centrali con competenze in materia di delinquenza itinerante, di tutela di ambiente e salute (dal 2004) ed infine di tutela del lavoro (dal 2005)¹³³:

- *Office central de lutte contre la délinquance itinérante* (OCLDI);
- *Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique* (OCLAESP);
- *Office central de lutte contre le travail illégal* (OCLTI).

c) L'amministrazione delle dogane, pur essendo costituita da personale che solamente in piccola parte riveste il titolo di ufficiale di polizia giudiziaria, dispone, per lo svolgimento dei suoi compiti, di specifici poteri previsti nel codice delle dogane che

¹³¹ Circolare int. n. 65000 del 25 giugno 2004, art. 2.5.2.

¹³² Circolare int. n. 65000 del 25 giugno 2004, art. 2.5.2.

¹³³ GALTIER D., *La Gendarmerie Nationale dans le dispositif de lutte contre la criminalité organisée*, in *La criminalité organisée*, cit., p. 135.

le permettono di porsi come interlocutore qualificato nella lotta contro la criminalità organizzata. Il piano in cui ciò può succedere in maniera preponderante è soprattutto quello delle informazioni. In effetti, grazie all'esecuzione dei suoi compiti tradizionali, le dogane dispongono di una conoscenza precisa degli scambi transnazionali. Le sue missioni sono / *constituiscono* anche l'occasione di raccogliere informazioni sui circuiti commerciali leciti ed illeciti, la cui analisi può orientare i controlli e la lotta contro il crimine organizzato.

Sul piano nazionale la Direzione Nazionale delle Informazioni e delle Indagini Doganali (*Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières – D.N.R.E.D.*) assicura la centralizzazione delle informazioni sulla frode ed effettua anche il coordinamento a livello internazionale.

Essa costituisce un servizio centrale composto da tre direzioni:

- la Direction des enquêtes douanières (D.E.D.)
- la Direction des opérations douanières (D.O.D.) ;
- la Direction du renseignement douanier (D.R.D.).

Essa costituisce anche il punto di contatto del servizio delle informazioni doganali e gli altri attori dei servizi delle informazioni. Il servizio delle informazioni doganale è divenuto negli ultimi anni una componente importante della lotta contro la criminalità internazionale, poiché le reti della criminalità organizzata hanno esteso la loro attività alla materia delle dogane¹³⁴. Strette relazioni vengono intrattenute con i differenti servizi specializzati:

- la Direction de la surveillance du territoire (DST),
- la Direction centrale des renseignements généraux (DCRG),
- la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE),
- le Service de renseignement judiciaire et de documentation (STRJD).

¹³⁴ MONGIN F., *La douane et la criminalité organisée*, in *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n. 214, mars 2005, p. 54.

PARTE II

L'ampliamento dei mezzi di indagine e gli specifici strumenti di ricerca della prova nei procedimenti di criminalità organizzata

La scelta del legislatore italiano di introdurre nel 1982 il delitto di associazione di tipo mafioso per individuare e condannare le condotte tenute dagli associati a un gruppo criminale organizzato, ha determinato una serie di conseguenze sul piano del diritto processuale penale.

Numerose norme del codice di procedura penale fanno riferimento al delitto in questione per individuare i differenti ambiti di competenza. La questione delle relazioni tra il delitto previsto dall'articolo 416 bis del codice penale e le norme processuali può essere analizzata da differenti prospettive. È possibile analizzare ed evidenziare i riflessi che produce sul procedimento l'individuazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso o l'esistenza di un diverso reato commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis da due diversi punti di vista:

- le conseguenze prodotte sin dalla fase delle indagini preliminari in un'ottica di continua espansione del campo di applicazione del «diritto penale della criminalità organizzata»¹³⁵;
- gli effetti sul processo, ed in particolare sulla fase dibattimentale con riferimento all'influenza reciproca che esiste tra le peculiarità del delitto e le procedure relative al suo accertamento ed alla formazione della prova.

Da una analisi condotta da entrambe le prospettive emerge l'introduzione di regole procedurali differenti per i «delitti di criminalità organizzata» con il chiaro ed evidente rischio di un sacrificio di alcune garanzie della difesa. In Italia la specialità di numerose regole di procedura riguarda appunto sia la fase delle indagini preliminari che

¹³⁵ INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Questione Giustizia*, n.3/2002, p. 573.

quella della formazione della prova nel dibattimento. Il conseguente indebolimento della posizione dell'accusato determinato dall'applicazione di queste regole avviene in nome di esigenze di difesa sociale contro le manifestazioni più gravi della criminalità. Occorre però che questo indebolimento passi almeno attraverso una identificazione molto rigorosa delle incriminazioni che giustificano il ricorso a delle norme procedurali speciali¹³⁶.

Nella fase delle indagini preliminari la possibile configurazione del delitto previsto dall'art. 416 bis del codice penale o di un altro delitto, realizzato avvalendosi delle condizioni descritte nello stesso articolo, determina delle differenze per quanto concerne, ad esempio:

- i termini di durata massima delle indagini preliminari,
- la possibilità di utilizzare differenti strumenti investigativi o gli stessi strumenti ma con differenti presupposti o termini di durata.

Ne consegue che rubricare all'inizio del procedimento il delitto di associazione di tipo mafioso e non la fattispecie di associazione semplice condizioni le verifiche relative alla esistenza stessa del reato già nella primissima fase delle indagini preliminari.

Il legislatore ha introdotto differenti regole di competenza per i reati di criminalità organizzata con l'obiettivo di ridurre la parcellizzazione delle indagini e di consentirne invece il coordinamento e la tempestività. Come si è visto, all'interno delle procure queste regole attribuiscono ad organi specifici – le Direzioni distrettuali antimafia – la competenza a investigare sui reati riguardanti la criminalità organizzata, quindi allorché ci si trovi in presenza di un delitto rivelatore della presenza di una associazione criminale di tipo mafioso, la Direzione distrettuale antimafia competente per territorio prende immediatamente la direzione dell'inchiesta. Ciò avviene in maniera statisticamente più evidente se il delitto è commesso in zone del territorio nazionale storicamente contrassegnate dalla presenza di organizzazioni criminali tradizionalmente caratterizzate da un forte potere intimidatorio nei confronti della popolazione.

¹³⁶ MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Questione Giustizia*, n.3/2002, p. 605 ss.. INSOLERA G., op. cit., p.575.

In tal modo l'indagine si sviluppa sin dall'inizio con l'impiego degli strumenti che la legge ha specificamente previsto per la lotta contro la criminalità di tipo mafioso.

Il legislatore francese – come si è già osservato – non ha adottato la stessa tecnica legislativa di quello italiano ma una tecnica normativa che da un lato garantisce un maggiore rispetto del principio di legalità ma dall'altro non prevede e non permette al magistrato alcuna valutazione sul disvalore della singola fattispecie basata su concreti indici di pericolosità deducibili dal contesto criminale in cui il reato matura – come ha invece fatto il legislatore italiano con l'introduzione di un metro di giudizio per valutare la «mafiosità» dell'associazione criminale, rapportata alla reale capacità di intimidazione derivante dalla sua stessa esistenza.

In Francia si è preferito redigere una lista di delitti di criminalità organizzata; tuttavia, anche oltralpe il legislatore, conscio dei rischi derivanti dall'esistenza stessa di organizzazioni o strutture criminali capaci di ingenerare nei cittadini timore od una forte sottomissione psicologica per il solo fatto di esistere, ha cercato di farvi fronte con l'adozione di strumenti di indagine differenti da quelli tradizionalmente utilizzati contro la criminalità comune.

Può succedere che per la totale assenza di testimoni in relazione ad un reato o meglio ad una serie di reati commessi da un gruppo criminale, l'avvio delle indagini, la successiva dimostrazione dell'esistenza dell'organizzazione, l'inquadramento dei ruoli rivestiti dagli associati secondo differenti livelli di responsabilità ed infine la condanna dei suoi colpevoli, possano avvenire esclusivamente utilizzando elementi di prova provenienti dall'interno della stessa organizzazione criminale mafiosa.

Infatti le prove relative alla sua esistenza possono essere ricavate unicamente grazie ad ammissioni degli appartenenti all'organizzazione stessa (o di persone ad essa contigue), sia nel caso in cui essi rendano spontaneamente le loro dichiarazioni agli organismi investigativi, sia nei casi nei quali gli investigatori ascoltino i loro dialoghi o si servano comunque a loro insaputa di altri stratagemmi per prendere conoscenza della struttura dell'organizzazione criminale dall'interno della stessa.

Pertanto le prove relative all'associazione di tipo mafioso possono essere acquisite al processo esclusivamente in due differenti maniere, che corrispondono a due differenti strategie di indagine per ottenere elementi di prova non desumibili dall'esterno:

- l'acquisizione di dichiarazioni rilasciate dagli stessi associati che accettano di collaborare con la giustizia e di svelare particolari concernenti l'esistenza dell'associazione, la sua struttura ed i delitti commessi;
- la captazione degli elementi «a sorpresa» con il sistema della intercettazione di comunicazioni (a distanza o tra presenti) o con il metodo dell'infiltrazione da parte di personale delle forze di polizia espressamente autorizzato.

Le tecniche di indagine ed i metodi di acquisizione della prova riconducibili alle due citate strategie sono in effetti quelli più frequentemente adottati dagli investigatori italiani e francesi, i quali possono:

- utilizzare il contributo fornito da individui provenienti dagli stessi ambiti criminali che accettano di fornire informalmente un contributo per l'avvio o lo sviluppo delle indagini (come informatori di polizia) o di ufficializzare la loro collaborazione con la giustizia (nella diversa veste di collaboratori di giustizia);
- agire in maniera totalmente autonoma, rinunciando alla collaborazione degli stessi criminali ed utilizzando i metodi della captazione di comunicazioni o dell'infiltrazione degli ufficiali di polizia giudiziaria all'interno dell'organizzazione criminale.

La successiva trattazione sviluppa il confronto tra la normativa italiana riguardante l'informatore di polizia, il collaboratore ed il testimone di giustizia con le regole presenti nell'ordinamento francese sulle corrispondenti figure dell'*indicateur*, del *repenti* e del *témoin anonyme* (sezione 1). Successivamente saranno esaminate le differenze esistenti tra i due sistemi riguardo le intercettazioni telefoniche ed ambientali e le infiltrazioni all'interno delle organizzazioni criminali (sezione 2).

Capitolo 1

I mezzi di ricerca della prova di natura dichiarativa ed i sistemi di protezione delle categorie di soggetti a rischio

Dovendo analizzare gli strumenti di ricerca della prova secondo la bipartizione strategica appena tracciata, si parte da quelli che utilizzano il contributo volontario di individui provenienti sovente dagli stessi ambiti criminali e comportano l'acquisizione di dichiarazioni da parte degli stessi associati o di persone comunque inserite in ambienti criminali contigui.

Tali individui possono – in qualità di informatori – limitarsi a fornire informazioni agli organi di polizia senza essere poi chiamati a risponderne all'interno di un processo (proprio la scelta di mantenere l'anonimato è sovente la condizione posta dall'informatore all'organo di polizia in cambio delle informazioni fornite) oppure accettare una collaborazione con la giustizia che comporta allo stesso tempo vantaggi ma anche impegni da mantenere, non ultimo dei quali quello di non sottrarsi al confronto processuale e di ripetere quindi in dibattimento quanto dichiarato precedentemente (la maggior parte delle volte nella fase delle indagini preliminari).

Pertanto entrambe le figure svelano particolari concernenti l'esistenza dell'associazione, la sua struttura ed i delitti commessi, anche se nei due casi il contributo fornito all'accertamento della verità processuale ha una valenza profondamente diversa.

Anche se la normativa non lo prevede e ciò non ha alcun peso sullo sviluppo del procedimento, nulla esclude – e ciò si è a volte verificato – che lo stesso soggetto che fornisce un contributo all'attività di polizia come informatore, possa in un secondo momento trasformarsi in collaboratore di giustizia per una serie di cause legate alle dinamiche interne del suo gruppo criminale, al cambiamento o sviluppo delle zone di influenza in contesti ancora più ampi od infine all'evoluzione della situazione determinata dal successo di operazioni di polizia

Si è preferito sviluppare il confronto che segue esaminando prima la normativa italiana e solamente dopo quella francese. In tal modo risulta più agevole l'inquadramento storico-sistematico della materia trattata, in considerazione del fatto che alcune problematiche trattate si sono presentate prima al legislatore italiano e poi a quello transalpino.

Sezione I. L'informatore di polizia, il collaboratore di giustizia ed il testimone di giustizia in Italia

Le due figure che andiamo ad analizzare tra quelle in grado di fornire un contributo alle indagini in materia di criminalità organizzata saranno quindi nell'ordine quella dell'informatore di polizia e quella del collaboratore di giustizia. Al fine di sgombrare il campo da equivoci nella successiva trattazione ed evitare la possibile confusione tra le due figure si evidenziano da subito le marcate differenze tra le due nozioni. C'è in entrambi i casi un atteggiamento di cooperazione con le autorità, ma:

- nel caso dell'informatore i dati acquisiti servono normalmente a mettere in moto una inchiesta od a meglio indirizzarla nel corso del suo svolgimento, ma non come prova nel corso del processo;
- nel caso del collaboratore si ha un utilizzo delle rivelazioni nel corso del processo e, secondo le regole del sistema accusatorio, il testimone-collaboratore deve essere necessariamente esaminato nel corso del processo se si vuole che le rivelazioni contribuiscano alla formazione della prova.

Malgrado le perplessità di ordine morale ed il generico ripudio presente nei sistemi penali moderni al riguardo della denuncia anonima, non verificabile e sempre più distante dalle garanzie e dai principi processuali diffusisi nell'Europa continentale nel corso dei due secoli passati, lo strumento dell'informatore di polizia e la sua efficacia nella repressione del crimine non sono stati messi in dubbio negli ordinamenti italiano e francese. In entrambi si è sempre cercato di bilanciare le esigenze di garanzia della genuinità delle acquisizioni probatorie con quelle di salvaguardia dell'importante strumento investigativo, garantendo il tradizionale *ius tacendi* alle forze di polizia che

hanno potuto sempre invocarlo per mantenere l'anonimato sull'identità delle persone dalle quali avevano appreso le notizie.

Nel corso del tempo si sono quindi sviluppati in maniera parallela nei due ordinamenti, in mancanza di solidi impianti normativi al riguardo, principi di origine prevalentemente giurisprudenziale volti a salvaguardare le regole del processo penale e la personalità della prova testimoniale (con il corollario del divieto di ammissione della testimonianza indiretta) pur permettendo alla polizia giudiziaria di non essere obbligata a svelare i nomi dei confidenti nel corso del processo¹³⁷.

Diverso è stato invece il caso dei così detti «pentiti». La definizione è apparsa nell'ordinamento francese negli anni sessanta per indicare una collaborazione di tipo «sostanziale», la possibilità cioè di usufruire di sconti od esenzione di pena a condizione di ridurre concretamente il danno provocato dal fatto-reato o l'esposizione a pericolo del bene protetto dalla norma giuridica. È stata però l'Italia – per prima in Europa – ad introdurre all'interno di un sistema penale basato sulla obbligatorietà dell'azione penale, delle regole generali relative alla collaborazione «processuale» con la giustizia nei procedimenti per i delitti più gravi, con significativi sconti di pena concessi in cambio dell'apporto probatorio fornito dal pentito, a prescindere dalla effettiva salvaguardia del bene giuridico tutelato.

La figura del collaboratore di giustizia è comparsa ufficialmente nell'ordinamento italiano alla fine degli anni 70, nell'ambito della lotta contro il terrorismo. In tale contesto la prima legge a introdurre vantaggi per i pentiti apparve allora come una iniziativa eccezionale destinata a far fronte ad una situazione anch'essa eccezionale.

Si rende necessario un breve profilo storico e un approfondimento sullo sviluppo di alcune figure premiali nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano per meglio comprenderne il significato della collaborazione e la sua portata dirompente all'interno del sistema penale. In tal modo si potrà meglio comprendere come i collaboratori, strumenti (sicuramente) giustificati nel contesto storico dell'epoca della loro

¹³⁷ PISANI V., *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 5-21.

introduzione ed i vantaggi loro accordati, si siano trasformati negli anni seguenti in uno strumento di indagine generale ed in un mezzo praticamente ordinario di acquisizione della prova (§ 1).

Per l'ordinamento italiano saranno quindi analizzate nell'ordine le importanti ed efficaci figure dell'informatore di polizia (§ 2), del collaboratore di giustizia (§ 3) ed infine in un ultimo paragrafo del testimone di giustizia (§ 4).

La prima figura, malgrado l'importanza attribuita tradizionalmente dagli stessi operatori di polizia alle informazioni da essa ricavabili, risulta priva nel nostro ordinamento di una definizione e di un impianto normativo, con la conseguente inesistenza di procedure operative od investigative ben delineate. Essa va pertanto ricostruita *a contrario* sulla base di un'unica norma, l'articolo 203 del codice di procedura penale.

Riguardo la disciplina del collaboratore di giustizia occorre ricostruire anche attraverso la sua evoluzione la significativa esperienza italiana nel settore, unica nel panorama europeo, per evidenziarne i vantaggi ma sottolineare anche i rischi e le contraddizioni insiti nella "normalizzazione" dello strumento di indagine.

Infine il testimone, il quale fornisce a volte un insostituibile contributo allo sviluppo del procedimento ma, come intuibile, si caratterizza al contrario degli altri per l'opposta caratteristica di non provenire e non essere legato agli ambienti criminali

La trattazione di questa figura si rende necessaria perché esso – malgrado i presupposti di partenza siano totalmente opposti a quelli di informatore e collaboratore – presenta alcune caratteristiche comuni per quanto concerne l'importanza delle sue dichiarazioni nei procedimenti di criminalità organizzata e la protezione che le autorità devono assicurare alla sua persona. Proprio per l'esigenza di garantirgli l'incolumità da parte dello stato, in assenza di specifica disciplina, fino al 2001 il testimone è stato sostanzialmente disciplinato per analogia dalla stessa normativa prevista per il collaboratore. L'analisi consentirà di raffrontare, per meglio comprenderle entrambe, le differenti soluzioni date dai due legislatori ad analoghe problematiche, ponendo a confronto la scelta italiana rendere sempre identificabile il teste per proteggerlo poi al di

fuori del dibattito con quella opposta del «testimone anonimo» effettuata dal legislatore francese.

§ 1. Profilo storico e inquadramento delle figure premiali nel sistema penale italiano

Come sopra accennato, l'Italia è stato il primo paese europeo a introdurre all'interno del suo sistema penale delle regole generali relative alla collaborazione processuale da parte dei "pentiti".

A. Il sistema del codice penale del 1930

Il codice penale italiano del 1930 prevedeva all'origine diverse norme che premiavano, con la concessione di benefici, le condotte di «collaborazione» o di «ravvedimento» tenute dal colpevole dopo aver commesso una infrazione.

Tali disposizioni erano connesse ad una collaborazione di tipo «sostanziale». L'autore del delitto poteva godere di determinati benefici, consistenti soprattutto in riduzioni di pena, quando la sua condotta impediva, interrompeva o attenuava il danno o il pericolo provocato dal reato, o quando essa ne impediva ulteriori conseguenze.

Era (ed è tuttora) il caso delle previsioni di carattere generale che stabiliscono per il colpevole che «volontariamente desiste dall'azione», la soggezione soltanto alla pena per gli atti compiuti e solamente «qualora questi costituiscano per sé un reato diverso» (art. 56, co. 3, c.p.) o prevedono riduzioni di pena se egli «volontariamente impedisce l'evento» (art. 56, co. 4, c.p.) ovvero delle circostanze attenuanti comuni per coloro che «prima del giudizio» si adoperino «spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato» (art. 62, co. 1, n. 6, c.p.).

I benefici sostanziali originariamente previsti nel codice erano legati a una condotta di collaborazione sostanziale "pura", totalmente differenziata da altre forme di collaborazione. Essi – ispirati da una politica criminale orientata alla «salvaguardia,

finché possibile, dell'interesse protetto»¹³⁸ – erano di conseguenza pienamente compatibili tanto con i principi di responsabilità penale che con la finalità della pena.

Le differenti ipotesi di ravvedimento previste nel codice penale presentavano quattro caratteristiche strutturali comuni¹³⁹. La condotta doveva:

- essere volontaria,
- consistere in un comportamento totalmente antitetico a quello punito,
- determinare l'eliminazione o l'attenuazione del danno o la limitazione del pericolo nel quale si concretizzava l'offesa,
- conseguire necessariamente un risultato positivo.

In altri termini i benefici sostanziali ben si conciliavano tanto con il principio di contro-offensività che con quello di proporzionalità, dal momento che essi determinavano una attenuazione della pena in conseguenza di una condotta contraria che comportava una riduzione dell'entità del danno provocato dal delitto. Inoltre la condotta di collaborazione sostanziale volontariamente tenuta, essendo un indizio di una pericolosità minore, giustificava la conseguente diminuzione della pena anche sotto il profilo della prevenzione speciale¹⁴⁰. Le norme premiali previste dall'impianto originario del codice – casi di non punibilità e casi in cui erano previste riduzioni di pena – disciplinavano quindi aspetti sostanziali ed esprimevano una linea di politica criminale coerentemente orientata alla tutela dei beni giuridici fino ai cambiamenti intervenuti a seguito della minaccia eversiva emersa negli anni settanta ed al periodo così detto dell'emergenza terroristica¹⁴¹

Un proto-esempio di disciplina della collaborazione con la giustizia risale al 1974, quando la legge n. 497 modificò l'art. 630 del codice penale («Sequestro di persona a scopo di estorsione») prevedendo da un lato l'aumento della pena prevista per il reato e dall'altro l'inserimento della previsione di una attenuante speciale per l'agente o il concorrente che si fosse adoperato in modo da consentire alla vittima di riacquistare

¹³⁸ MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, in *Indice penale*, 1986, p. 606.

¹³⁹ Esse sono analizzate e poste a confronto da Tullio PADOVANI in *La soave inquisizione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 532.

¹⁴⁰ RIOLO S., *La legislazione premiale antimafia*, in *Pentiti*, Donzelli, Roma, 2006, p. 4.

¹⁴¹ BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, in *Università degli Studi di Milano, Pubblicazioni dell'Istituto di diritto penale e procedura penale*, 1995, p. 80.

la libertà senza il pagamento del riscatto, con l'applicazione in tal caso delle pene previste per il delitto di sequestro di persona (art. 605 c.p.).

B. L'introduzione delle figure premiali attraverso la legislazione d'emergenza

Alla fine degli anni 70 in Italia si fece strada la consapevolezza che i gravi delitti commessi nell'ambito della strategia della "lotta armata" da parte di soggetti legati alle organizzazioni terroristiche non vivessero autonomamente ma si inserissero piuttosto all'interno di una "complessa strategia criminale", con importanti conseguenze sul piano investigativo, processuale e sanzionatorio. Ne seguì la creazione dei primi organismi investigativi specializzati e la realizzazione di forme di coordinamento tra gli uffici del pubblico ministero addetti alle indagini (primi pool antiterrorismo in alcune procure del Nord Italia e pool antimafia a Palermo).

Vennero anche istruiti i primi maxi-processi aventi ad oggetto sia le condotte di partecipazione degli imputati alle associazioni criminali sia un elevato numero di specifici reati – attentati, sequestri di persona, rapine di autofinanziamento (per le organizzazioni terroristiche), omicidi, grandi traffici, stupefacenti (per le organizzazioni mafiose) – rappresentativi delle finalità avute di mira dall'una o dall'altra associazione.

Fu necessario prevedere per quegli specifici fatti di criminalità organizzata sanzioni più gravi di quelle stabilite dal codice penale per gli analoghi delitti riferibili alla criminalità comune.

I primi importanti successi investigativi e la compattezza della risposta istituzionale consentirono l'instaurarsi di numerosi processi ed imposero ad alcuni imputati anche una attenta riflessione sulla scelta criminale a suo tempo compiuta

Emerse pertanto fortemente la necessità di utilizzare dei mezzi di prova provenienti dall'interno delle stesse organizzazioni per poterne destabilizzare la compattezza e rompere il vincolo associativo¹⁴².

¹⁴² CASELLI G., *La questione dei pentiti*, in *Quaderni della giustizia*, n.4, 1981, p.13.

In quello stesso periodo infatti alcuni terroristi, ripudiando l'ideologia della lotta armata, decisero di collaborare con la giustizia e fornirono chiavi di lettura ed elementi di prova fondamentali per disgregare il movimento terrorista e, conseguentemente, la stessa magistratura reclamò l'adozione di una legge che potesse incoraggiare le nuove collaborazioni. Allora il legislatore nell'ambito della c.d. «legislazione d'emergenza» – sotto la spinta di magistrati ed investigatori – oltre ad aggravare le sanzioni a carico degli autori di tali reati, introdusse per la prima volta, in modo sperimentale e con una certa rapidità, misure in favore dei “pentiti”. In tal modo furono accordate sostanziali riduzioni di pena a tutti coloro che, dissociandosi dalle organizzazioni terroriste, fornissero un contributo qualificato per dimostrare l'esistenza delle associazioni delle quali essi facevano parte e, di conseguenza, per giungere alla condanna degli associati.

Per usufruire di tali benefici occorreva quindi che l'autore del reato si adoperasse per evitare il verificarsi di ulteriori reati ed aiutasse concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria nella ricostruzione dei fatti o la cattura dei loro autori.

In tal modo, per fronteggiare l'emergenza del terrorismo, si attribuì ai benefici sostanziali una funzione di incoraggiamento alla collaborazione “probatoria”.

La collaborazione di tipo probatorio o procedurale si differenzia da quella sostanziale per il tipo di cooperazione richiesta al collaboratore e non in riferimento alla fase in cui si sviluppa la collaborazione (che può essere sia la fase istruttoria o delle indagini preliminari sia la successiva fase processuale). Il collaboratore, per ottenere i vantaggi, deve collaborare con le autorità allo scopo di individuare i delitti ed identificarne i responsabili, denunciando gli altri criminali, generalmente complici o coautori dei reati commessi, anche senza che da tale collaborazione derivi alcuna prevenzione del reato, la limitazione delle sue conseguenze o la reintegrazione dell'offesa¹⁴³.

I vantaggi concessi ai così detti «pentiti» - come soprattutto gli organi di informazione cominciarono a chiamare tali soggetti – erano diversi secondo il reato commesso e secondo la natura della collaborazione. La collaborazione degli accusati

¹⁴³ RIOLO S., op. cit., p. 5.

con la giustizia determinava normalmente una riduzione di pena (ma per i reati commessi a fini di terrorismo o di destabilizzazione dell'ordine democratico essa poteva permettere all'accusato di beneficiare dell'impunità).

La caratteristica comune delle prime nuove norme che prevedevano misure in favore dei terroristi che collaboravano con la giustizia era/fu quella di *provare a* mantenere in linea di principio la coerenza con il sistema del codice penale del 1930.

- a. Il primo di questi interventi legislativi fu il decreto legge 21 marzo 1978 n. 59, convertito in legge 18 maggio 1978 n. 191 («Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati»). In esso i benefici riguardavano gli autori di sequestri di persona, sia che tali delitti fossero realizzati per ottenere un riscatto sia che si trattasse di terrorismo.
- b. Successivamente il decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625, convertito in legge 6 febbraio 1980 n. 15 («Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica») stabilì all'art. 4 la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione da 12 a 20 anni e la diminuzione delle altre pene da un terzo alla metà nei confronti di chi si fosse adoperato «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» ovvero avesse aiutato «concretamente l'autorità di polizia giudiziaria nella raccolta di prove decisive per la individuazione o la cattura dei concorrenti».
- c. La legge 29 maggio 1982 n. 304 («Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale») introdusse un trattamento ancor più favorevole per i casi di collaborazione attiva: ergastolo sostituito dalla reclusione da 10 a 12 anni, altre pene diminuite della metà e comunque mai superiori ai 10 anni (art. 3, co. 1), ed infine una ulteriore riduzione di un terzo nelle ipotesi di condotte collaborative di eccezionale rilevanza (art. 3, co. 2).

I casi di non punibilità previsti nell'art. 1 di quest'ultimo provvedimento legislativo sembrano porsi al limite. Apparentemente si cerca di salvaguardare il principio della massima tutela del bene giuridico (con la concessione dei benefici solo nei casi di una sicura attenuazione dell'esposizione a pericolo) ma allo stesso tempo il

provvedimento sposta il baricentro del diritto penale dall'accertamento del fatto e dalla tutela dei beni giuridici a quello della personalità e della pericolosità del reo.

Era prevista infatti la non punibilità per coloro che «non avendo concorso alla commissione di alcun reato (...) prima della sentenza definitiva di condanna (...) a) disciolgono o comunque determinano lo scioglimento dell'associazione o della banda b) recedono dall'accordo, si ritirano dall'associazione o dalla banda, ovvero si consegnano senza opporre resistenza» (art. 1, co. 1). L'ordine o il mandato di cattura non doveva essere emesso «nei confronti di chi, avendo commesso uno dei reati previsti nel primo e nel terzo comma, prima che a suo carico sia stato emesso ordine o mandato di cattura o sia stato comunque iniziato procedimento penale, si presenti spontaneamente all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria (...)» (art. 1, co. 4).

In tale contesto nel quale norme premiali vennero introdotte per incentivare una collaborazione di tipo processuale, le nuove fattispecie continuarono a crescere, senza rispettare necessariamente i principi di tassatività e materialità. La fruizione del premio era comunque determinata da una condotta successiva al reato, senza connessione con il principio di offensività e non sempre con la tutela del bene protetto¹⁴⁴.

Un problema urgente postosi immediatamente dopo e tenuto in grande considerazione nell'emanazione delle norme successive riguardava la sicurezza del terrorista pentito e dei suoi familiari. Il tradimento da parte del terrorista lo esponeva infatti al rischio di feroci vendette dirette (messa in pericolo della vita dello stesso terrorista) o trasversali (nei confronti dei suoi familiari o delle persone a lui vicine). Inoltre occorreva pensare al possibile reinserimento sociale dei terroristi pentiti.

C. L'estensione dei meccanismi premiali ai mafiosi che collaborano con la giustizia

Sempre alla fine degli anni 70 ed all'inizio degli anni 80 la trasformazione della mafia siciliana¹⁴⁵ e l'esplosione di forti contrasti al suo interno per il predominio su

¹⁴⁴ BERNASCONI A., op. cit., p.81.

¹⁴⁵ LUPO, *Storia della mafia*, cit.. ALFONSO R., *Il fenomeno del «pentitismo» e il maxiprocesso*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011, p. 6.

traffici illeciti di amplissima importanza determinò l'inizio di una violentissima guerra di mafia.

Si assistette in quel periodo ad un'inversione di strategia da parte di alcuni potenti gruppi criminali basati nel capoluogo siciliano e nel suo hinterland, i quali abbandonarono la tradizionale politica di sommersione sempre volta a distogliere l'attenzione statale dai loro traffici e dalle loro zone di influenza per commettere invece al pari delle organizzazioni terroristiche delitti di grande visibilità che posero i delitti di mafia al centro dell'attenzione della cronaca italiana e alcune volte anche internazionale. Nel 1979 cominciarono ad essere uccisi giornalisti, politici, esponenti delle forze dell'ordine e magistrati ed a partire dal marzo 1981 ebbe inizio la così detta seconda guerra di mafia che portò in due anni, tra il 1981 ed il 1983, ad un numero elevatissimo di omicidi.

La reazione del legislatore fu per alcuni aspetti simile a quella vista per fronteggiare l'emergenza terrorismo e determinò subito alcune conseguenze sul piano sanzionatorio e su quello investigativo-processuale.

Dal punto di vista sostanziale la più importante novità è stata analizzata precedentemente ed è l'introduzione della fattispecie di associazione per delinquere di tipo mafioso (art. 416 bis), reato di pericolo che pone l'accento sulla stessa esistenza dell'associazione e sulle conseguenze che tale esistenza determina sulla popolazione, a prescindere dalla effettiva commissione di ulteriori reati. Attorno alla citata fattispecie, che costituisce un unicum nel panorama europeo, ruota tuttora tutto il sistema del diritto penale e processuale della criminalità organizzata in Italia.

Dal punto di vista processual-penalistico, anche per il contrasto alla mafia si provò a migliorare il coordinamento degli uffici del pubblico ministero anche in assenza di specifiche norme legislative, come nel caso della creazione del pool antimafia di Palermo¹⁴⁶, e si istruiscono maxi-processi, il più importante dei quali è senza dubbio il primo maxi-processo alla mafia tenutosi a Palermo dal 1985 al 1987. Lo strumento del

¹⁴⁶ Anche se questo strumento venne poi aspramente criticato, più di quanto non fosse avvenuto per le analoghe strutture sorte per il contrasto al terrorismo (vds GERACI V., *Il maxiprocesso alla mafia tra mutazioni criminali e innovazioni giudiziarie*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, 2011, p. 22.

maxi-processo conquistò spazio all'interno del sistema penale di allora, fino ad essere ritenuto insostituibile per combattere la criminalità organizzata di allora. Si trattò di un successo dello strumento in parte atteso, ma va considerato anche che le sue macroscopiche dimensioni si prestavano meglio ad integrarsi con il precedente sistema processuale di tipo inquisitorio. Lo strumento presentava anche degli svantaggi sempre dovuti alle sue dimensioni, che imponevano tempi lunghissimi ed un eccezionale impegno ai magistrati che vi prendevano parte. L'introduzione del nuovo modello accusatorio dal 1989 finì per decretarne automaticamente la morte per l'incompatibilità con il nuovo modello delle sue dimensioni e dei tempi richiesti¹⁴⁷.

Nello stesso periodo, inizialmente a seguito dei primi importanti successi investigativi contro le organizzazioni eversive, ancor più dopo il successo strategico contro le più importanti di esse (le Brigate Rosse) si sviluppò un ampio dibattito durato diversi anni sull'opportunità di estendere ai mafiosi i meccanismi premiali previsti nella legislazione dell'emergenza a favore dei terroristi pentiti o dissociati oppure di crearne altri simili.

Nel corso del vivace dibattito diversi magistrati sostennero che l'utilizzo di collaboratori della giustizia era necessario per poter lottare efficacemente contro la criminalità organizzata¹⁴⁸. Essi sostenevano che dall'uso dello strumento sarebbero derivati indubbi vantaggi per disarticolare le associazioni ed in particolare lo stesso Giovanni Falcone riteneva limitati i rischi di reinserimento del collaboratore nei circuiti criminali, essendo infondate le preoccupazioni di chi temeva «condotte strumentali del pentito» il quale difficilmente avrebbe potuto rientrare «per intuitive ragioni, nel circuito della criminalità».

Si trattava di superare una prima difficoltà, quella di trovare mafiosi disposti a parlare, a causa della cultura dell'omertà tipica delle organizzazioni criminali radicate nel sud Italia, e poi un'altra, affrontare il più importante problema dell'affidabilità e

¹⁴⁷ TINEBRA G., *Fenomenologia del maxiprocesso: le ragioni del successo, i motivi della crisi*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011, p. 155.

¹⁴⁸ LUPO S., *Alle origini del pentitismo*, in *Pentiti*, Donzelli, Roma, 2006; ALFONSO R., op. cit., p. 6.

dell'attendibilità processuale di chi dopo aver commesso molti delitti senza alcuna connotazione ideologica; manifestava la volontà di collaborare. Risolti positivamente entrambi i problemi occorreva poi decidere se introdurre un simile strumento in maniera permanente in seno all'ordinamento.

Il dibattito divenne ampio solo dopo che i magistrati palermitani impegnati nell'attività di contrasto alla mafia – anche in seguito alla evoluzione maturata in seno alla stessa – riuscirono ad ottenere conferma della possibilità di scalfire il tradizionale muro di omertà, che alcuni ritenevano assolutamente impermeabile¹⁴⁹. Per quanto concerne questo primo aspetto, è certamente vero che in una organizzazione mafiosa il silenzio è la regola assoluta, che mira prima di tutto a salvaguardare il segreto sulle sue attività e soprattutto sulla sua stessa esistenza, ma è vero anche che tale regola era (ed a volte è) enfatizzata dalla letteratura sull'argomento, con il rischio che una valutazione delle capacità delle strutture criminali organizzate in termini di «mitico strapotere della mafia e delle organizzazioni similari», costituisse anche un comodo alibi per gli organi deputati al contrasto ed alla repressione di tali fenomeni¹⁵⁰. Tra l'altro contatti tra le forze di polizia ed informatori vicini alla mafia o addirittura appartenenti alla stessa esistevano da molto tempo e le informazioni sull'attività dei gruppi mafiosi (le «cosche») e sulle lotte al loro interno, contenute in rapporti di polizia già nel XIX secolo, testimoniano di questi contatti e inoltre, nel passato, le forze di polizia citavano anche nelle sale dei tribunali le loro fonti confidenziali¹⁵¹.

Per quanto concerne il secondo aspetto (attendibilità ed affidabilità del collaborante), in piena emergenza terrorismo ed ancora quando il momento peggiore sembrava essere passato, alcuni autori avevano formulato delle osservazioni positive riguardo le prime norme sui collaboratori. Era stato osservato che era indispensabile disaggregare dall'interno la compattezza delle strutture criminali e che bisognava

¹⁴⁹ GERACI V., *Il maxiprocesso alla mafia tra mutazioni criminali e innovazioni giudiziarie*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011, p. 22.

¹⁵⁰ FALCONE Giovanni, intervento al convegno *La legislazione premiale*, convegno in ricordo di Pietro Nuvolone, Courmayeur, 10-20 aprile 1986, pubblicato in FALCONE G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Sansoni Editore 1994, p. 46.

¹⁵¹ LUPU S., *Alle origini del pentitismo*, cit., p.115.

incoraggiare – in una prospettiva utilitaristica, per il colpevole come per lo stato – i comportamenti di segno positivo antagonisti ai comportamenti degli associati alla criminalità¹⁵². Ma dall'altra parte, contro l'ipotesi dell'estensione delle norme sui collaboratori, c'era una forte diffidenza riguardo i «pentiti mafiosi», che erano considerati in linea di principio meno affidabili dei terroristi pentiti. C'era chi sosteneva che non bisognava estendere l'applicazione delle norme sui collaboratori di giustizia con l'introduzione nel sistema di ulteriori misure, tenuto conto della totale differenza dell'identikit del mafioso da quello del terrorista, il primo motivato da ragioni di opportunità se non addirittura da strategie criminali, spinto invece probabilmente il secondo da un cambiamento della sua ideologia e dalla constatazione dell'inutilità dei mezzi impiegati¹⁵³. In ogni caso il fenomeno del così detto «pentitismo» generava troppe incertezze anche per i risvolti di alcuni processi e per i clamori che erano sorti intorno ad essi e per la ferma opposizione delle categorie degli avvocati¹⁵⁴.

Per alcuni non era concepibile l'utilizzo di norme che incoraggiassero la collaborazione per contrastare la criminalità mafiosa, dal momento che si poteva correre il rischio di introdurre nell'ordinamento giuridico italiano uno strumento “para-legale” per la formazione della prova, cioè le dichiarazioni dei pentiti¹⁵⁵.

Anche se è giustamente prevalsa in tutti questi anni la linea del disinteresse del legislatore rispetto agli stati d'animo di chi decide di collaborare e dell'astensione da parte del giudice dal sindacare le valutazioni di ordine morale alla base della scelta di collaborare, in ogni caso era diffusa in quel periodo, come adesso, la convinzione che mentre per il terrorista si possa parlare di pentimento ameno come «crisi ideologica», non si possa fare altrettanto per coloro che hanno fatto parte di organizzazioni mafiose, aventi caratteristiche, finalità e metodi criminali completamente diversi. C'era il forte timore che per la prima volta dopo molti anni, autorevoli membri di organizzazioni

¹⁵² SCOTTI L., *Pentimento e diritto premiale*, in *Quaderni della giustizia*, n. 35, 1984, pp. 3 ss.

¹⁵³ DI NICOLA E., *Misure premiali e legislazione di emergenza*, in *Quaderni della giustizia*, n. 60, 1986, pp.54 ss.

¹⁵⁴ PIGNATONE G., *La valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia: evoluzione normativa e giurisprudenziale in Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011, p. 109.

¹⁵⁵ RIOLO S., op. cit., pag. 6.

criminali stessero abbandonando la tradizionale omertà affidandosi all'autorità statale per servirsi di essa per placare la loro "sete di vendetta" e quindi l'introduzione di una normativa premiale per i collaboratori di mafia finisse per essere un diverso modo di risolvere i conflitti tra diversi schieramenti mafiosi e non fosse invece funzionale alle esigenze statuali di rottura dei vincoli di omertà e riduzione della forza di intimidazione in vista della loro disgregazione.

In questo dibattito un contributo importante alla decisione di introdurre una normativa premiale per i collaboratori di mafia fu dato dalle proposte e dagli interventi di uno dei magistrati in quel momento maggiormente impegnati contro la mafia all'Ufficio Istruzione di Palermo.

Le considerazioni di Giovanni Falcone e gli interventi raccolti in un volume recentemente ripubblicato sono fondamentali per comprendere il suo punto di vista e quelli a lui contrapposti. Falcone fu uno dei primi a sostenere che occorreva adottare scelte legislative particolarmente coraggiose:

- l'introduzione di adeguate norme di favore per imputati e condannati che decidevano di collaborare, sia sotto l'aspetto penale che sotto quello penitenziario,
- la creazione di un sistema di protezione e tutela per i collaboratori e per i loro familiari (attuazione delle misure di protezione affidata ad organismi diversi da quelli investigativi anche per evitare commistione di ruoli e pericoli per la genuinità delle acquisizioni probatorie).

Per quanto attiene infine la valenza probatoria delle dichiarazioni del collaboratore, era necessario che esse potessero essere valutate ai fini della decisione dell'organo giudicante e non solamente utilizzate come spunto di indagine. Per quanto attiene alla loro genuinità ed attendibilità, occorreva, sempre a parere di Falcone, un vaglio critico delle dichiarazioni particolarmente rigoroso, condotto con serenità e oculatezza senza trascurare la ricerca di riscontri obiettivi: «senza la necessaria professionalità e senza la costruzione di robuste intelaiature probatorie, neanche le dichiarazioni dei "pentiti" salveranno i processi penali dall'esito deprimente e deludente delle assoluzioni per insufficienza di prove in serie, che costituiscono il segno più

tangibile del fallimento della giustizia statale e della vittoria della mafia e delle organizzazioni similari»¹⁵⁶.

Anche a seguito di tali qualificate opinioni e dello sviluppo e dei risultati dell'istruttoria del primo grande maxi-processo alla mafia, la linea dell'introduzione di un nuovo strumento di contrasto alla criminalità organizzata si faceva autorevolmente spazio. In tal modo mentre il legislatore, preso atto della quasi totale disgregazione delle associazioni terroristiche introduceva "norme di chiusura" riguardanti il fenomeno, facevano il suo ingresso nell'ordinamento nuovi casi e nuove norme che prevedevano un trattamento di favore per chi collabora con la giustizia in ambiti diversi da quello del terrorismo e quindi nuovi strumenti di indagine e soprattutto un nuovo mezzo di ricerca della prova destinato a perdere negli anni il suo carattere di eccezionalità ed a divenire uno strumento ordinario di ricerca della prova e di contrasto alla criminalità (non sempre) organizzata.

Infatti la legge 18 febbraio 1987, n. 34 («Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo») dopo aver definito le condotte di dissociazione di chi «ha definitivamente abbandonato l'organizzazione o il movimento terroristico (...) tenendo congiuntamente le seguenti condotte: ammissione delle attività effettivamente svolte (...) ripudio della violenza come metodo di lotta politica» (art. 1), prevedeva la commutazione e riduzione della pena per chi si era già dissociato entro la data di entrata in vigore della legge (art. 2) ed un'ultima possibilità («Dichiarazione di dissociazione successiva all'entrata in vigore della legge») per l'imputato o il condannato che avessero chiesto «di esercitare tale facoltà entro trenta giorni dall'entrata in vigore» della legge (art.4).

Inoltre l'applicabilità delle norme era ristretta «solo ai delitti che sono stati commessi, o la cui permanenza è cessata, entro il 31 dicembre 1983» (art. 8).

Le norme citate ed il limite temporale di applicabilità fanno veramente ritenere il provvedimento "di chiusura" anche per favorire il definitivo recupero dei giovani

¹⁵⁶ FALCONE G., *Valutazioni probatorie relative al pentitismo*. In *Pentitismo e garanzie della attuale realtà giudiziaria. Atti del convegno nazionale (Torino, 21-23 marzo 1986)*, pubblicato in FALCONE G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Sansoni Editore 1994, p. 44.

precedentemente attratti dall'ideologia della lotta armata e dalla conseguente spirale di violenza ma che se ne erano successivamente definitivamente allontanati.

§ 2. L'informatore di polizia

L'informatore può rivestire, nell'ambito dell'attività di iniziativa della polizia giudiziaria, un duplice e diverso ruolo:

- acquisizione della notizia di reato durante l'attività preventiva di iniziativa della polizia giudiziaria (con successivo obbligo di comunicazione della stessa al pubblico ministero),
- attività informativa durante le indagini preliminari quando le informazioni devono essere necessariamente orientate verso l'utilizzabilità processuale.

La figura dell'informatore è prevista ma non disciplinata nel dettaglio dal codice. Secondo l'art. 203 del codice di procedura penale: «Il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria (...) a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate».

Secondo giurisprudenza costante della Corte di cassazione, la polizia giudiziaria ed il magistrato del pubblico ministero possono utilizzare come punto di partenza, per l'attività di ricerca di notizie di reato, anche informazioni anonime o confidenziali (notizia atipica o non qualificata di reato).

Il presupposto di tale attività di ricerca e della successiva acquisizione delle notizie è identico nei due ordinamenti: alla base sta necessariamente la capacità dell'operatore di polizia giudiziaria – italiano o francese che sia – di penetrare nell'ambiente ove il delitto è maturato o nel cui ambito si muove il colpevole, coltivando fonti informative a volte per lungo tempo in modo da poterne disporre ed attingere – sistematicamente od occasionalmente – nel momento in cui ciò si rende necessario¹⁵⁷.

¹⁵⁷ PISANI V., op. cit. pp. 81 e segg.

Anche per un grave delitto ordinario, maturato al di fuori dell'ambito della criminalità organizzata, la notizia confidenziale può fornire un ausilio determinante, indicando una percorso investigativo che non era stato immediatamente individuato o anticipando il momento di avvio delle indagini, ma il suo apporto per la scoperta dei reati e dei loro autori è ovviamente più considerato in relazione al livello di omertà che spesso circonda l'ambiente criminale verso cui sono rivolte le investigazioni. L'informatore costituisce pertanto uno strumento a volte indispensabile per avviare o portare a compimento una attività di indagine mirata, aderente al contesto di criminalità organizzata che si vuole disarticolare, funzionale alla raccolta di quanto necessario al fine di esercitare un'azione penale incisiva nei confronti di complessi fenomeni criminali.

In assenza di procedure operative od investigative ben delineate l'operatore di polizia si trova necessariamente a dover instaurare, sviluppare e mantenere contatti con criminali provenienti da pericolose strutture organizzate.

Non sono mancati né mancano tuttora perplessità e condizionamenti culturali e moralistici rispetto all'utilizzo dell'informatore come fonte di informazioni; tuttavia complessivamente si può ritenere che l'origine della notizia confidenziale o le possibili oscure finalità perseguite dal confidente tramite il suo rapporto confidenziale con l'operatore di polizia non possono in realtà costituire un rischio di inquinamento processuale: le investigazioni, anche quando siano state avviate o si sviluppino grazie ad una notizia confidenziale, devono necessariamente trovare riscontro in fonti di prova certe ed inequivocabili degne di entrare a far parte del procedimento. Nella fase dibattimentale, momento naturale di formazione del quadro probatorio, sulla cui base il giudice formerà il proprio convincimento per il giudizio finale, l'attività informativa avrà già esaurito la propria funzione.

La definizione dell'informatore di polizia o "confidente" non risulta in alcuna norma e neanche la dottrina si è soffermata sull'analitica individuazione degli elementi distintivi della figura del confidente da quella del testimone¹⁵⁸. Il Carnelutti lo definiva

¹⁵⁸ AURICCHIO A., PANICO D., PINI S., *I profili giuridici dell'informatore di polizia giudiziaria*, in *Rassegna dell'Arma* n. 4/2009.

come la persona che «appartenendo all'ambiente del delitto, presta alla polizia il servizio di rivelarne i segreti»¹⁵⁹ e non può negarsi che la definizione presenti delle caratteristiche di attualità.

La Cassazione ha sostenuto che l'informatore, «di cui all'articolo 203 c.p.p. è, in realtà, il confidente della polizia o dei servizi, che fornisce loro occasionalmente, ma con sistematicità, notizie riservate; si tratta spesso di un infiltrato all'interno di ambienti malavitosi (anche se non pentito né dissociato) e nella normalità dei casi agisce in vista di ricompensa in denaro, o di altri vantaggi, vale a dire di una controprestazione. (...) Il legislatore ha perciò adottato la scelta di non obbligare gli agenti e ufficiali di polizia giudiziaria, ed il personale dipendente dai servizi, a rivelare i nomi dei propri confidenti per non bruciarli inaridendo per sempre fonti di informazioni considerate utili per l'attività di polizia. (...) Gli informatori della polizia (...) sono i confidenti della polizia (...), che - di regola dietro compensi in denaro o in vista di altri vantaggi - forniscono loro occasionalmente, ma con sistematicità, notizie riservate»¹⁶⁰.

La *ratio* del segreto di polizia disciplinato dall'art. 203 del codice di procedura penale deve essere ricercata nell'esigenza di garantire l'anonimato dell'informatore: è la sua identità che va mantenuta segreta, non il contenuto delle sue dichiarazioni, lo *ius tacendi* concerne la fonte delle informazioni non il loro contenuto. Il legislatore – contrariamente a quanto accade per le altre ipotesi di segretezza, per le quali ha imposto il vincolo del silenzio rendendo comunque utilizzabile l'eventuale dichiarazione del soggetto tenuto al riserbo – per il segreto di polizia non ha né imposto né proibito la divulgazione della fonte, lasciando all'operatore di polizia la valutazione e la scelta sull'opportunità di rivelarne o meno il nome, ma ha sancito un divieto di acquisire al processo le notizie apprese nel caso in cui la fonte sia rimasta ignota, al fine di escludere elementi che non passando al vaglio del dibattimento non siano suscettibili di verifica secondo le garanzie previste dalla legge.

Le notizie confidenziali potrebbero invece essere acquisite al processo e verificate dalle parti con le garanzie del contraddittorio, se l'operatore di polizia

¹⁵⁹ CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, vol. I, 1946

¹⁶⁰ Cassazione Penale, sez. VI, 12 giugno 2001, n. 36720.

chiamato a testimoniare decidesse di rivelare in sede dibattimentale l'identità del confidente, ma sovente è proprio la garanzia dell'anonimato che induce la fonte confidenziale a fornire notizie agli organi di polizia, violando la regola dell'omertà che lo vincola all'ambiente delinquenziale cui appartiene e ponendosi in ogni modo in contrasto con le regole proprie di qualsiasi organizzazione criminale che impongono comunque il riserbo ed in genere di limitare i contatti con le forze di polizia ai soli casi di stretta necessità, tradendo anche in alcuni casi la fiducia dei suoi sodali, cosa che può esporlo anche a pericolose ritorsioni o vendette.

Le motivazioni che stanno dietro la scelta del criminale di instaurare una relazione di collaborazione confidenziale con la polizia giudiziaria – relazione che può divenire sistematica – possono essere le più diverse: dal fine di colpire un gruppo criminale avverso a quello più elementare di dirottare verso altri obiettivi l'attività investigativa dell'ufficio di polizia, oppure ancora il desiderio di una ricompensa economica o nella speranza di poter contare su di un “*appoggio istituzionale*”¹⁶¹. Da qui l'esigenza di tutelarne l'identità per salvaguardare la persona e la funzione da essa espletata: se gli ufficiali od agenti di polizia chiamati a deporre fossero obbligati a fornire i nomi degli informatori, si finirebbe col bruciare la copertura di questi ultimi, con danni per le attività investigative e con evidente pericolo per l'incolumità fisica degli informatori stessi.

Si tratta di regole che, come anticipato, affondano le loro radici in consolidate tradizioni di polizia e di orientamenti giurisprudenziali che hanno confermato i principi alla base di tali regole, ma a ben guardare da tali regole scaturisce una deroga al generale obbligo di deporre e conseguono aree inaccessibili all'accertamento che sembrano impedire l'ordinario estrinsecarsi della giurisdizione, in conseguenza di una discrezionalità assoluta dell'operatore di polizia in quanto la sua decisione di non rivelare il nome dell'informatore risulta insindacabile¹⁶².

Tale predominanza della tutela del segreto sulla fonte confidenziale lascia spazio a diversi dubbi di costituzionalità, considerati gli effetti che ne derivano sul piano

¹⁶¹ PISANI V., cit., p. 83..

¹⁶² AURICCHIO A., PANICO D., PINI S., cit.

dibattimentale ed i vuoti di conoscenza che produce sull'intera vicenda giudiziaria. Infatti in relazione all'articolo 109 della Costituzione ed al rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria, lo *ius tacendi* consente di sottrarre una prova al sindacato del giudice, limitando la disponibilità di un mezzo di indagine e, quindi, i poteri di acquisizione probatoria, senza alcun controllo sull'esercizio di tale facoltà. Con riferimento al diritto di difesa, rileva il profilo dell'inutilizzabilità anche delle notizie a favore dell'imputato e l'impossibilità per la difesa di interloquire sul segreto opposto¹⁶³.

In due storiche sentenze della Corte costituzionale del 1968 e del 1970 i dubbi di costituzionalità erano stati fugati già con riguardo alla precedente previsione normativa contenuta nel vecchio codice di procedura penale, il codice Rocco del 1930, ed il segreto di polizia aveva già superato sotto questi profili, il giudizio di legittimità costituzionale.

Secondo la disposizione dell'art. 349 ultimo comma del vecchio codice – di contenuto quasi identico all'attuale previsione contenuta nell'art. 203 – «il giudice non può obbligare gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria a rivelare i nomi delle persone che hanno ad essi fornito notizie».

In un primo caso nel 1966 il giudice *a quo* (giudice istruttore di Torino) aveva osservato con riguardo all'art. 109 Cost. che la facoltà riconosciuta ad ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di non rivelare alla magistratura il nome del confidente avrebbe costituito una deroga illegittima al principio di subordinazione funzionale della polizia all'autorità giudiziaria, con il rischio di sottrarre al processo un testimone od addirittura un potenziale imputato con una limitazione del campo delle indagini e dei poteri del giudice.

La Corte costituzionale, seguendo le deduzioni dell'Avvocatura dello Stato, individuava il fondamento della disposizione impugnata nell'interesse a rendere più efficace l'attività degli organi di polizia per l'accertamento dei reati (senza autorizzare reticenze a favore dell'autore del reato). Lo spirito della disposizione impugnata era

¹⁶³ AURICCHIO A., PANICO D., PINI S., cit.

secondo la Corte quello di tentare di conciliare, in una materia molto delicata, la necessità del segreto di polizia con l'esercizio del diritto di difesa. La questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 109 Cost. veniva dichiarata non fondata, ritenendosi che la norma avesse «il preciso ed univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria» e che «le limitazioni alla prova testimoniale di cui all'ultimo comma dell'art. 349 c.p.p. non incidono sui descritti vincoli di subordinazione»¹⁶⁴.

Nel 1970 la questione di legittimità del vecchio art. 349 ultimo comma veniva sollevata nuovamente, stavolta in relazione agli artt. 3 e 24 2° co. Cost.. Il giudice *a quo* (giudice istruttore del tribunale di Pesaro) evidenziava riguardo all'art. 3 una violazione ravvisata nel fatto che dalla discrezionalità assoluta riconosciuta agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria dipendesse la possibilità di una ricerca più o meno completa della verità. Invece con riguardo all'art. 24 il contrasto sarebbe emerso per il rischio che il giudice basi il suo convincimento sulle notizie confidenziali – nonostante il divieto normativo previsto – dal momento che esse sono contenute nel rapporto di polizia e spesso verbalizzate, per il grave nocimento ai diritti della difesa nell'ipotesi di coimputati con confidenze a carico solo di alcuni di essi, infine in caso di notizia confidenziale favorevole all'imputato per la limitazione alla propria difesa che questo avrebbe subito.

La Corte costituzionale escludeva che la manifestazione o meno dell'identità della fonte delle notizie potesse determinare una disuguaglianza di trattamento dell'imputato, rilevando anche che «la tutela del c.d. segreto di polizia trova il suo fondamento ultimo nell'interesse alla realizzazione della giustizia, vale a dire nella sua strumentalità rispetto ad un bene anch'esso garantito in via primaria dalla costituzione». Veniva richiamata la precedente sentenza n. 114 del 1968 e veniva evidenziato che «analoghe forme di tutela del segreto di polizia sussistono anche in altri ordinamenti che

¹⁶⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 21 novembre 1968, pubblicata in G.U. del 28.11.1968.

non meno del nostro si ispirano alla democrazia ed alla difesa dei diritti inviolabili dell'uomo»¹⁶⁵

Proviamo quindi ad analizzare il contenuto dell'art. 203 c.p.p. e la descrizione dell'informatore contenuta nella citata sentenza della Corte di cassazione del 2001, a confrontare norma e sentenza per individuare gli elementi costitutivi della figura dell'informatore:

- la conoscenza di notizie attinenti ad un fatto reato (che deriva dalla provenienza o dall'infiltrazione all'interno di ambienti malavitosi),
- la rivelazione di tali notizie a condizione che la sua identità non venga rivelata,
- la ricerca del conseguimento di ulteriore e propria finalità (una controprestazione non necessariamente costituita da una ricompensa in denaro),
- la sistematicità del rapporto di collaborazione con l'organo di polizia giudiziaria.

Per comprendere appieno la figura occorre individuare quindi il tipo di notizie che costituiscono l'oggetto della rivelazione da parte del confidente e la tutela dell'identità dello stesso.

Non è specificato il tipo di notizie che possono essere oggetto della notizia confidenziale, ma evidentemente deve trattarsi di elementi che l'operatore di polizia giudiziaria ritenga utile ai fini delle indagini, anche se si tratta solo di voci correnti in un determinato ambiente criminale e se la fonte confidenziale li ha acquisiti indirettamente. Lo scopo della confidenza è infatti quello di fornire alla polizia giudiziaria elementi utili per avviare, indirizzare e sviluppare le indagini, per cui può trattarsi di una notizia che esaurisca il suo scopo nell'aiuto fornito alla polizia giudiziaria a svolgere le sue funzioni. Si tratta di uno strumento previsto dal codice per consentire alla polizia di acquisire informazioni non altrimenti reperibili a causa dei legami di fedeltà che legano l'informatore all'ambiente di cui fa parte e dell'omertà che regna normalmente negli ambienti criminali.

La funzione della testimonianza è invece quella di fornire la prova di fatti attinenti ad una fattispecie concreta oggetto di giudizio. Il testimone è quindi colui che è

¹⁶⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 175 del 26 novembre 1970, pubblicata in G.U. del 9.12.1970.

a conoscenza per scienza diretta (*de visu, de audito*) o indiretta (*de relato*) di fatti determinati la cui acquisizione al dibattimento è utile ai fini dell'accertamento penale e della decisione finale del giudice e la testimonianza consiste appunto nel fornire oralmente tali fatti determinati di cui si è a conoscenza. Il testimone, al contrario del confidente, non può presentarsi e riferire in segreto alla polizia giudiziaria ciò di cui ha cognizione, sottraendosi ai doveri previsti per l'esercizio della sua funzione.

Da un punto di vista sistematico, non deve trarre in inganno il fatto che il codice tratti il confidente in occasione della testimonianza, in quanto tale collocazione sistematica è dettata dal fatto che il segreto di polizia rileva ai fini della testimonianza degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria. La cognizione di fatti che costituiscono oggetto di prova potrebbe portare a sovrapporre erroneamente la figura dell'informatore con quella di un potenziale testimone la cui escussione venga sottratta al processo o comunque condizionata alla rivelazione della sua identità; in realtà tra le due figure esiste una duplice differenza: nel contenuto delle informazioni rese e nella funzione processuale che le stesse assumono¹⁶⁶.

Per quanto riguarda il rapporto tra la notizia confidenziale e la salvaguardia dell'identità della fonte, è stata la stessa Corte di cassazione ad illuminare sul punto quando ha evidenziato che «il tratto distintivo, sul piano fattuale, è nella volontà, nel consenso del confidente ad offrire elementi informativi, con l'assicurazione, garantita dalla legge processuale, di restare in incognito: nel rapporto non c'è inganno, anzi esso si regge sulla fiducia; la polizia o i servizi di sicurezza proteggono la fonte informativa e la escludono, se possibile, da ripercussioni processuali». Non può sfuggire sul punto la considerazione che la tutela dell'identità sia rimessa non solo alla completa discrezionalità dell'appartenente alla polizia giudiziaria ma anche alla sua sola professionalità. Nessun tipo di conseguenza o sanzione è infatti prevista per l'operatore di polizia che decida di rivelare il nome della fonte informativa e neanche esso è immaginabile dal momento che la legge non indica alcun criterio guida per l'operatore, esclusivamente affidandosi al suo intuito investigativo ed alla sua esperienza.

¹⁶⁶ AURICCHIO A., PANICO D., PINI S., cit.

Il terzo elemento che è stato individuato come caratteristico della figura dell'informatore di polizia è la ricerca da parte dello stesso di una ulteriore e propria finalità. Nella citata sentenza della Cassazione il compenso in denaro è indicato per primo tra le possibili utilità; si parla anche di «altri vantaggi» senza specificarne la natura. Il compenso in denaro è previsto e disciplinato almeno dal 1923, dai tempi da un Regio Decreto tuttora in vigore, che prevede che il Capo della Polizia, Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, disponga di appositi fondi utilizzabili per compensi da erogare a persone estranee all'amministrazione, per la loro collaborazione riservata prestata nel corso delle indagini.

Simili promesse di natura finanziaria, quando siano disposte dal Ministero dell'Interno, assumono la veste di veri e propri atti di polizia ed in quanto tali restano al di fuori del diritto processuale penale e così come le notizie acquisite rimangono inutilizzabili.

Gli «altri vantaggi» cui fa riferimento la Suprema Corte destano ancora maggiore timori a causa del diffuso convincimento che la confidenza nasconda sempre, o sia finalizzata a nascondere, un comportamento illecito di chi la rilascia, il quale mira ad ottenere una sorta di tutela da parte dell'investigatore; tali perplessità, seppure fondate, non tengono in necessaria considerazione il fatto che la possibilità di utilizzare questi strumenti è sempre vincolata al rispetto della liceità penale.

Le censure riguardanti l'utilizzo della fonte confidenziale retribuita nel corso delle indagini sovente non riguardano la sua utilità nella prima fase pre-processuale ma proprio questo aspetto: critiche possono essere mosse relativamente all'immoralità di un compenso in denaro pagato a chi in qualche modo fa parte di una associazione criminale o proviene da ambienti ad essa contigui, senza contare il pericolo di oscure finalità ricercate dall'informatore con la sua collaborazione riservata, oppure il timore di presunte coperture a lui assicurate in altre attività criminali.

L'analisi fin qui svolta ed i principi sorti dagli orientamenti giurisprudenziali vanno visti anche alla luce del continuo lavoro svolto sul terreno dagli operatori di polizia nella gestione di fonti informative delle quali occorre – nel corso di una

collaborazione sistematica – vagliare l'affidabilità delle notizie provenienti dall'ambiente criminale e l'attendibilità volta per volta.

La materia relativa ai compensi in denaro è stata disciplinata in modo chiaro nello specifico settore del contrasto ai traffici di sostanze stupefacenti, dove più facile sarebbe stato introdurre delle semplici tabelle per una conversione in denaro della sostanza sequestrata, tenendo conto della tipologia e della quantità della stessa. Pur non rifuggendo da simili schemi, le circolari emanate sullo specifico argomento dalla Direzione Centrale per i Servizi Antidroga del Ministero dell'Interno hanno preferito portare l'attenzione sulla disarticolazione delle associazioni per delinquere dal momento che esse prevedono che «I compensi agli informatori potranno essere graduati commisuratamente: - al numero e all'importanza delle persone arrestate, alla pericolosità dell'organizzazione criminale» e che «In ogni caso la disarticolazione di un sodalizio criminoso farà premio sulla quantità di droga sequestrata. Le stesse circolari postulano un sinallagma tra la notizia confidenziale fornita dalla fonte ed il risultato conseguito dagli investigatori, dal momento che il compenso all'informatore va commisurato anche in funzione «al ruolo più o meno determinante ricoperto dalla fonte fiduciaria nella riuscita del servizio»¹⁶⁷.

Infine va anche considerato che, almeno in questo campo, non è prevista alcuna ricompensa per l'informatore di polizia nel caso in cui l'operazione porti ad un risultato solo parziale, il recupero cioè di un quantitativo più o meno importante di sostanza stupefacente ma che senza che siano stati individuati gli autori del traffico o meglio i partecipi all'associazione criminosa. Le circolari specificano infatti che «Il compenso non potrà essere riconosciuto: (...) qualora l'operazione si sia conclusa senza l'identificazione/arresto del/dei responsabili»¹⁶⁸.

§ 3. Il collaboratore di giustizia

A. Quadro storico. I presupposti della collaborazione

¹⁶⁷ Circolare del Dipartimento della pubblica sicurezza - DCSA del 12 gennaio 1998, All. A.

¹⁶⁸ Circolare del Dipartimento della pubblica sicurezza - DCSA del 12 gennaio 1998, All. A.

Per quanto riguarda la figura del collaboratore di giustizia, malgrado le critiche della dottrina, l'evoluzione legislativa è stata caratterizzata come abbiamo visto da un allargamento progressivo del campo di applicazione delle norme che prevedono riduzioni di pena nei casi di collaborazione procedurale.

Dapprima i vantaggi per i collaboratori sono stati introdotti per i sequestri di persona finalizzati all'ottenimento di un riscatto (art. 630, c.p., modificato dalla l. n. 894 del 30 dicembre 1980). Successivamente, all'inizio degli anni 90, l'applicazione di norme favorevoli ai collaboratori è stata introdotta per i reati in materia di stupefacenti (artt. 73 e 74, T.U. n. 309 del 9 ottobre 1990) e per tutti gli ambiti della criminalità di tipo mafioso (art. 8, D.L. n. 152 del 13 maggio 1991, convertito nella Legge n. 203 del 12 giugno 1991).

La questione della sicurezza dei collaboratori e dei loro familiari era stata nel frattempo parzialmente affrontata dalla l. 486/1988, mediante la facoltà, conferita all'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa, di adottare o di far adottare dagli uffici competenti tutte le misure idonee ad assicurare la «incolumità delle persone esposte a grave pericolo per effetto della loro collaborazione nella lotta contro la mafia o di dichiarazioni da esse rese nel corso delle indagini di polizia o di procedimenti penali, riguardanti fatti riferibili a organizzazioni e attività criminose di stampo mafioso» (art. 2): tale previsione era però resa del tutto virtuale dal fatto che l'Alto Commissario era organo non dotato di risorse materiali e strutturali, circostanza che ne impedì l'effettivo ed efficace funzionamento.

Con il termine “collaboratori di giustizia” vengono indicati gli autori di reati che decidono di collaborare con la giustizia (autorità di polizia o giudiziaria), denunciando i membri dei gruppi criminali dei quali essi hanno fatto parte o altri criminali e che, in cambio, ottengono diversi benefici, come:

- riduzioni di pena,
- miglioramento del regime penitenziario,
- misure di protezione per essi e per i loro familiari.

Come si è visto sopra, le disposizioni in favore di collaboratori di giustizia, inizialmente previste solo per specifici reati poi per la categoria dei reati commessi con finalità di terrorismo, sono stati progressivamente estese a svariati reati.

Si esamineranno di seguito il contenuto della normativa sui collaboratori di giustizia nel settore della criminalità organizzata introdotta nel 1991 e subito dopo la legge del 2001, attualmente in vigore, frutto dell'esperienza decennale maturata, che ha modificato la disciplina della collaborazione per far fronte ai numerosi inconvenienti emersi nell'applicazione della legge.

La normativa introdotta nel 1991 da due decreti legge¹⁶⁹ costituiva una prima disciplina organica sulla protezione dei collaboratori di giustizia e prevedeva tre tipologie di misure¹⁷⁰:

- misure di protezione e di assistenza per il collaboratore e per la sua famiglia,
- miglioramenti del regime penitenziario,
- riduzioni delle pene.

Uno dei primi meccanismi di incentivazione alla collaborazione con riguardo ai reati di mafia introdotto con l'art. 8 del D.L. 152/1991, era la previsione di una attenuante speciale. In particolare, per la concessione dei benefici a chi si era reso responsabile del delitto previsto dall'art. 416 bis del codice penale e degli altri delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste nello stesso articolo o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, la legge chiedeva una collaborazione processuale da parte di un accusato che «dissociandosi dagli altri si adopera per evitare che l'attività delittuosa non abbia delle conseguenze ulteriori» per raccogliere degli elementi decisivi per «la ricostruzione dei fatti» e «per l'individuazione e la cattura degli autori dei delitti». In tali casi la condanna all'ergastolo è sostituita dalla reclusione

¹⁶⁹ D.L. 15 gennaio 1991, n.8 , conv. in legge 15 marzo 1991, n. 82 su «Nuove norme in materia di sequestri a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia». D.L. 13 maggio 1991, n. 143, conv in legge 12 luglio 1991, n. 203 su «Norme urgenti per la lotta alla criminalità organizzata (...)».

¹⁷⁰ ARDITA S., *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, in *Cassazione Penale*, 2001, p. 1698.

da 12 a 20 anni e le altre pene sono ridotte da un terzo alla metà (art. 8 D.L. 13 maggio 1991 n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991 n. 203).

La normativa in vigore nel 1991 prevedeva che la concessione dei benefici penitenziari in favore del “collaborante” fosse legata all’ottenimento di uno *status*, attribuito/*conferito* da una specifica commissione.

Per meglio comprendere l’evoluzione del dibattito in dottrina nella prima metà degli anni 90 e la crescente giurisprudenza in materia di collaboratori di giustizia occorre ricollegarsi al quadro storico precedentemente delineato ed alla criminalità organizzata italiana del periodo. Solo comprendendo il peso della storica sentenza emessa dalla magistratura siciliana nei confronti dell’organizzazione criminale più nota nel panorama nazionale e per alcuni aspetti anche in ambito internazionale, la mafia siciliana ed in particolare la sua storica componente palermitana – sentenza il cui impianto veniva in gran parte confermato dalla giurisprudenza della Suprema corte – si potranno collegare le conseguenze che hanno avuto sul quadro normativo e sul conseguente dibattito le scelte strategiche operate da tale organizzazione criminale.

Ad un trattamento di estremo rigore per i mafiosi “irriducibili” si contrappose allora un trattamento premiale per quelli che collaboravano con la giustizia (imputati ma anche condannati).

Il trattamento di vantaggio riguardava

- sia la fase della custodia cautelare in carcere (obbligatoria per i mafiosi “*irriducibili*”, solo facoltativa, addirittura eccezionale per i mafiosi “*pentiti*”),
- sia la fase della determinazione della pena (con sensibili aggravati o attenuazioni delle sanzioni previste per il reato commesso a seconda dell’atteggiamento processuale tenuto)
- sia infine in quella dell’esecuzione della pena (a seconda della “qualificazione” del condannato soggetta a un regime differenziato rispetto all’ordinario sia con riguardo alla possibilità di ottenere benefici penitenziari sia con riguardo alla applicabilità delle normali regole di trattamento in istituto)

Ancora una volta le norme non potevano facilmente coordinarsi all'interno di un sistema processual-penalistico basato sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Per un sistema elaborato ed ispirato tenendo in considerazione esperienze fatte in altri paesi nei quali l'azione del pubblico ministero non è vincolata dallo stesso principio (in particolare prendendo spunto dall'esperienza statunitense) un grande problema poteva essere dato dall'autonomia delle determinazioni di ciascuna autorità giudiziaria, con il conseguente pericolo di una eccessiva difformità nelle valutazioni sullo spessore del collaboratore e sul tipo di misure di protezione adottabili¹⁷¹.

Analizzando la disciplina contenuta negli artt. 9-11 del d.l. 8/1991, risulta chiaro che all'autorità giudiziaria era riservato solo un potere di proposta (e di consulenza) mentre il potere di deliberazione del programma era affidato ad un organo amministrativo (la Commissione Centrale). A questo organo collegiale spetta l'adozione del programma a seguito di valutazione sulla inidoneità delle ordinarie misure tutorie e dopo la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'applicazione del programma, cioè "volontà di collaborare", "spessore della collaborazione" e "rischi per l'incolumità" corsi dal collaboratore.

Nell'individuazione delle misure premiali e del momento tutorio non risultava quindi semplice infine individuare i confini tra i poteri dell'autorità giudiziaria e quelli delle varie autorità amministrative coinvolte in quest'ultimo aspetto (anche tenendo conto del gran numero di congiunti da proteggere e delle scelte sulle modalità dell'assistenza e delle forme di tutela carceraria ed extracarceraria)¹⁷².

Alla fine del 1994, soprattutto per venire incontro alle accresciute esigenze di tutela dei numerosi collaboratori di giustizia e dei loro familiari, vennero emanate con decreto le norme dirette ad individuare i criteri di formulazione del programma di protezione di coloro che collaborano con la giustizia¹⁷³ con le modalità di formazione

¹⁷¹ D'AMBROSIO L., *Il Decreto 687/1994 sulla protezione dei collaboratori di giustizia*, in *Cassazione Penale*, 1995, p. 786.

¹⁷² D'AMBROSIO L., cit., p. 786.

¹⁷³ Decreto Ministeriale 24 novembre 1994, n. 687, emanato dal Ministro dell'Interno di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia secondo quanto previsto dall'art. 10 del D.L. n. 8/1991

del programma e l'istituzione di una commissione centrale per la definizione ed applicazione del programma (art. 1 DM 687/1994).

B. Verbale di dichiarazioni preliminari alla collaborazione

Il decreto prevedeva la redazione di un «verbale di dichiarazioni preliminari alla collaborazione» (art.2) che doveva essere redatto dal Pubblico Ministero e trasmesso in copia alla Commissione Centrale, pena la non ammissione del collaborante al piano di protezione:

- per evidenziare l'importanza del contributo la proposta di ammissione da parte del procuratore della Repubblica (o il suo parere quando la proposta è effettuata da altri) doveva indicare «i principali fatti criminosi» sui quali il soggetto rendeva dichiarazioni ed «i motivi per i quali esse sono ritenute attendibili e importanti per le indagini o per il giudizio» (art. 2, co. 1);
- salvo casi eccezionali il procuratore della Repubblica doveva allegare alla proposta od al parere copia del verbale di dichiarazioni preliminari alla collaborazione con il quale l'interessato aveva «manifestato all'autorità giudiziaria la volontà di collaborare» e nel quale aveva esposto «quantomeno sommariamente i dati utili alla ricostruzione dei fatti di maggiore gravità e allarme sociale (...) alla individuazione e alla cattura dei loro autori» (art. 2, co. 2).

Perplessità vennero subito sollevate da magistrati impegnati nella lotta alla criminalità organizzata e dalla dottrina.

Alcuni magistrati criticarono i contenuti della proposta e del verbale delle dichiarazioni di intenti¹⁷⁴.

Le critiche di più ampia portata riguardarono il ruolo ed i poteri della commissione, proprio per l'attribuzione all'organo amministrativo di compiti di valutazione sull'affidabilità del dichiarante, da esercitarsi perfino prima dell'espressione delle valutazioni giudiziali e secondo criteri non predeterminati, con il rischio secondo alcuni di determinare condizioni di obiettiva interferenza sul processo e di inopportune

¹⁷⁴ Boll 10/1/1995

tensioni istituzionali. La successiva valutazione del giudice infatti al fine della concessione dei benefici processuali deve essere autonoma rispetto alle conclusioni dell'organo amministrativo¹⁷⁵.

Critiche ancora più forti per quanto concerne la trasmissione della proposta di ammissione al programma di protezione con l'allegato verbale delle dichiarazioni preliminari, reputata una «indebita compressione della potestà del p.m. di disporre la secretazione di atti di indagine», inopportuna perché – dovendo il collaboratore esporre immediatamente i fatti di maggiore rilevanza a sua conoscenza – evidenti ed intrinseci sarebbero i pregiudizi sul naturale evolversi della portata del contenuto della collaborazione, con obiettivi rischi di strumentalizzazione ad opera delle altre parti processuali¹⁷⁶.

Secondo queste critiche ne risulterebbe alterato in maniera grave il sistema legale di tutela del segreto investigativo, per l'esistenza di ulteriori illegittime ipotesi di accesso da parte dell'amministrazione agli atti di indagine¹⁷⁷.

Critiche di dubbia validità secondo altra dottrina, dal momento che non si può ridurre la commissione ad un ruolo passivo ed acritico rispetto alla proposta del procuratore per cui la soluzione sarebbe stata nella stessa natura della c.d. «dichiarazioni di intenti», verbale che ha la finalità di agevolare il corretto dimensionamento del collaboratore con una valutazione «individualizzata» che presuppone la preventiva conoscenza da parte della Commissione dei contenuti delle dichiarazioni (è in ogni caso la legge – e non il regolamento – ad esigere l'indicazione specifica delle situazioni di pericolo, della volontà di collaborare e dello spessore della collaborazione). Il tutto non si concretizza poi in una esposizione nel dettaglio, in un verbale, dei fatti sui quali la collaborazione interviene, mentre la trasmissione del verbale come detto può essere differita anche per evitare il minimo pericolo di intralci investigativi.

Il «verbale di dichiarazioni preliminari alla collaborazione» divenne alla fine oggetto di conflitto di attribuzione, sollevato dalla procura della Repubblica di Napoli e

¹⁷⁵ MELILLO G., MANCUSO P., *Osservazioni sul nuovo regolamento per il programma di protezione dei collaboratori di giustizia*, in *Cassazione Penale*, 1995, p.250.

¹⁷⁶ MELILLO G., MANCUSO P., cit., pag. 253.

¹⁷⁷ MELILLO G., MANCUSO P., cit., pag. 254.

risolto dalla Corte costituzionale. La Corte, accogliendo i rilievi, confermò che il P.M. non poteva essere costretto, con atto normativo del potere esecutivo, a redigere il predetto verbale anche laddove avesse ritenuto che ciò avrebbe potuto nuocere alle indagini¹⁷⁸.

Si può notare come nello stesso periodo il dibattito sui collaboratori di giustizia si animò ulteriormente e progressivamente a seguito del loro progressivo aumento nelle aree del sud Italia più toccate dal fenomeno della criminalità organizzata di tipo mafioso e dell'emanazione del decreto che contribuisce a strutturare in maniera più organica la regolamentazione sul collaboratore di giustizia.

Stavolta però l'aspetto centrale del dibattito giuridico – che diviene a volte scontro sulla stampa – non è come negli anni 80 fondato sull'opportunità o meno dell'introduzione nell'ordinamento giuridico della figura della collaborazione di giustizia come strumento di ricerca della prova per il contrasto alla criminalità organizzata.

Se ne ricava che lo strumento di ricerca della prova è ormai entrato a far parte dell'ordinamento e l'importanza rivestita dai collaboratori di giustizia nelle indagini e nei processi sui fatti di criminalità organizzata è divenuta incontestabile. Pertanto le scelte del legislatore di riconoscere utile, anzi imprescindibile l'apporto dei collaboratori e di differenziare chiaramente dopo il 1991, il trattamento riservato ad imputati e condannati per delitti di mafia a seconda della loro scelta collaborativa o meno risultano ormai condivise da magistrati e dottrina¹⁷⁹, quindi si discute e si scrive sulla adeguatezza delle norme che regolano l'istituto e sulle miglie da apportare ad esso.

Si possono evidenziare in particolare due dei differenti inconvenienti causati dalla vecchia normativa¹⁸⁰.

Il primo era che non erano stati stabiliti chiaramente i criteri per determinare l'eventuale revoca del programma di protezione. A causa di ciò si sono avuti diversi

¹⁷⁸ Sentenza della Corte Costituzionale del 6-8 settembre 1995.

¹⁷⁹ D'AMBROSIO L., *Nuovo e contestato regolamento sulla protezione dei collaboratori di giustizia*, *Diritto Penale e Processo*, n.5, 1995, p. 627.

¹⁸⁰ ARDITA S., op. cit., p. 1700.

casi di collaboratori che – mentre erano sottoposti al programma – commettevano delitti o si rendevano responsabili di gravi violazioni degli obblighi imposti dal programma¹⁸¹.

Il secondo inconveniente era dato dal fatto che, per incoraggiare le collaborazioni, la disciplina della detenzione dei collaboratori permetteva che il magistrato di sorveglianza – prima della definizione del programma speciale di protezione – potesse autorizzare la loro detenzione «in luoghi differenti dagli istituti penitenziari». Questo era possibile anche se il collaboratore si trovava detenuto per delitti molto gravi.

Da ultimo (secondo l'ordine della nostra trattazione ma non in ordine di importanza) c'era il problema riguardante la situazione dei testimoni di giustizia, che erano disciplinati in concreto dalle stesse norme previste per i collaboratori.

Tra gli anni 1994 e 1997 emersero anche sugli organi di stampa numerose polemiche¹⁸² messe in moto da:

- proliferazione dei collaboratori di giustizia,
- diversi episodi di cronaca riguardanti collaboratori ritenuti responsabili di gravi delitti durante la loro sottomissione al programma di protezione¹⁸³,
- diffusione di notizie relative ai costi della loro gestione¹⁸⁴,
- alcuni casi di collaboratori che avevano differito nel tempo le loro dichiarazioni.

Nel difendere la validità della previsione contenuta nel regolamento di un «verbale di dichiarazioni preliminari» era stato evidenziato che il grande vantaggio presentato da una “dichiarazione di intenti” era proprio quello di agevolare l'operato dell'autorità giudiziaria e contribuire ad evitare le criticate dichiarazioni a tempo o «ad orologeria»¹⁸⁵.

L'11 marzo 1997 i ministri dell'Interno e della Giustizia presentavano un progetto di legge sui collaboratori di giustizia. Il progetto faceva sue tutte le principali critiche scaturite dal dibattito politico e giornalistico dei mesi precedenti, in particolar

¹⁸¹ CARUSO A., op. cit., p. 577.

¹⁸² LA LICATA F., *Mafia, politici e pentiti*, in *Pentiti*, Donzelli, 2006, p.72.

¹⁸³ LA LICATA F., op. cit., p.72.

¹⁸⁴ LA LICATA F., op. cit., p.76.

¹⁸⁵ D'AMBROSIO, cit. p. 792.

modo gli obiettivi che risultavano preminenti nell'ambito della riforma erano essenzialmente tre:

- impedire ai *pentiti* di differire nel tempo la rivelazione delle informazioni in loro possesso e di trarne man mano vantaggio,
- abolire l'impunità totale e dunque prevedere un conveniente periodo di detenzione del collaboratore,
- assicurare l'acquisizione, da parte dello Stato, dei beni del collaboratore acquisiti in maniera illecita.

I tre obiettivi elencati rappresentavano in qualche modo il risultato delle esperienze maturate fino a quel momento nelle sale di udienza dei tribunali italiani.

La nuova normativa sui collaboratori di giustizia –approvata dopo quattro anni di un lungo e laborioso iter parlamentare – è contenuta nella legge 13 febbraio 2001 n. 45. Le più importanti novità introdotte da questa legge sono state:

- la separazione tra i profili premiali e quelli concernenti la sicurezza del collaboratore e dei suoi familiari,
- la figura assolutamente nuova del «contratto» stipulato tra il collaboratore e lo stato.
- la differenziazione tra collaboratori e testimoni di giustizia (quest'ultima figura finalmente disciplinata in maniera autonoma),

Per poter comprendere la portata innovatrice di questa legge, va adesso esaminata la nuova disciplina sui collaboratori di giustizia, risultante in tal modo dal testo della legge precedente (D.L. n. 8 del 15 gennaio 1991, convertito nella legge n. 82 del 15 marzo 1991) a seguito delle modificazioni apportate dalla legge n. 45 del 13 febbraio 2001.

C. Il valore probatorio delle dichiarazioni nella normativa in vigore.

A differenza della precedente regolamentazione che permetteva l'applicazione dei benefici connessi allo *status* di collaboratore di giustizia a tutti i reati per i quali era previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato – come elencati dall'art. 380 cpp – la nuova legge delimita di molto il campo di applicazione dell'istituto ed indica per

quali specifiche figure e' possibile la collaborazione con la giustizia, cioè le condotte di collaborazione tenute riguardo ai delitti con finalità di terrorismo o indicati nell'art. 51 comma 3 bis del c.p.p. (art. 9, co. 2, D.L. n. 8/91, modif. dalla L. 45/2001). Quest'ultimo articolo fa riferimento, tra gli altri, ai procedimenti per associazione mafiosa, sequestro di persona a scopo di estorsione, per delitti «commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo» ed all'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti.

Per l'applicabilità delle misure di protezione non basta che i reati per i quali l'aspirante collaboratore riferisca quanto a sua conoscenza siano inseriti nell'elenco di cui all'art. 51 comma 3 bis, devono presentarsi anche altre indefettibili condizioni rispetto al contributo dichiarativo. La nuova legge stabilisce infatti che per l'applicazione delle «speciali misure di protezione» è sufficiente che le dichiarazioni dei collaboratori (art. 9, co.3, D.L. n. 8/1991, modif. dalla L. n. 45/2001):

- abbiano un carattere di «intrinseca attendibilità»,
- abbiano un carattere di «novità» o di «completezza»,
- appaiano di «notevole importanza per lo sviluppo delle indagini».

Non è richiesto invece il «pentimento», cioè non è necessario che il collaboratore di giustizia dimostri un sentimento profondo od una motivazione di ordine morale¹⁸⁶.

All'interno del processo le dichiarazioni dei collaboratori devono essere corroborate, senza che una condanna possa basarsi solamente su di esse.

La Corte di cassazione italiana ha precisato negli anni il tipo di valutazione alla quale deve attenersi il giudice, il quale deve verificare:

- la credibilità personale del collaboratore, in particolare alla luce della sua personalità e del suo passato,
- il valore delle sue dichiarazioni, riguardo la loro precisione, la loro coerenza, la loro costanza e la loro spontaneità.

¹⁸⁶ ARDITA S., op. cit., p. 1701

Il giudice deve anche assicurarsi che altri elementi le corroborino. Tra gli elementi suscettibili di corroborare le dichiarazioni dei collaboratori, la giurisprudenza non esclude le dichiarazioni di altri collaboratori.

D. Gli impegni del collaboratore. Natura e contenuto del «contratto di protezione».

Il sistema di regolamentazione dei diritti e dei doveri di coloro che collaborano con la giustizia nel quadro della repressione dei delitti di mafia prevede, come nel 1991, tre tipi di norme premiali. Il collaboratore può beneficiare di:

- misure di protezione e di assistenza per i collaboratori e per i loro familiari, durante la collaborazione e connessi ai pericoli ed ai disagi generati dalla stessa;
- miglioramenti del regime penitenziario che possono essere ottenuti nella fase di esecuzione delle pene;
- attenuazioni di pena previste dall'art. 8 del D.L. n. 143/1991.

Per quanto concerne il collaboratore la particolare novità contenuta nella legge n. 45/2001 è l'instaurazione di un rapporto giuridico complesso tra lo stato ed il collaboratore di giustizia, con l'assunzione di reciproci obblighi. Essa deriva dalla previsione di un «verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione», premessa indispensabile per l'accesso ai benefici previsti dalla legge. Il verbale è una diretta derivazione del «verbale delle dichiarazioni preliminari alla collaborazione» che abbiamo visto essere stato introdotto dal D.M. 24.11.1994, ma esso viene stavolta introdotto da parte di fonte primaria.

La norma prevede che il collaboratore deve rendere al procuratore della Repubblica entro il termine di 180 giorni «dalla manifestazione della volontà di collaborare» tutte le notizie e le informazioni in suo possesso (art. 16 quater, co. 1, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001):

- utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sulle quali è interrogato nonché degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione ed alla cattura dei loro autori;

- necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del patrimonio del quale egli, o altri appartenenti a gruppi criminali, dispongono direttamente o indirettamente.

Tali dichiarazioni sono documentate appunto nel «verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione» contenente (una sintesi di) tutte le informazioni (art. 16 quater, co. 3, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001).

Nel «verbale illustrativo» il collaboratore attesta, fra l'altro, di non essere in possesso di notizie e informazioni processualmente utilizzabili su altri fatti o situazioni di rilievo (art. 16 quater, co. 4, D.L. n. 8/1991, con le modif. della legge n. 45/2001). Inoltre, le dichiarazioni previste ai commi 1 e 4, rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria oltre il termine dei 180 giorni non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro persone diverse dal dichiarante (art. 16 quater, co. 9, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001).

Nelle intenzioni del legislatore l'obbligo di sottoscrivere subito il verbale illustrativo e di rispettare poi il termine dei 180 giorni per rendere le dichiarazioni mirava ad impedire ai collaboratori di differire nel tempo la comunicazioni delle informazioni in loro possesso e di trarne dei vantaggi man mano.

A ben vedere il risultato è l'introduzione di un limite temporale da una parte per il dovere del collaborante di indicare subito di quali fatti è a conoscenza ed entro il termine dei 180 giorni di riferirli compiutamente nei loro particolari, e dall'altra, specularmente, per il dovere del pubblico ministero di acquisirli entrambi nel rispetto degli stessi limiti temporali.

La singolarità di questo nuovo rapporto di natura pubblicistica tra il collaborante e lo stato, che deve prendere avvio nella stretta cornice temporale in cui è stato inquadrato, sta nella previsione di una condizione sospensiva e di una condizione risolutiva. Da un lato infatti l'efficacia del sinallagma dipenderà dalla avvenuta redazione del verbale illustrativo entro i termini e con le caratteristiche previste dall'art. 16 quater della legge – condizione che si realizza con l'intervento necessario sia del collaborante che del Pubblico Ministero che ne raccoglie le dichiarazioni – d'altro

canto, la medesima efficacia è destinata a cessare in caso di dichiarazioni incomplete o non veritiere.

Il neo-collaboratore, deve allora impegnarsi su più fronti e rispettare tutti gli impegni assunti, ed in particolare (art. 12, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001):

- lettera a) osservare le norme di sicurezza previste;
- b) sottoporsi ai diversi atti di indagine, compresa la redazione del «verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione»;
- c) adempiere agli obblighi previsti dalla legge e dalle obbligazioni contratte;
- d) non rilasciare a soggetti diversi dall'autorità giudiziaria, dalle forze di polizia e dal proprio difensore dichiarazioni concernenti fatti di interesse per i procedimenti in relazione ai quali presta o ha prestato la collaborazione e non incontrare altre persone che collaborino con la giustizia;
- e) specificare dettagliatamente tutti i beni posseduti o controllati, i quali verranno immediatamente sequestrati dall'autorità giudiziaria.

Il verbale costituisce allora un documento programmatico con il quale si traccia il «perimetro della attività dichiarativa» che il collaboratore si accinge a mettere in atto, ed ha ovviamente natura di atto di indagine, che va concluso con una sorta di “formula di chiusura”, nella quale il soggetto deve attestare di non essere in possesso di notizie o informazioni processualmente utilizzabili su fatti o situazioni, anche non connessi o collegati a quelli riferiti, di particolare gravità o comunque tali da evidenziare la pericolosità sociale di singoli soggetti o di gruppi criminali.

Numerose critiche furono mosse da esperti magistrati impegnati nell'attività di contrasto alla criminalità organizzata (e dalla dottrina) alla nuova legge ancor prima della sua entrata in vigore e nei mesi successivi ad essa.

I più favorevoli ad un largo impiego dello strumento erano contrari alla restrizione del numero e tipo di reati ai cui autori poter applicare le norme premiali previste per la collaborazione, ma il punto sicuramente più dibattuto è stato proprio quello della fissazione del limite dei 180 giorni (giudicato illogico o comunque non sufficiente).

Nel febbraio 2001, dopo l'approvazione in via definitiva del disegno di legge da parte della Commissione Giustizia del Senato in sede deliberante, alcuni magistrati della Direzione distrettuale antimafia del capoluogo siciliano in un loro intervento definivano la normativa che stava per essere varata «necessaria ed imprescindibile» per dare certezza e porre riparo alle patologie del sistema, prevedendo però per essa un sicuro «effetto disincentivante, per l'eccessivo, incoerente, talora gratuito rigore che permea le varie disposizioni»¹⁸⁷. Essi criticavano «l'angusto termine di 180 giorni» prevedendo come conseguenza ulteriore della nuova normativa il congelamento delle attività delle Direzioni distrettuali antimafia maggiormente impegnate nell'attività di contrasto al crimine organizzato, costrette nel semestre successivo all'entrata in vigore del provvedimento a «dedicarsi a tempo pieno (...) a predisporre i verbali illustrativi dei contenuti delle collaborazioni (...) delle decine e decine di dichiaranti che, nel corso degli anni sono stati «gestiti»»¹⁸⁸. Infine vedevano concretizzarsi il rischio di omissioni dal momento che molti collaboratori si erano resi responsabili di «un numero sterminato di fatti criminosi nell'arco di decenni».

Anche da un magistrato della Direzione distrettuale antimafia di Milano veniva manifestato, a meno di un mese dall'approvazione della legge, il timore che essa determinasse «l'inaridirsi del fenomeno della collaborazione processuale»¹⁸⁹. Dopo aver ammesso che un coro unanime di consensi aveva salutato l'introduzione del divieto delle c.d. «dichiarazioni a rate», frutto di una scelta di grande civiltà giuridica, introdotto dall'art. 16 quater, nell'articolo in cui si analizzavano possibili pregi e difetti della nuova legge, si criticava l'introduzione del termine dei 180 giorni quale condizione di ammissibilità non solo alle misure di protezione, ma anche alla concessione delle attenuanti (16 quinquies) e dei benefici penitenziari (16 nonies) con «grave strappo – additivo e manipolativo – rispetto alla disciplina della concessione delle une e degli altri, ancorata a meri presupposti di fatto previsti da precise

¹⁸⁷ A. DI MATTEO, F. IMBERGAMO, L. TESCAROLI, *Perché mai un mafioso dovrebbe pentirsi*, in *MicroMega* 2/2001, p.208

¹⁸⁸ A. DI MATTEO, F. IMBERGAMO, L. TESCAROLI, cit., p.212.

¹⁸⁹ SPATARO A., *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia- collaborazioni*, in *Diritto e Giustizia*, n.9, 10 marzo 2001, p. 8.

disposizioni» e ponendo il problema non soltanto del vuoto di memoria del collaboratore ma anche i rischi della ricorrente ipotesi in cui l'interrogatorio del collaboratore si protraesse a lungo non per volontà dello stesso ma per impegni del competente pubblico ministero. Venivano in questo caso proposte due possibili soluzioni per questo problema: la possibilità della previsione di una deroga motivata da parte del procuratore della Repubblica (eventualmente sottoposta al controllo del giudice) o almeno lo spostamento in avanti del *dies a quo* al momento non della manifestazione della volontà di collaborare ma a quello di inizio effettivo della collaborazione processuale¹⁹⁰.

I timori e le critiche appena riportate si sono rivelati fortunatamente solo in parte esatti. È risultata sicuramente applicabile la sanzione della totale inutilizzabilità alle dichiarazioni tardive, rese cioè dal collaboratore di giustizia dopo il 180° giorno dall'inizio della collaborazione¹⁹¹.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha però enucleato nei dieci anni di vigenza della legge alcune precisazioni volte a meglio delineare (il valore e l'efficacia del) le norme in questione.

La Suprema Corte nella sua giurisprudenza ha avuto modo di chiarire negli anni le questioni sulle quali erano sorte le prime perplessità e che si prevedeva avessero potuto dare origine ad ulteriori problematiche interpretative, quali quelle relative a:

- grado di dettaglio richiesto alle dichiarazioni contenute nel verbale illustrativo,
- *dies a quo* per il decorso dei 180 giorni,
- sanzione processuale per la violazione di queste regole,
- nozione di «fatti indimenticabili».

Quanto al grado di dettaglio richiesto alle dichiarazioni riportate nel verbale illustrativo, la Corte di cassazione, secondo un orientamento consolidato, esclude che le dichiarazioni assunte nel verbale illustrativo debbano avere carattere di compiuta

¹⁹⁰ SPATARO A., cit., p. 80.

¹⁹¹ Si veda in tal senso Cass, II Sez. Pen., sent. 26 giu-21 lug 2003, n. 30451 e I. ORMANNI, *I pentiti devono dire tutto e subito. Nessuna droga al termine ex articolo 16 quater Dl 8/91*, in *Diritto e Giustizia* n. 37 del 25.10.2003 pp. 37 ss.

specificità, purché vi sia comunque un sufficiente grado di determinatezza ed inferenza al reato di cui si tratta ¹⁹².

Ad esempio la Corte ha confermato le valutazioni di una corte di appello (Caltanissetta) sulla utilizzabilità della dichiarazione accusatoria di un collaboratore di giustizia resa dopo i 180 giorni dall'inizio della collaborazione, motivata dal fatto che l'onere di tempestiva raccolta delle dichiarazioni etero-accusatorie rese dal collaborante non poteva essere interpretato nel senso che entro tale termine costui dovesse riferire la totalità dei fatti delittuosi commessi dal soggetto accusato, sempre peraltro che la posizione dell'accusato fosse stata menzionata nel così detto "verbale illustrativo" e non costituisse dunque un *quid novi* rispetto al contenuto originario dello stesso verbale¹⁹³;

Come visto l'art. 16 quater, comma primo dispone che per la concessione delle speciali misure di protezione, nonché per la concessione delle attenuanti scaturenti dalla collaborazione (art. 16 quinquies) nonché dei benefici penitenziari (art. 16 nonies), il soggetto che abbia manifestato la volontà di collaborare debba rendere le dichiarazioni contenute nel verbale illustrativo entro il termine di 180 giorni dalla avvenuta manifestazione dell'intento collaborativo attestando di non essere in possesso di notizie o informazioni processualmente utilizzabili su fatti o situazioni (...) di particolare gravità o comunque tali da evidenziare la pericolosità sociale di singoli soggetti o di gruppi criminali.

Le formule usate suscitava da subito delle perplessità, prima di tutto perché non spetta certo al collaboratore stabilire quali notizie o informazioni siano processualmente utilizzabili e quali no, e poi perché sembra comunque essere una previsione superflua, atteso il contenuto dei commi che la precedono nell'ambito dell'art. 16 quater. L'unica sua ragione giustificatrice poteva essere quella di richiamare l'attenzione del dichiarante sulla necessità che verbale stesso sia esaustivo. Il fatto è che per scongiurare questo pericolo si è imposto un rigido limite temporale, sanzionandone il mancato rispetto con

¹⁹² Corte di Cassazione (Sez. 1, sentenza n. 8836 del 10/1/2006 - 14/3/2006, rv. 233579 ric. Cammalleri

¹⁹³ Corte di Cassazione, I Sezione, sentenza n. 35368 del 13.6.2007,.

una inutilizzabilità processuale, ma non sono stati tenuti in conto tutta una serie di possibili problematiche.

La prima è appunto quella relativa ai «fatti di maggiore gravità ed allarme sociale», la cui omissione da parte del collaboratore causa la sua decadenza dal programma e dai benefici premiali e penitenziari. La locuzione utilizzata non sembra rispettare i requisiti minimi di tassatività e determinatezza, richiedendosi per la sua interpretazione il ricorso a giudizi di valore del tutto discrezionali.

Altra questione è come valutare (ed eventualmente sanzionare) la dimenticanza di un solo episodio, anche gravissimo, ma comunque da inserirsi all'interno di una elencazione fatta dal collaborante di fatti di eguale importanza e gravità. Per quanto concerne ad esempio i collaboratori di giustizia provenienti dalle file di potenti strutture criminali coinvolte in regolamenti di conti che a volte divengono vere e proprie “guerre di mafia”, chiamati a rispondere di una quantità di gravi reati, non solo estorsioni ma anche innumerevoli omicidi, non è chiaro come considerare la dimenticanza di una estorsione o addirittura un omicidio allorquando il dichiarante ne abbia riferito decine e decine, se cioè un'unica dimenticanza possa o debba causare di per sé sola gli effetti di decadenza previsti dalla norma.

Per quanto riguarda l'individuazione del *dies a quo* dal quale decorre il termine di 180 giorni ed il rispetto dei termini, questione strettamente connessa a quella del mancato rispetto degli stessi e delle relative sanzioni processuali, la giurisprudenza interpreta ormai unanimemente l'espressione «manifestazione di volontà di collaborare» non come qualsiasi atto che, anche per *facta concludentia*, dimostri la volontà di rendere dichiarazioni collaborative, bensì come il primo atto formale in cui tale volontà viene raccolta dal Pubblico Ministero, cioè il primo verbale illustrativo.

La Cassazione ha statuito a tal fine che la valutazione della tempestività delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia ai fini della loro utilizzabilità «va eseguita tenendo conto che il momento dal quale comincia a decorrere il termine di centottanta giorni entro cui (...) la persona che abbia manifestato la volontà di collaborare deve rendere note al procuratore della Repubblica tutte le notizie di cui è in

possesso, coincide con la redazione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione e non con quello in cui è stata genericamente manifestata la volontà di collaborazione»¹⁹⁴.

Un nuovo concetto, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, ha reso meno rigida l'applicazione della norma e più fluido il riferimento al grado di dettaglio delle dichiarazioni con conseguenze sull'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità

Secondo questa elaborazione giurisprudenziale l'obbligo di riferire i fatti entro il termine tassativo di 180 giorni va interpretato alla luce del concetto di «fatti indimenticabili», i soli a dover essere riferiti nel verbale illustrativo, pena le conseguenze per legge previste.

La cassazione ha sostenuto che «i processi mnemonici di un “pentito” non sono diversi da quelli degli altri umani: il collaboratore, come tutti, ricorda in maniera selettiva, rimuove alcune esperienze, ne esalta, valorizza e deforma altre (...) nessuno può pretendere che chi ricostruisce e racconta accadimenti passati (spesso lontani anni) abbia una memoria fotografica o da computer (...) Insomma: non c'è nessun racconto (e, meno che mai, nessun racconto orale) che non abbia falle, lacune, contraddizioni; quel che si può pretendere dal collaborante è che riferisca i cc.dd. “fatti indimenticabili”, cioè quelli che, per la loro rilevanza sociale e/o psicologica, sono ritenuti tali da non poter essere cancellati dalla mente e che in essa vengono abitualmente “trattenuti”, secondo la normale meccanica mnemonica dell'uomo medio»¹⁹⁵.

Infine, nulla si dice nella norma circa la natura, dolosa o colposa, dell'eventuale omissione e sulla eventuale scusabilità della dimenticanza, per non parlare del fatto che esiste la concreta possibilità che il “pentito” venga minacciato, anche indirettamente, con atti rivolti ai familiari rimasti al di fuori del programma

Recenti sentenze della Corte di cassazione hanno precisato il significato ed i confini della sanzione della inutilizzabilità delle così dette «dichiarazioni tardive», rese cioè oltre il termine dei 180 giorni «ai fini della prova dei fatti in esse affermati». La

¹⁹⁴ Sentenza n. 47513 del 20.11.2007, I I Sezione Penale della Cassazione.

¹⁹⁵ Sentenza della V Sezione Penale, n. 1746 del 20.11.2007

locuzione utilizzata fa ritenere che la sanzione possa operare nel giudizio, non nella fase delle indagini o dell'udienza preliminare e pertanto le dichiarazioni tardive possano essere utilizzate anche per l'emissione di misure cautelari personali e reali¹⁹⁶.

La protezione del collaboratore e della sua famiglia.

Inoltre il legislatore italiano ha deciso di separare la problematica relativa alla collaborazione da quella relativa alla protezione ed all'assistenza del collaboratore (artt. 9 e ss. D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001). L'ottenimento di un trattamento penale di favore non determina automaticamente l'adozione delle misure di protezione, dal momento che esse sono riservate ai collaboratori particolarmente esposti ed alle loro famiglie.

Le misure di protezione sono decise da una specifica commissione (Commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione), costituita da figure professionali con specifiche esperienze nel settore della criminalità organizzata (magistrati e forze di polizia) (art. 10, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001). Queste misure possono essere estese ai membri della famiglia del collaboratore, se essi stessi sono esposti ad un pericolo grave e reale e vivono sotto lo stesso tetto del collaboratore.

Si possono verificare due differenti situazioni:

- se il collaboratore è detenuto, egli espia la sua pena in una unità specializzata e può anche beneficiare di un miglioramento del suo regime detentivo
- se egli è libero, sono previsti differenti livelli di protezione, secondo il tipo di pericolo, dal più semplice ai casi più gravi (art. 13, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001):
 - semplice protezione di polizia,
 - trasferimento,
 - utilizzo di documenti di «copertura»,
 - cambiamento definitivo dell'identità.

¹⁹⁶ Cass., Sez. Un. n. 1149 del 25.09.2008. RUGGIERO R. A., *I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei "collaboratori di giustizia"*, in *Cassazione Penale*, n.6/2009, p. 2287.

Le misure di protezione sono assicurate dal servizio *ad hoc* («Servizio Centrale di Protezione»). Esse sono stabilite normalmente per una durata determinata, ma sono mantenute fino a quando sono giustificate.

Esse possono essere revocate o modificate in due casi (art. 13 quater, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001):

- cambiamento / *variazione* dell'attualità del pericolo;
- non rispetto degli impegni presi da parte del collaboratore.

Al contrario, una revoca delle misure di protezione è obbligatoria se manca il rispetto degli impegni presi secondo le lettere *b)* ed *e)* dell'art. 12.

Le ricadute sul piano sanzionatorio per il collaboratore.

Come regola di carattere generale la collaborazione con la giustizia determina può comportare una riduzione di pena. La legge n. 45/2001 ha confermato il contenuto delle disposizioni del 1991. Essa prevede, come si è visto sopra, che per il delitto previsto dall'art. 416 bis c.p. e per gli altri delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste nello stesso articolo o al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, per «l'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi» vi sia una sostanziale riduzione di pena: la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da 12 a 20 anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà (art. 8, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in L. 12 luglio 1991, n. 203).

Tuttavia la legge n. 45/2001, a differenza della vecchia disciplina, stabilisce una soglia minima di espiazione della pena per poter accedere ai benefici penitenziari previsti. È previsto cioè che si possa accedere a tali vantaggi solamente dopo aver espiaato almeno un quarto della pena oppure 10 anni in caso di condanna all'ergastolo (art. 16 nonies, co. 1 e 4, D.L. n. 8/1991, modif. L. n. 45/2001).

E. Rilievi critici

Alcune critiche sono state mosse dalla dottrina italiana nel momento dell'ampliamento delle figure premiali nel periodo della legislazione così detta dell'emergenza e successivamente numerose altre in occasione della trasformazione della collaborazione con la giustizia da istituto di carattere eccezionale a strumento ordinario di ricerca della prova.

Se si vogliono comprendere le ragioni delle opinioni critiche contro il principio alla base dell'idea della ricompensa per i collaboratori di giustizia, occorre risalire nel tempo e rifarsi alle parole di Cesare Beccaria, il quale non usava mezzi termini per esternare il suo pensiero riguardo l'utilizzo della delazione ai fini della prova. Nella sua opera *Dei delitti e delle pene* si legge: « Alcuni tribunali offrono l'impunità a quel complice di grave delitto che paleserà i suoi compagni. Un tale spediente ha i suoi inconvenienti ed i suoi vantaggi. Gli inconvenienti sono che la nazione autorizza il tradimento, detestabile ancora tra gli scellerati; perché sono meno fatali ad una nazione i delitti di coraggio che quelli di viltà, (...) Di più il tribunale fa vedere la propria incertezza, la debolezza della legge, che implora l'aiuto di chi la offende»¹⁹⁷.

Il processo penale è caratterizzato dall'esistenza di margini di apprezzamento discrezionale e la decisione finale del giudice si basa sul principio del suo libero convincimento. Ciò può spiegare come la collaborazione con la giustizia possa essere – e sembrerebbe, storicamente, essere stata – penalmente ricompensata indipendentemente da ogni intervento legislativo in materia. In effetti nell'ordinamento italiano, basato sul principio della obbligatorietà dell'azione penale, la figura del collaboratore con la giustizia è apparsa in maniera in qualche modo spontanea all'interno delle organizzazioni terroristiche, costringendo inizialmente magistrati inquirenti e giudicanti ad affrontare la questione in assenza di un dato normativo che potesse confortare prima le promesse e poi le scelte di clemenza. Tra i possibili percorsi giuridici individuati per fronteggiare il problema, una soluzione era vista nel fatto che, anche se non poteva rinunciare a esercitare l'accusa, il pubblico ministero disponeva malgrado tutto di larghi margini di apprezzamento che potevano (come possono

¹⁹⁷ BECCARIA C., *Opere scelte, Dei delitti e delle pene*, Licio Cappelli Editore, Bologna, 1925.

adesso), se il caso lo richiedeva, servire a ricompensare un collaboratore, anche in assenza di una specifica normativa premiale, quella che adesso può essere considerato un vero e proprio «diritto dei collaboratori»¹⁹⁸.

Una constatazione che si impone immediatamente a chi osservi il sistema italiano, è la tendenza all'espansione della pratica del ricorso ai collaboratori di giustizia¹⁹⁹. La storia di questo strumento di ricerca della prova che si è trasformato anche e soprattutto in misura di politica penale²⁰⁰ è, in maniera estremamente chiara, quella di un allargamento progressivo a tipologie di reato sempre più numerose ma anche sempre meno eccezionali, mentre esso sembrava inizialmente concepita come uno strumento atipico destinato a combattere forme di criminalità specifiche destinate ad essere affrontate in vista del loro sradicamento (il terrorismo prima, poi i sequestri di persona e infine la criminalità organizzata).

Il ricorso ormai generalizzato ai collaboratori di giustizia potrebbe farci credere che questa misura ha permesso nel concreto di far indietreggiare significativamente le differenti forme di criminalità per contrastare le quali essa era stata introdotta. A dire il vero, pertanto, se ci si riferisce, ancora una volta, al precedente italiano, sembra che l'efficacia della misura sia invece determinata dai contesti nei quali essa è stata applicata. Le prime norme sui collaboratori di giustizia sembravano in effetti avere, se non provocato, almeno accelerato la sconfitta del terrorismo d'estrema sinistra. Ma il contesto dell'epoca era caratterizzato da una sua specificità e le radici della sua crisi e della successiva sconfitta non vanno cercate solamente nell'opera di contrasto portata avanti da forze di polizia e magistratura. Secondo le analisi storico-sociologiche del fenomeno sembra che tali movimenti eversivi presentassero già segni di crisi ideologica interna che, in realtà, il ricorso ai collaboratori di giustizia non avrebbe fatto che

¹⁹⁸ BEERNAERT M., « *Repentis* » ou « *collaborateurs de justice* » : quelle *légitimité* dans le système pénal ?, in *Droit et Société*, 55/2003, p. 700.

¹⁹⁹ *Relazione al Parlamento sulle speciali misure di protezione, sulla loro efficacia e sulle modalità generali di applicazione*, 1° gennaio – 30 giugno 2001..

²⁰⁰ BERNASCONI A., *La riforma della legge sui collaboratori di giustizia: profili generali e intersezioni con le tematiche del "giusto processo"*, in *Leg. Pen2002*

accelerare²⁰¹, analisi al momento condivisa anche da autori stranieri nel momento in cui analizzano le conseguenze della misura nel sistema italiano²⁰².

Al contrario, dopo la sua introduzione tra gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso, lo strumento ha dapprima consentito di acquisire dati ed individuare chiavi di lettura del fenomeno mafioso prima non immaginabili ma la sua portata e la sua efficacia nel lungo periodo sono apparse quantomeno discutibili ed esso ha prestato il fianco a numerose critiche.

Numerosi criminali provenienti dalle file della mafia o di altre storiche associazioni criminali italiane, hanno certamente scelto di collaborare con la giustizia²⁰³ ma i risultati ottenuti in una prospettiva di completa disarticolazione dei fenomeni sottostanti sono sicuramente di diverso tenore rispetto a quelli osservati nella lotta al terrorismo. Il ricorso massiccio ai collaboratori non ha permesso di sradicare il fenomeno mafioso²⁰⁴ e, secondo alcune recentissime acquisizioni investigative, neanche di indebolirlo in maniera sensibile²⁰⁵. C'è anche il rischio che i collaboratori siano dei testimoni particolarmente poco affidabili, avendo essi ogni interesse a minimizzare le loro implicazioni nei fatti oggetto di indagine ed a cercare di ottenere una contropartita dal pubblico ministero, motivo per cui potrebbero essere tentati di dichiarare tutto ciò che pensano la magistratura si aspetti da loro.

In tal senso infine – ma vale forse la pena di dire “soprattutto” – si può osservare come l'introduzione della collaborazione processuale (e le conseguenti misure premiali a favore di chi collabora) sembri comportare la rottura della coerenza dell'intero sistema penale. In effetti le dispute relative a quest'ultimo aspetto sembrano aver avuto uno spazio adeguato quasi solamente negli interventi coevi alla introduzione e “normalizzazione” della figura, quasi che – passati molti anni e considerandola ormai i giuristi come un istituto entrato a far parte della nostra cultura giuridica – il confronto

²⁰¹ GALLI G., *Piombo rosso. La storia completa della lotta armata in Italia dal 1970 ad oggi*, Baldini Castoldi Dalai, Milano 2004.

²⁰² BEERNAERT M., op. cit, p. 702.

²⁰³ Ministero dell'Interno, *Relazione al Parlamento sui programmi di protezione*. 1° semestre 2011.

²⁰⁴ *Relazione conclusiva* della Commissione Parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare – XV Legislatura, 2008,.

²⁰⁵ Sentenza _____ -. Ordinanza di Custodia Cautelare _____

abbia rinunciato a muoversi sul campo della logica giuridica ed il dibattito sembri trovare una giustificazione – in un’ottica costi benefici – solo con riferimento all’analisi dell’efficacia dello strumento e non della sua coerenza con l’intero sistema e della necessità ed opportunità della sua permanenza. Come si è visto infatti le citazioni di dottrina riguardanti questo aspetto risalgono prevalentemente alla prima metà degli anni ottanta.

Mentre il codice Rocco era espressione di un ordinamento che non aveva necessità di incoraggiare la delazione, l’atteggiamento del legislatore italiano a partire da quegli anni ben diverso. Conservano pertanto tutta la loro attualità alcune lucide analisi di quegli anni, secondo le quali le nuove fattispecie premiali introdotte a favore dei collaboratori di giustizia non si ricollegano ad una azione antagonista rispetto a quella che ha provocato la distruzione o la esposizione a pericolo del bene protetto²⁰⁶, ma consistono in un *facere* che non avendo attinenza con l’azione tipica descritta dalla norma incriminatrice, pone, tra l’altro, problemi di tassatività e determinatezza (oltre che di costituzionalità dal momento che le norme favorevoli al colpevole devono essere espressione di un interesse costituzionalmente rilevante)²⁰⁷.

Seguendo il percorso logico di queste analisi, si giunge alla conclusione che la riduzione di pena per i collaboratori sia di fatto ingiustificabile, come anche il rapporto tra il contributo apportato dal collaboratore e la pena applicatagli. Sembra infatti illegittimo ridurre in questo modo la pena normalmente applicabile all’autore di un reato determinata in funzione di un comportamento di collaborazione con la giustizia, nella misura in cui la pena alla fine applicata al collaboratore non è più in rapporto con la gravità del reato e della colpa commessa.

§ 4. Il testimone di giustizia.

L’importanza della prova testimoniale può essere accresciuta nei processi di criminalità organizzata non solo dalla segretezza del *pactum sceleris* e dalla opportunità

²⁰⁶ PADOVANI T., *La soave inquisizione*, cit..

²⁰⁷ BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p.123.

(a volte necessità) che una persona interna o vicina all'organizzazione testimoni su questo aspetto, ma anche dallo scarso numero di testimoni dovuto dalla condizione di assoggettamento ed omertà che la presenza e la forza dell'organizzazione mafiosa determinano.

Anche in questo campo il giudice Falcone aveva visto chiaro e ammonito sugli effetti immediati delle rappresaglie non solo sugli stessi mafiosi ma anche sui testimoni. Egli preconizzava pertanto l'introduzione nel sistema di disposizioni per la tutela non solo dei collaboratori ma anche dei testimoni.

Questi ultimi possono fornire a volte un contributo notevole allo sviluppo del procedimento e soprattutto meno interessato e più genuino. La figura del testimone, come intuibile, si caratterizza infatti al contrario di quella del collaboratore per il fatto di *non provenire e non essere legato agli ambienti criminali*. Per questo il problema della sicurezza del testimone e della tutela della sua incolumità risulta essere moralmente ancor più cogente trattandosi di persona che corre rischi gravissimi solo perché chiamato all'espletamento di un dovere civico, la testimonianza, nell'interesse della collettività.

La trattazione della figura – come è stato anticipato – si rende necessaria anche per confrontare la scelta del legislatore italiano con quella opposta del “testimone anonimo” effettuata dal legislatore francese e per meglio comprendere significato e coerenza di entrambe le discipline con i rispettivi sistemi.

Una delle novità più importanti introdotte dalla legge 45/2001 è la previsione di norme *ad hoc* per la protezione dei testimoni di giustizia, fino ad allora equiparati ai collaboratori; infatti nel corso degli anni ci si era resi conto che assoggettare gli incolpevoli testimoni di fatti delittuosi allo stesso regime di vita dei pentiti e subordinare la loro protezione alle medesime, restrittive condizioni per questi ultimi previste era assolutamente incongruo rispetto alle differenti situazioni di fatto vissute.

A differenza che nella vecchia disciplina, la legge n. 45/2001 riserva un differente trattamento alle persone che risultano non inseriti in gruppi criminali e che assumano rispetto ai fatti delittuosi, «la qualità di persona offesa dal reato, ovvero di

persona informata sui fatti o di testimone» (art. 16 bis, co. 1, D.L. n. 8/91, modif. L. 45/2001). Questa nozione consente di distinguere i testimoni dai collaboratori di giustizia *stricto sensu*, provenendo appunto questi ultimi dal medesimo ambito criminale contro il quale testimoniano a comunque da un ambito contiguo²⁰⁸.

La nuova legge tiene prima di tutto in conto le primarie esigenze di tutela di un cittadino che non si sottrae al dovere di testimonianza sui fatti dei quali ha avuto conoscenza e si rende disponibile a riferirle prima agli organi di polizia che lo interrogano e poi all'interno del dibattimento, valutando la gravità del rischio a cui può andare incontro e prescindendo invece dal tipo di reato per l'accertamento del quale egli fornisce il suo contributo.

Non è quindi imposto alcun limite relativo all'oggetto delle dichiarazioni ed allo stesso modo non è necessario che l'oggetto della testimonianza sia direttamente riferibile ai reati di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., per cui perché si abbia la protezione del testimone di giustizia – a differenza di quanto accade per i collaboratori – la collaborazione può riguardare qualsiasi reato ed essere rilevante anche se riguarda delitti diversi da quelli di tipo terroristico-eversivo o di tipo mafioso.

Perché le misure di protezione siano applicate ai testimoni occorre una situazione di pericolo che secondo le regole generali (art. 9 co.6) deve essere valutata tenendo conto sia della qualità e rilevanza delle dichiarazioni rese sia delle capacità di reazione o intimidazione che, anche localmente, possono essere esercitate da parte del gruppo criminale al quale appartengono le persone accusate dal testimone.

Dunque i testimoni potranno essere ammessi alle speciali misure di protezione indipendentemente dal reato in ordine al quale rilasciano dichiarazioni, purché ricorra la situazione di pericolo. Occorre ovviamente che il contributo del testimone sia attendibile ma non è richiesto il carattere della «notevole importanza» per l'applicazione delle misure del programma di protezione.

Una disciplina specifica per i testimoni si era resa inoltre necessaria anche per le particolari carenze applicative ed operative del Servizio Centrale di Protezione. Per

²⁰⁸ ARDITA, op. cit., p. 1702.

porre fine a tale inadeguata gestione dei testimoni di giustizia, la nuova legge prevede che di essi si occupi un'autonoma sezione del Servizio Centrale di Protezione.

Se la situazione di pericolo lo richiede potranno allora essere adottate anche per il testimone di giustizia delle misure di protezione estreme che vanno, come per il collaboratore di giustizia, dal trasferimento del soggetto e dei suoi familiari in altra località fino al massimo grado di protezione previsto, consistente nel cambio delle generalità del soggetto in pericolo e dei suoi familiari.

Si tratta in questo caso di una misura ancora più drammatica per chi allo stesso tempo se ne avvale e la subisce. La situazione studiata freddamente e tecnicamente dal punto di vista delle sue conseguenze giuridiche non pone in evidenza le conseguenze che è costretto a subire chi, in maniera assolutamente incolpevole, si trova suo malgrado ad essere protagonista di una situazione processuale (e personale) non immaginabile nella quale viene attratto da una sequenza di fatti nei quali la sua condotta non si è in alcun modo inserita in un percorso causalmente orientato, con la conseguenza di essere chiamato a svolgere l'ufficio di testimone e, per poterlo fare, di doversi sottoporre a delle misure di protezione o addirittura entrare in uno speciale programma di protezione che può arrivare a comportare il cambiamento del nome, in una sorta di forzata rinuncia al diritto al proprio nome²⁰⁹.

In questa prospettiva non sono pochi quelli che ritengono sarebbe opportuno studiare una normativa che preveda una procedura nuova e diversa da quella attualmente vigente, che agevoli il percorso della testimonianza nei delitti di criminalità organizzata, ad esempio prevedendo invece della sottoposizione a misure di protezione più o meno invasive per il testimone, una protezione ancor più radicale ma più vicina alle esigenze di quest'ultimo, impedendo che la sua identità venga resa pubblica nel procedimento. In tal senso si è pronunciata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

²⁰⁹ MICELI A., *Io, il fu Nino Miceli*, Milano, 2006. Vedasi anche Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, XV Legislatura, *Relazione sui testimoni di giustizia*, 19 febbraio 2008.

Parallelamente, nella realtà dei fatti, non risulterebbe necessario trattare da informatore il comune cittadino che sia a conoscenza di notizie non qualificate e dunque non costituenti oggetto di testimonianza

Sezione II. L'informatore, il pentito ed il testimone anonimo in Francia

§ 1. La figura dell'informatore in Francia

L'interesse ad approfondire il tema del contributo fornito dall'informatore di polizia allo sviluppo delle indagini in tema di criminalità organizzata è dato dalla duplice esigenza di porlo a confronto con l'evoluzione della figura nella giurisprudenza italiana e di analizzare il progressivo sviluppo e le conseguenze del passaggio da un sistema assolutamente non normato ad uno compiutamente regolamentato che offre maggiori garanzie ma allo stesso tempo aumenta le restrizioni per l'operatore di polizia.

In Francia la figura ha conosciuto infatti una evoluzione per gradi successivi sia per quanto riguarda il riconoscimento della sua importanza nella ricerca delle informazioni sia per quanto concerne la regolamentazione della retribuzione dell'informatore o delle informazioni. Negli anni cinquanta è intervenuta una definizione in una fonte normativa secondaria, seguita da altri successivi interventi e chiarimenti riguardo alla retribuzione degli informatori per il contributo da loro fornito, fino ad arrivare nel 2004 all'introduzione di una norma di legge contenente specifici principi, seguita poi da un Decreto interministeriale sulle modalità della retribuzione ed infine solo quest'anno all'emanazione di una circolare contenente esplicazioni di dettaglio.

Anche in Francia, soprattutto nel contrasto alla criminalità organizzata ed in particolare nelle repressione del traffico di stupefacenti, gli operatori della polizia, della gendarmeria e delle dogane francesi, avevano consolidato negli anni – al fine di avviare complesse indagini o nel corso delle stesse – la prassi del ricorso agli informatori (gli *informateurs* di Polizia e Gendarmeria, gli *aviseurs* delle Dogane).

Il ricorso a tale risorsa nel corso delle indagini è rimasto, come in Italia, a lungo privo di un impianto normativo od anche solo di una disciplina generale e la figura dell'informatore di polizia ha continuato ad esistere ma in assenza di un preciso statuto. La definizione datane dalla dottrina inquadrava la figura dell'informatore come «colui che in cambio di un vantaggio fornisce delle informazioni» nel quadro di un procedimento penale, definizione allo stesso tempo troppo estesa e troppo angusta. Bisogna tenere infatti in considerazione il fatto che l'informatore, a differenza del denunciante chiede sempre di preservare l'anonimato e che se anche i casi più frequenti sono quelli nei quali egli spera in una ricompensa in denaro o in una tolleranza di certe sue attività delittuose, egli può anche essere animato da altro genere di motivazioni: spirito di vendetta, volontà di fare del male, bisogno di servire il proprio paese, vocazione all'attività di polizia²¹⁰.

Malgrado il suo impiego, durante tutto il secolo scorso la figura non venne definita sul piano legislativo ed il suo fondamento andava cercato nella non contrarietà ai principi generali dell'ordinamento ed all'interpretazione data nei tribunali relativamente a quella che rimaneva una prassi consolidata.

Inoltre la remunerazione per i servizi eventualmente forniti dagli informatori non trovava alcuna solida base nel bilancio statale²¹¹. Pertanto sul piano giuridico, contrariamente ad altre figure, come quella dei *repentis* – il cui statuto era definito da diversi articoli del codice penale – gli *informateurs* delle forze di polizia (o *indicateurs* come vengono spesso definiti nel linguaggio comune o sulla carta stampata) non avevano alcuna esistenza legale. Ne conseguiva una reale insicurezza anche per gli operatori di polizia costretti a fare appello a degli informatori²¹² sia quando ciò si rivelava utile o necessario per indagini complesse, sia nel caso in cui gli stessi operatori venivano spontaneamente contattati da una persona disponibile a fornire indicazioni utili ma in cambio la stessa persona chiedeva di una contropartita.

²¹⁰ DI MARINO G., *Problemes actuels de science criminelle. L'indicateur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille. Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990, p. 63.

²¹¹ Progetto di legge *adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Titolo I, «Disposizioni relative alla lotta contro le nuove forme di delinquenza e di criminalità», Capitolo I, «Disposizioni relative alla lotta contro la delinquenza e la criminalità organizzata».

²¹² Progetto di legge *adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cit.

Una analisi delle norme del codice di procedura penale non permetteva di individuare norme specifiche per regolamentare la figura. La definizione di «persone suscettibili di fornire delle informazioni» (art. 62), potenzialmente applicabile agli informatori, era in effetti concepita per i testimoni, coloro che rendono dichiarazioni con il carattere dell'ufficialità, firmando il verbale sul quale esse sono trascritte. In ogni caso il ricorso all'informatore non era contrario né ad alcuna disposizione del codice di procedura penale né ai principi generali della procedura penale, ma rimaneva compito della giurisprudenza affermarne la legalità.

La prima definizione in materia, contenuta in una fonte normativa secondaria, riguardava l'ambito di operatività delle Dogane francesi, per le quali un *arrêté* del 1957 definiva – per i casi di competenza doganale – la figura dell'*aviseur* (come viene tuttora definito l'informatore delle dogane) come «ogni persona estranea alle amministrazioni pubbliche che ha fornito al servizio delle dogane delle informazioni»²¹³. Le novità contenute dal provvedimento sono la definizione della figura e la regolamentazione della remunerazione riconosciuta in cambio della delazione all'informatore, al quale poteva spettare una ricompensa calcolata in percentuale²¹⁴, nel caso in cui l'informazione avesse portato alla scoperta dell'infrazione doganale (art. 2-1 dell'*arrêté*). Unico limite posto, per mantenere l'attività entro i binari della legalità, l'esclusione dalla retribuzione per «l'*aviseur* che si è reso complice o che è stato istigatore della frode» (art. 10-1).

Ma la conseguenza più importante che conseguì all'emanazione del provvedimento era la constatazione che la figura così disciplinata era da considerarsi legale nell'ordinamento francese, anche se il provvedimento era teoricamente limitato al solo campo di azione delle dogane e perdurava quindi il silenzio sul fondamento di tale legalità implicita negli altri settori²¹⁵.

²¹³ *Arrêté* del 18 aprile 1957, «Modalità di applicazione dell'art. 391 del Codice delle dogane relativo alla ripartizione del prodotto delle ammende e delle confische».

²¹⁴ Per la remunerazione dell'*aviseur* venne posto il limite massimo, fino ad un terzo del prodotto individuato e recuperato o la somma di 20.000 Franchi (art. 2-2).

²¹⁵ DI MARINO G., op. cit., p. 69.

Si trattava di una questione di notevole importanza, dal momento che nessuno negava il valore del contributo dell'informatore all'attività di polizia ed in un discorso all'Assemblea Nazionale, il Ministro dell'Interno dichiarava che «senza il contributo degli informatori non ci sarebbe più polizia e *a fortiori* neanche giustizia in grado di applicare le legge penale»²¹⁶. Ma per quanto riguardava la polizia, al contrario, le cose erano molto più fluide, senza alcun testo di legge e con l'impossibilità di destinare a ciò una percentuale del materiale sequestrato come per le Dogane. Pertanto, secondo una prassi corrente, gli operatori di polizia cercavano di pagare le informazioni in moneta, quando era loro possibile, o – senza che alcuna legge specificamente lo prevedesse – in materiale sequestrato²¹⁷.

Le sole regole riguardanti la figura dell'informatore, elaborate da dottrina e giurisprudenza, erano quindi quelle relative al suo anonimato ed alla sua retribuzione.

La regola dell'anonimato era tradizionalmente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità come connaturata con la figura dell'informatore. Sentenze risalenti alla fine dell'ottocento ed all'inizio del novecento riconoscevano il diritto al poliziotto chiamato a testimoniare di trincerarsi dietro il segreto professionale per non rivelare il nome dei suoi informatori se egli si era impegnato con loro in tal senso²¹⁸. La regola assunse il valore di un principio di carattere generale applicato dalle giurisdizioni di merito, il cui beneficiario risultava essere appunto l'informatore.

La seconda regola, quella relativa alla retribuzione, non poneva, al contrario, una caratteristica intrinseca alla figura, dal momento che, come detto, si può trovare una volontà di fornire informazioni anche indipendentemente dalla ricerca di una contropartita²¹⁹. L'offerta di ricompensa non doveva necessariamente provenire dagli organi di polizia ma anche dalla vittima o dalla sua compagnia di assicurazioni

La retribuzione degli informatori da parte delle forze di polizia prima della sua regolamentazione normativa non poteva cioè essere definita illegale – in quanto non

²¹⁶ Dibattito all'Assemblea Nazionale del 7 maggio 1966, citato in DI MARINO G., cit. p. 65.

²¹⁷ F. JOBARD, *La rémunération des indicateurs en France – Entretien avec Thierry Mariani, député (UMP) du Vaucluse in Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, 2005, p. 206.

²¹⁸ Crim. 6 luglio 1894 - DP 1899-I-171, Crim. 30 agosto 1906 – DP 1907-I-149 e Crim. 4 aprile 1924 – DP 1925-I-10, citate in DI MARINO G., op. cit..

²¹⁹ DI MARINO G., op. cit., p. 76.

vietata da alcuna norma – ma proprio perché basata solo su prassi da lungo tempo consolidate, avveniva in quadro di rischiosa a-legalità. Il vuoto legislativo lasciava ogni volta all'operatore di polizia una grande libertà di scelta delle modalità di retribuzione. Non sempre era possibile remunerare l'informazione con somme in denaro, anche perché le somme di cui disponevano gli operatori di polizia non erano mai sufficienti. Più frequenti i casi di attività illecite "tollerate", soprattutto nel campo dello sfruttamento della prostituzione, in cambio di informazioni su attività criminali pericolose o su reati molto gravi, tanto che si arrivava a parlare di «retribuzione occulta dell'informatore»²²⁰. Ancora maggiore il rischio paventato da alcuni nelle indagini contro i traffici di sostanza stupefacenti, di una retribuzione di una notizia confidenziale con quantità di stupefacente sequestrato²²¹.

L'esistenza di eventuali «contropartite occulte» poneva e pone tuttora il problema della loro compatibilità con le regole del diritto, dal momento che le giurisdizioni di istruzione e giudicanti rifiutavano (e ovviamente rifiutano) in principio di ammettere che un individuo, autore di un reato, possa indicare la sua qualità di informatore come causa giustificativa suscettibile di sottrarlo alla repressione²²²

Il sistema funzionò in tal modo per anni ed era comprensibilmente rischioso per gli operatori costretti a richiedere il contributo dell'informatore. Per ovviare a tali rischi la soluzione migliore è sembrata essere all'inizio di questo secolo quella di esportare verso la polizia un sistema più trasparente, come quello già collaudato dalle dogane²²³.

L'arrete del 1957 fu seguita da altri successivi interventi e chiarimenti riguardo alla provenienza ed alle imputazioni a bilancio delle somme date agli informatori come retribuzione per il loro contributo, fino ad arrivare nel 2004 all'introduzione di una norma di legge con l'esplicita previsione della figura dell'informatore e dei principi della sua retribuzione. Alla norma fece seguito il previsto Decreto interministeriale sulle modalità della retribuzione ed infine solo quest'anno l'emanazione di una circolare

²²⁰ DI MARINO G., op. cit., pp. 80 ss.

²²¹ F. JOBARD, op. cit., p. 206

²²² DI MARINO G., op. cit., p. 82.

²²³ F. JOBARD, *La rémunération des indicateurs en France – Entretien avec Thierry Mariani, député (UMP) du Vaucluse in Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?* 2005, p. 206.

contenente esplicazioni di dettaglio ed una «Carta del trattamento degli informatori in materia di polizia giudiziaria».

La norma in questione venne inserita nella legge Perben II sulla criminalità organizzata anche per fronteggiare esigenze provenienti da un cambiamento della società ma soprattutto per venire incontro ad esigenze e richieste provenienti da settori della polizia a fronte dell'importanza ed efficacia attribuita tradizionalmente dagli stessi operatori di polizia alle informazioni ricavabili da questo tipo di fonte ²²⁴. La nuova rilevante disposizione di rilievo è entrata nell'ordinamento grazie all'art. 3 della legge Perben II che ha aggiunto un articolo 15-1 alla legge 95-73 del 21 gennaio 1995 di «orientamento e programmazione relativa alla sicurezza».

Questa norma stabilisce che i servizi della polizia e della gendarmeria possono retribuire ogni persona estranea alle pubbliche amministrazioni che abbia fornito loro informazioni che abbiano condotto direttamente o alla scoperta di crimini o delitti ovvero all'identificazione dei loro autori (comma 1). Una decisione che secondo alcuni poteva dar luogo a reazioni contrastanti dal momento che per la prima volta venivano disciplinate ed inquadrare in un testo legislativo delle pratiche di polizia lasciate per decenni alla prudente ed autonoma gestione degli operatori di polizia.

Anche in questa occasione la legge Perben II elevava norma statutale un principio già esistente nell'ordinamento. Essa riprendeva infatti la nozione di informatore come «persona estranea alle amministrazioni pubbliche che fornisce indicazioni» già contenuta nel decreto del 1957 sugli informatori delle Dogane e regolamentava la materia secondo una prassi già in vigore nelle forze di polizia.

La formulazione della norma, autorizzando la retribuzione dell'informatore solo in relazione all'esito favorevole dell'informazione, enuclea in qualche modo il principio sotteso anche alla regolamentazione italiana che ad essere retribuito dallo stato non è l'informatore-persona ma l'informazione causalmente orientata all'esito positivo dell'operazione.

²²⁴ F. JOBARD, *La rémunération des indicateurs en France*, cit., p. 205.

La medesima legge prevedeva poi la determinazione delle modalità di retribuzione di tali persone avvenisse tramite un provvedimento congiunto dei ministri di giustizia, interno, difesa e finanze²²⁵ (art. 15-1 comma 2).

Tale successivo provvedimento non venne adottato immediatamente. A parte la necessità di trovare velocemente un punto di incontro tra le posizioni di diversi ministeri, rimanevano da chiarire almeno quattro questioni tecniche:

- da dove trarre le risorse destinate al pagamento delle fonti informative,
- stabilire il grado di centralizzazione del dispositivo,
- definire delle tabelle di retribuzione,
- modalità per assicurare la riservatezza della procedura.

L'autore dell'emendamento che aveva portato all'introduzione dell'art. 15-1 si diceva comunque soddisfatto dell'introduzione della norma di principio e si augurava la creazione di uno schedario delle fonti riservato solo a quelle riguardanti la grande criminalità e non agli «informatori dell'angolo della strada».

Le modalità di retribuzione degli informatori vennero determinate dall'*arrêté* interministeriale del 20 gennaio 2006 senza che tutte le domande tecniche avessero ricevuto una risposta. Per l'ammontare dell'eventuale ricompensa, il provvedimento non fissava delle regole di proporzione con quantità e valore di eventuali beni sequestrati né una gerarchia tra tipi di informazione o reati scoperti grazie ad essa od una tabella delle retribuzioni, limitandosi a dire che l'ammontare della retribuzione da versare veniva fissato discrezionalmente dal Direttore Generale della Polizia o della Gendarmeria nazionale su proposta del capo del servizio o dell'unità cui apparteneva l'ufficiale di polizia giudiziaria incaricato dell'indagine e tale ammontare non potesse essere oggetto di alcun tipo di ricorso. Il provvedimento aggiungeva infine che il servizio o l'unità che aveva fatto ricorso alla fonte confidenziale era tenuto a conservare, in modo riservato e protetto, ogni elemento che potesse permettere di stabilirne l'identità e la ricevuta del versamento della somma firmata dal beneficiario.

²²⁵ Nel 2009 dal testo è stato espunto il riferimento al ministro della difesa a causa dell'avvenuto passaggio della Gendarmeria Nazionale alle dipendenze del Ministero dell'interno a partire dal 1° gennaio 2009.

L'introduzione di regole cogenti per gli operatori del settore, limitative della libertà di azione di cui avevano goduto fino a quel momento, doveva determinare – secondo chi aveva favorito l'introduzione delle norme di principio – un grande vantaggio insito nelle maggiori garanzie derivanti dalla possibilità di un controllo da parte del pubblico ministero o del giudice istruttore sulla legalità delle operazioni sulla regolarità della procedura e la diminuzione dell'insicurezza insita nell'idea di utilizzare degli strumenti definiti in modo eccessivamente fluido²²⁶.

In linea con tali esigenze, l'emanazione della circolare del 15 maggio 2012 dalla Direzione Generale della Polizia Giudiziaria con l'allegata «Carta del trattamento degli informatori in materia di polizia giudiziaria» è avvenuta con il dichiarato scopo di accrescere il controllo sulle «relazioni con gli informatori offrendo una accresciuta protezione ai funzionari di polizia».

L'art. 3 della Carta istituisce un Ufficio Centrale delle Fonti (*Bureau Central de Sources*) in seno al S.I.A.T. (*Service Interministériel d'Assistance Technique*) della Direzione Centrale della Polizia Giudiziaria, incaricato di registrare gli informatori per attestarne l'esistenza e controllarne le modalità di retribuzione.

Inoltre, sempre per accrescere garanzie nello svolgimento del rapporto tra polizia e fonte viene introdotto un imprescindibile sistema di controllo tra il funzionario del servizio di polizia autorizzato ad intrattenere relazioni con l'informatore nel quadro dei suoi compiti di polizia e la sua catena gerarchica con un divieto assoluto di cumulare nella stessa persona le funzioni di controllato e controllore (art. 11 della citata circolare) e con una precisa disciplina sulla remunerazione degli informatori e sulle modalità di consegna delle somme di denaro.

Sono state inoltre introdotte regole molto rigide per la sicurezza ed un preciso sistema di iscrizione dell'informatore al B.C.S. con l'attribuzione di un preciso codice numerico in modo che solo poche persone all'interno della struttura della polizia possano conoscere la vera identità dell'informatore.

²²⁶ F. JOBARD, *La rémunération des indicateurs en France*, cit., p. 207.

Se il comportamento dell'informatore può determinare gravi rischi al servizio o alla sicurezza del funzionario incaricato dei contatti, egli viene segnalato all'Ufficio Centrale delle Fonti per essere iscritto in una "lista nera" condivisa tra le Direzioni Generali dei Servizi di Polizia e destinata ad alimentare la banca dati Europol (art. 17 della circolare)²²⁷.

Il meccanismo messo in atto consente realmente di tutelare l'anonimato della fonte, sostituendo con un codice i dati anagrafici dell'informatore – secondo un sistema perfezionato da Europol e messo da questa a disposizione degli Stati membri – in tal modo la circolazione delle notizie relative agli informatori inseriti nelle liste nere delle varie polizia europee può avvenire senza rischi per la sicurezza delle persone che forniscono le informazioni. Il sistema è entrato in funzione e, secondo dati raccolti presso l'Ufficio Centrale delle Fonti, nel 2011 nella «lista nera» francese si troverebbero iscritti almeno una cinquantina di informatori infrequentabili – 37 classificati come pericolosi e 14 *non grata*.²²⁸

L'evoluzione della figura dell'informatore nel diritto francese e della relativa disciplina delinea quindi il passaggio graduale della materia dall'assoluta mancanza di regole – che consentiva in passato all'operatore di polizia la più ampia autonomia ma con una indipendenza che trovava un rischioso contrappeso nell'assoluta insicurezza nel quale le forze di polizia operavano – ad un meccanismo compiutamente disciplinato con minori libertà per gli investigatori.

I rischi insiti nell'uso dell'informatore per la risoluzione dei casi più complessi e legati alla criminalità riguardano sia la figura di colui che da le informazioni che colui che le riceve. È certamente quest'ultimo quello al centro dell'attenzione nei casi in cui emerge un malfunzionamento nell'inchiesta nata dalle delazioni di un informatore. Sembra

La presenza delle attuali regole di procedura regolanti la materia determina ad esempio l'impossibilità per l'operatore di polizia di trattare con l'informatore senza che

²²⁷ CORNEVIN C., *Les indicis*, Flammarion, Parigi, 2011, pp. 244 ss.

²²⁸ CORNEVIN C., *Plongée au pays des "indicis" du Quai des Orfèvres à Bercy*, *Le Figaro Magazine*, 1° ottobre 2001, p. 36

qualcuno della sua scala gerarchica ne venga a conoscenza e la necessità di un controllo da parte di quest'ultima.

Certo allo stesso tempo il sistema, disciplinato con norme di dettaglio sconosciute in Italia, dove la materia del rapporto polizia-informatore e della eventuale retribuzione continua ad essere regolata dalla prassi, fornisce anche maggiori garanzie all'operatore che segue delle precise regole e sottopone il suo operato al controllo di un superiore che funge da revisore della procedura.

§ 2. I pentiti. Le ricadute sul piano sanzionatorio

Nell'ordinamento francese – analogamente a quello italiano – sono tradizionalmente presenti norme che prevedono esenzioni o riduzioni di pena per chi denunciando permette di impedire la commissione di reati o di limitarne le conseguenze.

Norme che disciplinavano precise figure di collaborazione con la giustizia vennero introdotte in Francia prima negli anni 60 e poi, soprattutto negli anni 80, per lottare contro il terrorismo e contro altri gravi reati. La figura (o meglio le figure) di collaboratore con la giustizia presenti nel diritto francese vengono individuate con il termine *repenti*.

Anche se l'evoluzione di alcune minacce criminali e lo sviluppo storico delle relative figure sono corsi a volte parallelamente dai due lati della frontiera e l'introduzione e regolamentazione delle figure di *repentis* ha avuto nell'ordinamento francese uno sviluppo analogo a quello italiano, le figure introdotte e disciplinate dal legislatore transalpino rimangono comunque distanti – come si vedrà – dalle ipotesi di collaborazione processuale “pura” che si sono man mano affermate nell'ordinamento italiano

Le prime ipotesi presenti nell'ordinamento francese prevedevano:

- una esenzione od una diminuzione di pena per i delitti e per i crimini contro la sicurezza dello stato (art. 101 c.p. introdotto dall'ordinanza n. 60-529 del 4 giugno 1960);
- riduzione di pena in caso di liberazione entro cinque giorni di una persona sequestrata (art. 343 c.p.).

Negli anni 80, in maniera molto simile a quanto è accaduto in Italia, venivano introdotte esenzioni e riduzioni di pena per i reati di associazione di malfattori²²⁹ e di terrorismo.

Per quest'ultimo caso la legge n. 86-1020 del 9 settembre 1986, relativa alla lotta contro il terrorismo ed alle minacce alla sicurezza dello Stato, introdusse due misure relative al “pentimento” degli autori di reati tentati o commessi:

- una esenzione di pena «nei casi previsti dalla legge» per coloro che avendo tentato di commettere un crimine, «avendo avvertito l'autorità amministrativa o giudiziaria, hanno permesso di evitare che il reato si compia ed hanno permesso di identificare nel caso di specie gli altri colpevoli» (vecchio art. 463-1, co. 1, c.p.), oltre che per coloro che hanno permesso di evitare che il reato non comporti come sua conseguenza la morte di un uomo e la sua infermità permanente (vecchio art. 463-1, co. 2, c.p.);
- una riduzione di pena (della metà o fino a venti anni in caso di condanna all'ergastolo) sempre «nei casi previsti dalla legge» per coloro che, prima delle indagini, «hanno permesso o facilitato l'identificazione degli altri colpevoli, o, dopo l'avvio delle indagini, ne hanno permesso o facilitato l'arresto» (art. 132-78, co. 2, c.p.).

Infine, la legge Perben II ha utilizzato lo stesso termine “pentito” (*repenti*) in un testo (di carattere) generale, allargando considerevolmente il campo di applicazione di alcuni benefici. Ma tale termine – utilizzato in Italia prevalentemente nel linguaggio giornalistico e meno frequentemente in quello giuridico – in Francia ha un valore sostanzialmente differente che nell'ordinamento italiano.

²²⁹ Legge n. 81-82 del 2 febbraio 1981, Legge n. 83-466 del 10 giugno 1983 e Legge 86-1019 del 9 settembre 1986.

La novità contenuta nella legge del 9 marzo 2004, è costituita dal fatto che al fine di agevolare la scoperta dei reati di criminalità organizzata essa ha previsto una riduzione eccezionale di pena per il pentimento tardivo. Questa riduzione può arrivare fino ad un terzo della pena comminata od a cinque anni per una condanna all'ergastolo sul previsto tempo di prova per la liberazione condizionale, se le dichiarazioni rese hanno permesso di far cessare o di evitare la commissione di un reato di criminalità organizzata. La decisione è presa da un tribunale dell'applicazione delle pene dopo un dibattito in contraddittorio (art. 721-3 c.p.p.).

La dottrina francese riconosceva già la figura del "pentito" quando si trattava di favorire la rivelazione di informazioni suscettibili di prevenire la commissione di un nuovo crimine o, almeno, di limitarne gli effetti, incoraggiando gli autori dei reati a rivelare le informazioni che erano in loro possesso²³⁰.

Il nuovo testo dell'art. 132-78 del codice penale largamente ispirato alla redazione delle disposizioni di parte speciale anteriori, permette di definire le condizioni necessarie all'applicazione di una diminuzione o di una esenzione di pena per un pentito. Tale disciplina generale della figura del pentito non significa però che la tecnica sia applicabile a tutti i reati. La scelta legislativa, più volte esaminata a proposito della legge Perben II, è stata quella di redigere una lista di reati, precisando che i relativi principi non possono applicarsi che «nei casi previsti dalla legge».

Se si va a esaminare il testo generale contenuto nell'art. 132-78, inserito dalla legge Perben II, che ha innovato cambiando il carattere particolare della legislazione fino ad allora in vigore ed ha introdotto un principio generale, si può vedere che il termine «*repenti*» va piuttosto ad indicare una tipologia di collaborazione che, a differenza che nell'ordinamento italiano, può essere definita «sostanziale» e non processuale.

Infatti il codice penale francese prevede anche nella nuova formulazione del 2004 la descrizione di fattispecie che prevedono – al contrario delle corrispondenti figure dell'ordinamento italiano – un *facere* antitetico alla condotta criminosa che deve

²³⁰ MIHMAN A., *Exemption et réduction de peine pour le repentis : apport de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II »*, in *Droit Pénal*, 2005, p.6.

determinare una riduzione del danno o dell'esposizione a pericolo del bene, consentendo così :

- l'esenzione di pena «nei casi previsti dalla legge» per il soggetto che ha tentato di commettere un crimine od un delitto e «avendo avvertito l'autorità amministrativa o giudiziaria, ha permesso di evitare il compimento del reato, e all'occorrenza di identificare gli altri autori o complici» (art. 132-78, co. 1, c.p.);
- la riduzione di pena «nei casi previsti dalla legge» per il soggetto che, avendo commesso un crimine o un delitto, «avendo avvertito l'autorità amministrativa o giudiziaria, ha permesso di far cessare l'infrazione, di evitare che l'infrazione produca un danno o di identificare gli altri autori o complici» (art. 132-78, co. 2, c.p.).

Condizioni di applicazione. Il primo comma dell'art. 132-78 richiede dunque per le esenzioni di pena tre condizioni:

- la persona che ha tentato di commettere un crimine o un delitto deve avvertire l'autorità amministrativa o giudiziaria,
- il reato inizialmente previsto non deve essersi concretizzato,
- la denuncia deve permettere di impedire la realizzazione del reato.

Proprio in relazione alle possibilità di esenzione dalla pena, la redazione della norma non sembra lasciare spazio a dubbi: occorre che il reato (*rectius*: la condotta perfezionatrice dello stesso) sia interrotto nel suo sviluppo ed occorre inoltre un ulteriore nesso di causalità, deve cioè essere necessariamente la condotta del pentito a causare il risultato positivo di impedire la realizzazione del reato, presupposti che come abbiamo visto non sono per nulla richiesti dalla disciplina italiana della collaborazione.

Per quanto riguarda le riduzioni di pena, l'analisi delle condizioni di applicazione conduce alle medesime conclusioni: per l'ordinamento francese la denuncia del *repenti* deve permettere di far cessare il reato o di evitare che esso non produca danni ulteriori.

La formulazione degli articoli del codice penale che prevedono questo principio di carattere generale autorizzano pertanto a pensare che l'apporto minimo della

denuncia del pentito debba essere il raggiungimento di tali risultati e che, di conseguenza, il semplice fatto di agevolare le indagini nel loro sviluppo non possa essere ritenuto sufficiente. Questa interpretazione è rinforzata dalla non estensibilità del meccanismo al reato di omicidio (*assassinat*). In effetti, perfezionandosi il reato con la morte della vittima, il solo effetto che la denuncia di un pentito potrebbe determinare sarebbe appunto quello di facilitare lo sviluppo delle indagini, ma in nessuna caso di tutelare il bene della vita e l'integrità fisica della vittima²³¹.

Pertanto, in considerazione della definizione contenuta nel testo legislativo e dell'analisi del suo contenuto, la figura giuridica del *repenti* francese presenta dei caratteri che la rendono prossima alle ipotesi di desistenza e ravvedimento attivo disciplinate dall'art. 56 del codice penale italiano, dal momento che essa prevede – come queste ultime – i requisiti dell'eliminazione o dell'attenuazione del danno o la circoscrizione del pericolo nel quale si concretizza l'offesa. Al contrario, come si è già visto, l'ottenimento dei vantaggi per il collaboratore di giustizia italiano non è per nulla subordinato all'ottenimento di un risultato positivo.

Occorre anche evidenziare che dopo la legge Perben II l'esenzione di pena è stata estesa in maniera generale a diversi reati, anche molto gravi e che riguardano la criminalità organizzata nella legge del 9 marzo 2004. Questo allargamento del campo d'applicazione dell'istituto deve – secondo le intenzioni del legislatore – consentire una repressione più efficace di reati particolarmente difficili da sanzionare: omicidio (*assassinat*) (art. 221-5-3 c.p.), torture ed atti di barbarie (art. 222-6-2 c.p.), traffico di stupefacenti (art. 222-43-1 c.p.), rapimento e sequestro (art. 224-5-1c.p.).

Tuttavia, questo solo atteggiamento di favore all'incitamento alla delazione è stata sufficiente a far sorgere per il legislatore francese preoccupazioni o dubbi relativamente al fondamento ed alla legittimità della nozione di “pentito”.

Al contrario, le condizioni di applicazione delle misure hanno suscitato un dibattito molto meno vivo. La ragione può essere legata alla precedente esistenza di tali misure, in particolare per i reati di associazione di malfattori e di terrorismo²³².

²³¹ MIHMAN A., op. cit., p. 8.

²³² MIHMAN A., op. cit., p.7.

La legge del 9 marzo 2004 ha anche introdotto un articolo 706-63-1 nel codice di procedura penale, con lo scopo di assicurare la protezione dei pentiti indicati dall'art. 132-78 del codice penale e dei membri delle loro famiglie o dei parenti prossimi. Queste persone beneficeranno di una protezione ed eventualmente di misure destinate ad assicurare il loro reinserimento. Esse potranno anche, sulla base di decisione motivata del presidente del tribunale di grande istanza, far uso di una identità di copertura. La rivelazione di questa identità costituisce un delitto, e se la rivelazione ha causato delle offese all'integrità fisica dei pentiti o dei loro parenti, le pene sono aggravate.

Le misure di protezione e di reinserimento sono definite da una commissione nazionale la cui composizione viene stabilita da un decreto del Consiglio di Stato.

§ 3. La testimonianza anonima

Come si è già osservato nell'esposizione che precede, la scelta del legislatore italiano è stata quella di non rinunciare mai alle regole sulla formazione della prova in dibattimento, in totale coerenza con i principi del processo accusatorio. Inoltre il principio del contraddittorio della prova è stato rinforzato, con l'introduzione del principio nel testo costituzionale ed il conseguente rafforzamento dei diritti della difesa.

L'articolo 111 della Costituzione italiana, nella sua nuova formulazione²³³, ha introdotto in costituzione i seguenti principi:

- l'accusato ha facoltà «davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» (art. 111, co. 3 Cost.);
- il processo penale è «regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» (art. 111, co. 4 Cost.);
- «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.» (art. 111, co. 4 Cost.).

²³³ Questo articolo è stato modificato dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999 n.2.

Le regole dell'oralità e del contraddittorio nella testimonianza rappresentano certamente una forte garanzia per la difesa. Di conseguenza la testimonianza, per poter essere utilizzata come mezzo di prova, deve provenire da persona presente in udienza e da un esame condotto da tutte le parti del processo in corso, il cui scopo è verificare la veridicità di quanto affermato e di giungere alla formazione della prova.

Nel sistema italiano il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice, di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte (art. 198, co. 1 c.p.p.).

Per la legge italiana dunque la testimonianza anonima – non prevista in linea di principio – è assolutamente incompatibile con il dettato costituzionale e con le norme del codice di procedura penale, dal momento che l'anonimato dei testimoni contrasta totalmente con il principio di formazione della prova in contraddittorio.

Il legislatore francese ha dovuto fronteggiare problemi analoghi connessi all'esigenza di non rinunciare al contributo probatorio proveniente da categorie di testimoni particolarmente esposte a minacce o ritorsioni da parte di appartenenti alla criminalità organizzata. La giustizia penale non può permettersi di rinunciare a condannare l'accusato perché i testimoni sono stati "dissuasi" dal testimoniare in maniera sincera.

Quale che sia la loro identità ed il tipo di reati per i quali essi forniscono il loro contributo, in alcuni casi i testimoni corrono il rischio di essere esposti a forme di intimidazione e a rappresaglie. È palesemente riconosciuto che in certi ambiti di criminalità organizzata c'è un notevole rischio che dei testimoni siano facile bersaglio di intimidazione, derivante anche solamente dal timore provocato dalla sola esistenza di una organizzazione che gode della reputazione di commettere atti di violenza e di rappresaglia.

Di fronte a tale problema, la risposta messa in atto dal legislatore francese sul come utilizzare il contributo probatorio proveniente da particolari categorie di testimoni è stata totalmente differente da quella italiana. Anche la legge francese ha infatti scelto di privilegiare le esigenze di sicurezza del testimone minacciato, ma in maniera molto

differente rispetto alla soluzione adottata dalla legge italiana per salvaguardare tale priorità.

La soluzione adottata dai francesi per impedire che la sicurezza dei testimoni minacciati o «a rischio» e la stessa giustizia penale siano minacciate è stata quella di mettere in opera leggi e meccanismi appropriati per aiutarli e proteggerli, assicurando il loro anonimato, anche a rischio di comprimere in certe situazioni le garanzie difensive.

Sono stati in tal modo progressivamente introdotti diversi livelli di tutela, dalla domiciliazione del testimone presso il servizio che si occupa delle indagini (mancata rivelazione parziale dell'identità del teste) fino ad arrivare al vero e proprio “testimone anonimo”, persona che rende la sua deposizione relativamente a fatti od avvenimenti che ha personalmente constatato agli investigatori incaricati delle indagini, e successivamente all'autorità giudiziaria, ma senza rivelare la sua identità all'accusato ed alla sua difesa (mancata rivelazione totale).

In via generale l'ordinamento francese non ammette l'anonimato e gli atti giuridici devono essere sempre firmati, ma il principio secondo il quale l'accusato ha il diritto di interrogare o di far interrogare i testimoni a carico soffre in Francia di questa sola eccezione, quella dell'anonimato del testimone. Sul piano dei principi del processo equo, il ricorso a dichiarazioni di persone che desiderano restare anonime sembra incompatibile con i diritti della difesa e con il principio di un dibattito contraddittorio, e l'impossibilità di procedere all'identificazione della persona mette di fronte, necessariamente, ad una vasta gamma di interrogativi.

Vanno a questo punto analizzate le regole introdotte dal legislatore francese in materia di anonimato dei testimoni finalizzato ad assicurarne la protezione per confrontarle con la normativa italiana introdotta soprattutto per contrastare la criminalità organizzata.

A. Evoluzione della figura e casi di ricorso all'anonimato

Prima dell'introduzione della figura del testimone anonimo in un testo legislativo, la giurisprudenza della *Chambre criminelle* era ostile. Riguardo

all'anonimato in una sentenza del 26 giugno 1984 la Corte di cassazione ebbe ad osservare che «il verbale riportante la deposizione di una persona desiderosa di conservare l'anonimato è colpito da nullità sostanziale a causa della mancanza di elementi sostanziali quali l'indicazione di nome e cognome del teste.».

In vista della protezione dei testimoni a rischio il primo passo fu l'introduzione nel 1995 di un primo grado di protezione del teste consistente nella possibilità di domiciliarlo presso il servizio di polizia procedente. La legge n. 95-73 del 21 gennaio 1995 prevedeva infatti che le persone contro le quali non fosse esistito alcun indizio di partecipazione ai fatti potessero, dietro autorizzazione del procuratore, dichiarare come domicilio il commissariato o la brigata della gendarmeria (vecchio articolo 62-1 c.p.p.). La previsione di tale grado minimo di protezione del teste è ora contenuta nell'art. 706-57 dell'attuale codice di procedura penale.

In un momento successivo la legge n. 2001-1062 del 15 novembre 2001 relativa alla «*Sicurezza quotidiana*», modificata ed ampliata in due successivi passaggi nel 2002 e nel 2004 ha introdotto e sviluppato una disciplina generale del ricorso alla tecnica dell'anonimato del testimone, sottoponendola però a certe condizioni ed inserendola in un sistema di garanzie volte a controbilanciare l'affievolimento dei diritti della difesa.

Il teste anonimo è così divenuto una deroga alle regole generali della procedura penale che prevedono che «i testimoni prestano giuramento di dire tutta la verità, niente (altro) che la verità. Il giudice domanda i loro cognomi, nomi (...), se essi sono parenti o affini delle parti ed a quale grado» (art. 103 c.p.p.).

Il processo verbale relativo alla deposizione di una persona in regime di anonimato può essere comparato al normale processo verbale di audizione del testimone, al quale vengono sottratti gli elementi identificativi del teste e la sua firma²³⁴.

Nella nuova disciplina l'anonimato dei testimoni è garantito a certe condizioni nel corso dell'inchiesta per la deposizione e al momento del giudizio per il confronto. La deposizione anonima del testimone è sottomessa quindi a svariate condizioni che riguardano:

²³⁴ VLAMYNCK H., *Droit de la police*, 2009

- a) la natura del reato perseguito (non è possibile che per i crimini e delitti puniti con almeno tre anni detenzione)²³⁵,
- b) la gravità del rischio, dal momento che la rivelazione della sua identità deve mettere gravemente in pericolo la vita o l'integrità fisica del testimone o quella dei membri della sua famiglia o di persone a lui prossime (art. 706-59 c.p.p.),
- c) la non partecipazione al crimine o delitto, poiché per tali persone ascoltate come testimoni non deve esserci il dubbio o sospetto d'aver commesso o tentato di commettere un reato (art. 706-57 c.p.p.),
- d) l'esercizio dei diritti della difesa (la deposizione anonima non è possibile quando la conoscenza dell'identità della persona è indispensabile per l'esercizio dei diritti della difesa al riguardo delle circostanze nelle quali l'infrazione è stata commessa o della personalità del testimone).

Per quanto riguarda il primo dei citati requisiti si può osservare che l'ipotesi ha teoricamente un vasto campo di applicazione dal momento che la soglia della pena edittale prevista non è particolarmente significativa.

La procedura si svolge nel modo seguente.

La domanda di anonimato è formulata dal procuratore della Repubblica o dal giudice istruttore con richiesta motivata. Questa richiesta deve precisare l'identità del testimone, i motivi per i quali le dichiarazioni devono essere raccolte in forma anonima (art. R53-27 c.p.p.).

La decisione di accordare la protezione dell'anonimato al testimone è presa dal giudice delle libertà e della detenzione (JLD) al quale questa richiesta è trasmessa (art. 706-58 c.p.p.). Il JLD valuta la sua opportunità e restituisce una ordinanza con la quale accetta o rigetta la richiesta: accettandola il giudice autorizza che le dichiarazioni del teste siano raccolte senza che la sua identità compaia nel fascicolo. In seguito a tale autorizzazione l'identità della persona sarà omessa nei verbali e nelle dichiarazioni che renderà. Tali atti saranno uniti al fascicolo della procedura senza alcun nome né firma.

²³⁵ Art. 39 della legge n.2002-1138 del 9 settembre 2002, che modifica l'art. 708-58 del c.p.p.. Nella previsione originale della norma era previsto che la pena edittale per l'autore presunto del reato fosse di cinque anni.

Invece in un altro fascicolo «distinto» verrà conservato un verbale di audizione del testimone, con la sua identità, il suo indirizzo e la sua firma, nel quale la persona precisa la sua scelta di mantenere l'anonimato.

Il giudice della libertà e della detenzione può procedere lui stesso all'audizione del testimone

B. Limiti. Garanzie procedurali illusorie: i diritti della difesa messi in pericolo.

È opportuno mettere subito in evidenza le garanzie messe in opera dalla legge di fronte ai rischi che possono derivare da dichiarazioni in forma anonima.

In effetti l'anonimato non può essere autorizzato quando, avuto riguardo alle circostanze del reato od alla personalità del testimone, «la rivelazione della sua identità è indispensabile per l'esercizio dei diritti della difesa» (art. 706-60, co. 1 c.p.p.).

La dottrina ha formulato delle critiche a tale riguardo. Tale esclusione appare di portata illusoria: indipendentemente infatti dalle condizioni legate alle circostanze della commissione del reato ed alla personalità del testimone, è, in effetti, necessario che l'identificazione della persona sia indispensabile all'esercizio dei diritti della difesa.

La valutazione di quest'ultima condizione può essere effettuata durante la fase dell'istruzione, cioè, spesso, quando nessun sospetto è stato ancora identificato. Diviene così impossibile valutare se la rivelazione dell'identità del teste sia indispensabile per l'esercizio dei diritti della difesa dal momento che nessuno conosce ancora chi dovrà difendersi. Inoltre questa esclusione dell'anonimato del testimone sembra alimentata da un paradosso, poiché la valutazione di ciò che è indispensabile ai diritti della difesa è lasciata all'«obiettivo» apprezzamento del giudice istruttore o della procura²³⁶.

Nel caso in cui l'esclusione dell'anonimato non possa essere ottenuta, la persona messa in esame può contestare la decisione presa dal giudice della libertà e della detenzione. Egli può, entro il termine di 10 giorni, richiedere davanti al presidente della Camera dell'istruzione, il quale delibera con decisione motivata, l'annullamento della

²³⁶ LE CALVEZ J. *Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme* in Rec. Dalloz, n. 40/2002, p. 3025.

procedura di anonimato. Si osservi che la decisione non è suscettibile di alcun ricorso. Si noti che la Corte di cassazione è molto rigorosa avuto riguardo all'impossibilità di rimettere in discussione la decisione del presidente della Camera dell'istruzione.

È facile quindi pensare che il più delle volte il giudice sia chiamato a valutare se il caso in questione riunisca le condizioni previste dall'art. 706-60 in occasione di una richiesta di rimozione dell'anonimato formulata dalla persona messa sotto accusa. Tale misura non può essere ordinata che dal presidente della camera dell'Istruzione – se egli giudica la contestazione giustificata – e se il testimone anonimo vi consenta; altrimenti si può solamente pronunciare la nullità dell'audizione, con una decisione non suscettibile di ricorso e che, tuttavia, deve essere motivata. L'esigenza della motivazione è, evidentemente, svuotata di senso dal momento che nessun mezzo di gravame può essere esperito contro tale decisione.

Peraltro i requisiti di fondo richiesti per la rimozione dell'anonimato non mancano di suscitare serie riserve. Se la prima condizione (le circostanze della commissione dell'infrazione) si basa su un dato obiettivo, la seconda (la personalità del testimone) sembra molto più vaga. Da un lato essa necessita di una evidente valutazione di ordine soggettivo; dall'altro, ed in maniera più grave, essa non può essere utilmente invocata dalla persona perseguita. Quest'ultima ignora, normalmente, l'identità del testimone ed è tecnicamente difficilmente configurabile l'ipotesi di un'istanza di rimozione dell'anonimato basata sulla personalità di un testimone del quale, appunto perché anonimo si sconosce l'identità²³⁷.

Confronto anonimo. Nella fase del giudizio il legislatore ha garantito l'anonimato del testimone protetto, ma ha tentato di rispettare l'esercizio dei diritti della difesa. Per giungervi è stato creato uno strumento innovativo, disponendo la legge che la persona messa sotto accusa o il suo avvocato possano domandare di essere messi a confronto con il teste anonimo. Il confronto deve aver luogo a distanza ed è subordinato alla messa in opera di un processo tecnico deformante la voce del testimone per renderla non identificabile.

²³⁷ LE CALVEZ J., op. cit., p. 3025.

L'articolo 6, § 3 d) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo garantisce ad ogni accusato il diritto «di interrogare o di far interrogare i testimoni a carico». Esso mira ad assicurare una difesa «concreta ed effettiva».

Questo diritto risiede nella possibilità per l'accusato di poter contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore e di fare ascoltare dei testimoni a discarico «nelle medesime condizioni» dei testimoni a carico e costituisce un aspetto particolare del principio del contraddittorio.

Il principio, richiamato da una costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riguarda gli elementi di prova, di cui fanno parte le testimonianze, le quali devono normalmente essere oggetto di un dibattito in contraddittorio. Tuttavia il diritto di interrogare i testimoni non è assoluto, come sottolinea la CEDH, poiché la ricevibilità delle prove riguarda il diritto interno, e spetta al giudice nazionale valutare l'utilità di una offerta di prova per testimoni, con la riserva, tuttavia, che la procedura «nel suo insieme» rivesta un carattere equo.

Le condizioni di fondo per questa rimozione dell'anonimato pongono tecnicamente dei problemi, dal momento che la persona accusata non potrà contrastare la testimonianza che in maniera illusoria perché non potrà avere accesso all'identità del testimone.

Le differenti scelte operate dal legislatore francese e da quello italiano sembrano costituire due differenti risposte giudiziarie al fenomeno della criminalità, in particolare di quella organizzata, ma per certi aspetti esse, con i loro pro ed i loro contro, rappresentano due modi di sviluppare delle scelte strategiche considerabili in qualche modo analoghe.

Per meglio comprendere tutto ciò, bisognerà riprendere e approfondire la categoria del testimone di giustizia nell'ordinamento italiano. In tal modo si potranno apprezzare le reali differenze ed evidenziare l'eventuale esistenza di incoerenze all'interno dei due sistemi.

In Italia i testimoni di giustizia, come si è osservato prima, sono persone al di fuori di gruppi criminali, i quali, a differenza dei collaboratori di giustizia, non

provengono da un contesto criminale. In Italia quando essi sono sentiti riguardo a fatti relativi a reati di criminalità organizzata e messi in pericolo dalle loro dichiarazioni, essi possono essere oggetto di misure di protezione. Tali misure – alla stessa maniera che per i collaboratori – sono graduate secondo il livello dell'esposizione a pericolo e possono andare dalla semplice protezione o sorveglianza da parte delle forze di polizia, all'utilizzo di documenti di copertura fino alla possibilità di essere autorizzati con decreto al cambio di identità.

In Italia, in caso di ammissione al programma speciale di protezione, in maniera analoga ai collaboratori di giustizia, la modifica dell'identità crea per il testimone di giustizia una nuova persona con nuovi dati (cognome, nome, e tutti gli altri dati concernenti lo stato civile e la composizione familiare). I dati che consentono il collegamento della nuova identità alla vecchia sono contenuti in un registro speciale tenuto dal Servizio Centrale di Protezione (art. 14, D.L. n. 8/1991), tramite il quale, ad esempio, gli atti giuridici relativi ai processi vengono notificati al testimone di giustizia. Ma quest'ultimo, nel processo nel quale è chiamato a testimoniare, non è per nulla "anonimo", poiché la sua vecchia identità – o meglio la sua vera identità – è conosciuta a tutte le parti del processo, anche dall'imputato e dal suo avvocato.

Di conseguenza, a differenza che nell'ordinamento francese, il testimone protetto italiano non è "anonimo" nel senso vero del termine, cioè non può nascondere la sua identità anteriore e reale. Piuttosto, per quel che riguarda questo meccanismo si può parlare di una protezione e di una salvaguardia della nuova identità.

Si deve infine sottolineare che questa normativa francese riguarda le procedure messe in opera per crimini o delitti puniti – secondo la nuova formulazione – con «almeno tre anni di detenzione», soglia che può essere considerata relativamente bassa, particolare che conferma la reale intenzione del legislatore per quanto concerne l'applicazione dell'istituto. Malgrado alcuni sembrino preoccupati di restringer l'istituto della testimonianza anonima ai casi di criminalità organizzata e di grande banditismo, lo scopo del legislatore non era quello – o quanto meno non era il solo scopo – poiché

questa nuova procedura è suscettibile di rispondere a delle esigenze reali in situazioni molto più frequenti sul piano della sicurezza pubblica²³⁸.

È arrivato il momento di fare certe considerazioni sulle scelte legislative effettuate dai due legislatori, italiano e francese, nell'ambito delle norme che prevedono dei benefici, e soprattutto per quel che concerne la coerenza delle scelte effettuate con i rispettivi ordinamenti all'interno dei quali tali scelte sono destinate ad operare.

Come si è già visto, di fronte alla minaccia costituita dalle organizzazioni criminali strutturate, il legislatore italiano – tenuto conto che per sradicarle era necessario fare ricorso ad elementi di prova provenienti da associati alle organizzazioni stesse – dopo un lungo dibattito, ha introdotto norme che consentono la collaborazione degli stessi colpevoli, come strumento di prova atipica. Lo strumento, concepito da principio per far fronte a situazioni eccezionali, si è in seguito trasformato in uno strumento di indagine e di ricerca della prova praticamente ordinario, per lottare contro la criminalità, mafiosa ma anche comune. L'attitudine del legislatore italiano e anche di conseguenza la sua politica criminale è stata definita di “infatuazione” verso l'utilizzo generale della collaborazione processuale.

Tuttavia, dopo un periodo di applicazione dello strumento durato già trent'anni, oggi ancora diversi autori – come all'epoca Cesare Beccaria – sembrano individuare delle perplessità di ordine morale di fronte ad una misura considerata come di incoraggiamento alla delazione. In effetti, in cambio di vantaggi personali, il collaboratore di giustizia denuncia i suoi vecchi complici ai quali era prima legato da rapporti di fiducia, e molti scorgono in questo un tradimento moralmente condannabile²³⁹.

L'introduzione in maniera permanente dello strumento della collaborazione ha determinato la rottura della coerenza di questa parte del sistema penale italiano. Per

²³⁸ Rapport d'information n. 3662 de l'Assemblée National - XI Législature - Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, « La mise en oeuvre de la loi 2001-1062 du 15 novembre 2001 ».

²³⁹ BEERNAERT M., op. cit., p. 704.

quanto riguarda quest'ultimo punto, Tullio PADOVANI sottolinea fortemente la netta differenza che esiste tra²⁴⁰:

- le disposizioni che consentono una riduzione di pena già presenti nella tradizione giuridica italiana e previste nel codice penale, caratterizzate dalla previsione di un comportamento antagonista al comportamento tipizzato dell'autore dell'infrazione;
- le fattispecie previste da leggi speciali che tendono a incitare la “dissociazione” e di conseguenza la collaborazione dell'autore dopo la commissione del reato.

Dopo il 2000, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, ha invitato gli stati a prevedere la possibilità di diminuire la pena applicabile, o anche di accordare l'immunità, quando il soggetto coopera in maniera sostanziale alle indagini o nei procedimenti relativi ad un reato di criminalità organizzata. Nella convenzione di Palermo del 2000 è contenuto un invito rivolto agli stati firmatari a:

- prendere «misure appropriate per incoraggiare le persone che fanno parte o hanno fatto parte di gruppi criminali organizzati» a fornire «informazioni utili alle autorità competenti ai fini dell'indagine e della ricerca delle prove (art. 26, *Mesures propres à renforcer la coopération*);
- prevedere la possibilità di diminuire la pena, per l'accusato «che collabora in maniera sostanziale all'inchiesta (art. 26 co. 2);
- prevedere la possibilità, «conformemente ai principi fondamentali» del diritto interno dello stato, di accordare l'immunità ad una persona che coopera in maniera sostanziale all'inchiesta (art. 26 co. 3).

Il legislatore francese ha sempre scelto di ricorrere a forme di collaborazione che, a differenza che nel sistema italiano, siano di tipo sostanziale e non procedurale (meccanismo di esenzione o di riduzione di pena per i “pentiti”).

Da questo punto di vista la scelta del legislatore francese del 2004 – di adattare il diritto all'evoluzione della criminalità organizzata, sviluppando ed intensificando

²⁴⁰ PADOVANI T., *La soave inquisizione*, cit.

tecniche di indagine specifiche (l'infiltrazione e l'intercettazione ambientale) – è sicuramente più coerente con il sistema penale nel suo complesso e soprattutto con il principio costituzionale di eguaglianza.

Su quest'ultimo punto si può notare che, con l'introduzione stabile della collaborazione processuale come mezzo di ricerca della prova, resta sempre il problema dell'eguaglianza "esterna" tra le posizioni degli imputati condannati, perché è difficilmente giustificabile il fatto che il legislatore incoraggi la collaborazione processuale solamente per quanto riguarda determinati reati, con la conseguenza che non tutti i colpevoli avranno, quale che sia l'infrazione commessa, la possibilità di essere ricompensati scegliendo di cooperare con la giustizia). Ma nel sistema italiano si può notare anche una più grave violazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, connessa al problema dell'eguaglianza "interna", perché, per quanto concerne i reati per i quali la collaborazione può essere ricompensata, non tutti gli accusati avranno la stessa possibilità di collaborare utilmente, ma solamente i più veloci (nella scelta di collaborare) o quelli piazzati più in alto nella gerarchia del gruppo potranno negoziare con la giustizia. Perché solo essi saranno in possesso in generale di informazioni aventi carattere di "novità", "completezza" ma soprattutto di "notevole importanza per lo sviluppo delle indagini"²⁴¹.

Infine, riguardo al principio di sovranità dello stato, si possono ricordare le parole del BECCARIA, il quale parlando della delazione diceva anche che il tribunale prendendo tali misure «fa vedere la propria incertezza, la debolezza della legge, che implora l'aiuto di chi la offende»²⁴².

Per quanto concerne la normativa sui testimoni, la legge francese privilegia senza dubbio i diritti dei testimoni minacciati, consentendo loro di nascondere totalmente la loro identità di fronte agli accusati ed ai loro avvocati, ma, come si è visto sopra, ciò accade al prezzo del sacrificio, o almeno dell'indebolimento, dei diritti della difesa. Tuttavia questo sistema ha il vantaggio, rispetto a quello italiano di protezione dei testimoni, di non sacrificare la vita e l'integrità (dei diritti) della persona del

²⁴¹ BEERNAERT M., op. cit.; PADOVANI T., op. cit.

²⁴² BECCARIA C., op. cit.

testimone, che in Italia, nei casi più gravi, è lui stesso obbligato a cambiare città ed identità.

Capitolo 2

Il parallelismo dell'estensione in Francia e in Italia

Sezione I. L'esempio dell'“infiltrazione”

Le operazioni di infiltrazione (dette anche « sotto copertura» o *undercover*) consistono nell'attività svolta da uno o più ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che, dissimulando la loro vera identità, si infiltrano all'interno di organizzazioni criminali al fine di raccogliere elementi di prova a carico degli autori di diversi reati ed in certi casi consentirne l'arresto in flagranza. Le operazioni sotto copertura realizzate nei casi previsti dalla legge consentono al personale specializzato delle forze di polizia che si infiltra nel circuito illecito di non essere punito per i reati commessi per poter giungere alla scoperta delle differenti ramificazioni dell'organizzazione criminale.

Lo strumento è risultato spesso risolutivo per la ricerca degli elementi di prova in ambiti di criminalità organizzata e la disarticolazione di strutture criminali complesse, sempre meno permeabili tramite i tradizionali strumenti di indagine. In Italia per migliorarne l'impiego e rendere più efficace l'attività di contrasto alla criminalità organizzata, il legislatore ha regolamentato nel corso degli anni delle forme di infiltrazione che consentono solamente agli organi specializzati di infiltrarsi nel circuito criminale, prima, negli anni 90, nel settore degli stupefacenti e delle armi, poi, a partire dal 2006, in altre ipotesi ben determinate.

In Francia la legislazione in materia di infiltrazione è divenuta una delle più evolute, a livello europeo, capace inoltre di tutelare fortemente l'anonimato degli agenti infiltrati. Per lungo tempo ai soli settori della lotta contro il traffico di stupefacenti e del riciclaggio dei proventi delle associazioni, la possibilità di avvalersi di questa procedura è stata estesa nel 2004 a tutti i settori in cui opera la criminalità organizzata.

§ 1. Le operazioni sotto copertura in Italia

Nell'ordinamento italiano il dibattito sulle operazioni sotto copertura finalizzate ad acquisire elementi di prova tramite l'infiltrazione clandestina di ufficiali di polizia giudiziaria all'interno degli ambienti malavitosi è stato molto vivace nel passato. Per meglio comprendere il contenuto delle soluzioni, frutto dell'elaborazione della dottrina e successivamente della giurisprudenza, occorre precisare la differenza tra le due ipotesi dell'«agente infiltrato» (c.d. *undercover*) e dell'«agente provocatore».

L'agente infiltrato è quello che, inserito organicamente nelle forze di polizia o in collaborazione con esse, pone in essere – nel quadro di una attività d'indagine ufficiale – una condotta di semplice osservazione e di pura limitazione dell'attività illecita altrui. Questa condotta interviene normalmente in presenza di sospetti nei confronti di una o più persone, relativi alla preparazione o commissione di uno o più reati. L'agente infiltrato si infila nelle attività criminali con il solo scopo di raccogliere prove sull'esistenza dei reati o a carico di coloro che li commettono, o per arrestarne in flagranza i responsabili, ma il suo comportamento non si concretizza mai in un ruolo attivo di ideazione o istigazione nella commissione dei reati in questione.

L'agente provocatore, al contrario, è quello che, trovandosi nelle stesse condizioni dell'agente infiltrato e con la stessa autentica volontà di investigare, realizza una condotta «attiva», cioè di ideazione o istigazione, o di esecuzione di uno o più fatti illeciti, che, senza il suo intervento, non si sarebbero mai verificati.

La figura del “semplice” infiltrato non ha mai sollevato problemi particolari, mentre la figura del provocatore è stata sempre caratterizzata da una certa diffidenza sia nella legislazione che nella giurisprudenza.

In Italia l'agente infiltrato è stato oggetto di una elaborazione giurisprudenziale, dagli anni sessanta agli anni ottanta, mancandone una disciplina specifica. Da un punto di vista generale, la giurisprudenza riteneva legittima la condotta dell'ufficiale infiltrato e non punibile la sua condotta, perché essa fosse realizzata nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.). L'esclusione della responsabilità dell'agente infiltrato appartenente alla polizia giudiziaria derivava dunque dall'adempimento del suo dovere, in

correlazione con le norme che obbligano la polizia giudiziaria ad assicurare le fonti di prova dei reati e di ricercarne gli autori (art. 55 c.p.p.). Il contenuto dell'art. 51 del codice penale permetteva di non punire l'infiltrato che, per compiere il suo dovere di ricercare le prove e gli autori dei reati, simulava di essere d'accordo con delle persone in procinto di commetterne uno e provocava in tal modo l'occasione per scoprirlo.

Secondo tale interpretazione dell'art. 51 del codice penale, confermata da recenti pronunce della Corte di cassazione, l'agente sotto copertura poteva non essere punito solamente se aveva compiuto adempiuto il suo dovere e a condizione che la sua condotta si fosse concretizzata in una attività di semplice controllo, osservazione e limitazione dell'attività illecita altrui, senza che egli fosse inserito nell'*iter criminis*²⁴³. Al contrario, l'articolo 51 non giustificava assolutamente il comportamento dell'agente infiltrato che forniva un contributo concreto alla realizzazione del reato, dal momento che la sua attività doveva essere senza alcuna influenza in relazione ad una risoluzione delittuosa dell'autore già esistente, anche se solamente in uno stato latente²⁴⁴.

Successivamente, per rendere più efficiente l'attività di contrasto alla criminalità organizzata, diverse leggi (nel campo del traffico degli stupefacenti, del terrorismo, del riciclaggio di denaro, dell'usura e dell'estorsione, della tratta degli esseri umani e riduzione in schiavitù ed infine della prostituzione minorile) hanno regolamentato nel corso degli anni tali attività di polizia giudiziaria sotto copertura, che talvolta possono concretizzarsi anche come attività di agenti provocatori (come, per esempio, per le consegne controllate).

Gli articoli 97 e 98 del T.U. n. 309/90 e l'articolo 14 della legge n. 269 del 1998 hanno introdotto nel sistema delle cause di non punibilità dell'ufficiale di polizia giudiziaria autore di una condotta di «acquisto simulato» di stupefacenti al fine di acquisire elementi di prova per i delitti relativi alla materia in questione. Tali cause di non punibilità hanno avuto un campo di applicazione molto più ampio di quello che derivava dalla sola applicazione dell'art. 51 del codice penale, norma di carattere

²⁴³ Cass., Sez. I, 14 gennaio 2008, n. 10695.

²⁴⁴ Cass., Sez. VI, 24 gennaio 2008, n. 16163. Cass., Sez. III, 3 giugno 2008, n. 26763.

generale limitata a garantire la non punibilità di chi commette reati nell'adempimento del suo dovere.

Tali nuove tecniche di indagine introdotte del legislatore sono considerate tecniche di indagine speciali (*special investigative techniques*) per consentire agli organi specializzati di infiltrarsi nel circuito criminale e di:

- effettuare operazioni in maniera simulata finalizzate all'acquisizione degli elementi di prova relativi ai delitti specificamente previsti;
- differire od omettere l'esecuzione di atti di sequestro, cattura, o arresto, seguendo l'evoluzione della condotta criminale con la tecnica delle operazioni o consegne controllate.

La disciplina dell'attività di «acquisto simulato» di stupefacenti (art. 97 del T.U. 309/90 nella sua ultima formulazione) era quella sulla quale si era formata anche una costante giurisprudenza, trattandosi del caso più applicato di infiltrazione nel circuito criminale per l'acquisizione di prove, e venne ulteriormente modificata dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49 con un ulteriore allargamento del suo campo di applicazione. La rubrica dell'articolo 97 è passato nel 2006 da «Acquisto simulato di stupefacenti» ad «Attività sotto copertura», passando a regolamentare una figura generale di infiltrazione nel campo della lotta contro i traffici di stupefacenti. L'allargamento seguito alla novella del 2006 prevedeva tra l'altro:

- la possibilità di effettuare l'attività non solo da parte dell'ufficiale di polizia giudiziaria delle unità antidroga, ma anche tramite persona interposta;
- come condotte non punibili non solo quelle dell'acquisto di stupefacenti, ma anche le altre condotte vietate, preparatorie e strumentali;
- la possibilità di utilizzare documenti di copertura (art. 97, co. 2);
- estensione di tali disposizioni alla persona interposta o all'ausiliario (art. 97, co. 4);

Ne è risultata una disciplina tra le più avanzate e complete del panorama normativo internazionale. Una delle innovazioni principali di questa legge è quella di aver dato la possibilità a persone non facenti parte delle forze di polizia di cooperare con l'infiltrato nell'attività sotto copertura. L'agente infiltrato può adesso farsi

collaborare dall'informatore o dal collaboratore di giustizia, che a volte nella pratica non ha ancora preso lo *status* formale di collaboratore, o la situazione del quale non è ancora conosciuta. In realtà, come è ben noto agli operatori di polizia, l'operazione di infiltrazione può svilupparsi solo grazie alla presentazione da parte di soggetti già introdotti nel circuito criminale (così detti «intraneei») o, quantomeno molto vicini a questo, come garanti dell'agente infiltrato.

Prima di questa legge si era cercato di trovare la giustificazione per le condotte dell'*extraneus* nel contenuto dell'articolo 51 c.p. o 348 c.p.. La querelle è stata ormai risolta dal legislatore del 2006 attraverso l'estensione della causa di giustificazione all'*extraneus* che partecipa all'attività sotto copertura.

La nuova norma si è sovrapposta a una giurisprudenza già favorevole all'utilizzo di tali tecniche di indagine. La vera motivazione risiedeva nel fatto che la pratica aveva dimostrato che non era logicamente concepibile alcuna attività di infiltrazione da parte di un ufficiale di polizia giudiziaria che non fosse preceduta dalla presentazione da parte di qualcuno al di fuori delle forze di polizia²⁴⁵.

Infine, la Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 contro la criminalità transnazionale organizzata, ratificata da Italia e Francia, insiste sulla necessità di fare ricorso alle tecniche di indagine speciali per i delitti gravi transnazionali indicati negli articoli 2 e 3 della Convenzione stessa (art. 20 della Convenzione).

In materia sono intervenute prima la legge n. 146/2006 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione e del Protocollo delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale) e poi la legge 136/2010 («Piano straordinario contro le mafie»).

L'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146 ha previsto una disciplina generale – in parte abrogando le norme specifiche in vigore – delle operazioni sotto copertura da adottare nelle procedure relative ai delitti di riciclaggio, quelli nel campo delle armi o degli stupefacenti, in materia di terrorismo o contro la personalità individuale, in particolare consentendo di differire l'esecuzione di misure di detenzione preventiva, dell'arresto obbligatorio in flagranza e dei sequestri, ed anche l'esecuzione delle

²⁴⁵ BARBIERA S., *Operazioni sotto copertura e consegna controllata. Le tecniche d'indagine sul narcotraffico*, in *Quaderni dell'Osservatorio sulla rappresentanza dei cittadini*, 5/2009, p.14.

consegne controllate. A seguito di questa legge gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia, dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, appartenenti ai servizi specializzati o alla D.I.A. non sono punibili quando, nel corso di specifiche operazioni ed al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti in materia di sostanze stupefacenti, essi danno rifugio o assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano sostanze stupefacenti o compiono attività prodromi che o strumentali. Quindi anche quando compiono tali attività in relazione a denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni che costituiscono l'oggetto, il prodotto, il profitto o mezzo per commettere il delitto o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne permettano l'impiego.

Si può quindi riassumere la disciplina generale di tale tipologia di operazioni nella seguente maniera:

- a) Le cause speciali di non punibilità stabilite in materia di operazioni sotto copertura rilevano quando le condotte del personale infiltrato consistono in linea generale nei comportamenti sopra indicati.
- b) Tali condotte devono essere tenute con il solo scopo di acquisire elementi di prova considerevoli per specifici delitti.
- c) Le condotte di infiltrazione attiva non possono essere tenute sul fondamento delle determinazioni autonome degli stessi ufficiali di polizia giudiziaria, ma in generale durante delle operazioni espressamente disposte dagli organi di vertice delle tre forze di polizia, o con una delega specifica da parte dei responsabili a livello interprovinciale o degli organi centrali.
- d) Solamente gli ufficiali di polizia giudiziaria dei servizi centrali o interprovinciali o della D.I.A. possono realizzare l'esecuzione delle operazioni di infiltrazione.
- e) L'organo che dispone le operazioni in questione deve prima informarne il pubblico ministero titolare dell'indagine, comunicando anche il nome dell'ufficiale di polizia giudiziaria che è responsabile dell'operazione e dei suoi collaboratori.

Per quanto concerne la possibilità di utilizzare nel processo le dichiarazioni dell'agente infiltrato, occorre precisare che, grazie alla causa di giustificazione prevista

nell'articolo 97 del T.U. 309/90, la condotta dell'infiltrato è divenuta assolutamente lecita, con la conseguenza che l'ufficiale di polizia giudiziaria autorizzato che ha acquistato la sostanza stupefacente non deve mai essere accusato, neanche nella fase delle indagini preliminari, e dunque le sue dichiarazioni possono essere direttamente utilizzate²⁴⁶.

La validità dello strumento investigativo, il crescente interesse per gli strumenti di indagine non convenzionali e le possibilità che apre il suo impiego in termini di disarticolazione nei confronti di sodalizi criminali, nel traffico delle sostanze stupefacenti ma non solo, hanno indotto il legislatore a riformare ulteriormente il contenuto dell'articolo 9 della legge n. 146/2006, introducendo delle regole volte a divenire l'unico riferimento normativo dello strumento dell'infiltrazione, per tutte le fattispecie in cui ciò è possibile.

Il punto di partenza per l'azione riformatrice del Governo nel suo «Piano straordinario contro le mafie», legge 13 agosto 2010 n. 136, nel è stato appunto l'articolo 9 della legge n. 146/2006.

Il riordino della disciplina delle operazioni sotto copertura prevede la vigenza dell'articolo 9 della legge 146/2006, unica norma di riferimento per tutta la disciplina delle operazioni sotto copertura, completando in maniera definitiva la linea intrapresa dal legislatore proprio con la riforma del 2006.

Era stato infatti posto un freno al continuo susseguirsi negli anni precedenti di singole disposizioni legislative con conseguenti difficoltà interpretative. La novelle del 2010 costituisce un significativo perfezionamento della disciplina, nell'ottica di una definitiva eliminazione della parcellizzazione sistematica e contenutistica delle disposizioni in materia²⁴⁷.

²⁴⁶ BARBIERA S., op. cit., p.16

²⁴⁷ AURICCHIO A., *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida al Diritto – Il sole 24 ore*, n.39, ottobre 2010.

Dall'articolo 9 della legge 146 erano restate infatti incomprensibilmente escluse proprio le operazioni speciali in materia di stupefacenti che continuavano ad essere regolate dal Testo Unico n. 309/1990²⁴⁸.

Con intervento del 2010 si è provveduto a rimodulare l'articolo 97 con un rinvio alla disciplina dell'articolo 9 della legge 146 e ad abrogare il successivo articolo 98 che disciplinava le modalità applicative e autorizzative in caso di ritardo od omissione degli atti di cattura, arresto o sequestro, anche queste ora contenute nell'articolo 9 della legge 146/2006.

I reati per i quali è possibile avvalersi dello strumento dell'infiltrazione da parte di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria sono adesso, oltre ai reati in materia di sostanze stupefacenti (T.U. n. 309/1990), anche i seguenti reati:

- estorsione (art. 629 c.p.),
- usura (art. 644 c.p.),
- favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art 12 co. 1, D. L.vo n. 286/1998),
- traffico illecito di rifiuti (art. 260 D. L.vo n. 152/2006),
- delitti di eversione e delitti commessi con finalità di terrorismo,
- sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).

Un'altra importante novità in tema è poi l'introduzione di altre significative modifiche sul piano processuale le quali consentono di intervenire definitivamente su alcune disfunzioni legate alla sicurezza personale dell'operatore sotto copertura, e di tutti coloro di cui si può valere, ed al suo utile contributo testimoniale.

Il comma 3 dell'art 8 della legge n. 136/2000 modifica l'articolo 497 del codice di procedura penale («Atti preliminari all'esame dei testimoni») inserendo il comma 2 bis che consente agli ufficiali di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, se chiamati a deporre in ordine alle attività svolte sotto copertura, la possibilità di utilizzare le generalità di copertura in ogni stato e grado del procedimento

Il comma 4 dell'art. 8 inserisce il comma 1 bis all'articolo 115 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale in materia di annotazioni e verbali il quale

²⁴⁸ Art. 97 «Operazioni sotto copertura» ed art. 98 «Ritardo o omissione degli atti di cattura, di arresto o di sequestro».

prevede adesso la possibilità di utilizzare nella sottoscrizione delle annotazioni riguardanti le attività di indagine condotte nel corso delle operazioni sotto copertura, le generalità di copertura utilizzate dall'ufficiale di polizia giudiziaria.

Un'ultima modifica degna di nota riguarda l'articolo 147 bis delle disposizioni di attuazione la cui rubrica è stata modificata («Esame degli operatori sotto copertura delle persone che collaborano con la giustizia (...)») ed a cui aggiungendo il comma 1 bis che estende a questa categoria di soggetti le cautele necessarie alla tutela e alla riservatezza, allo stesso mod che per i collaboratori di giustizia.

§ 2. L'*infiltration* in Francia

La legge del 19 dicembre 1991 n. 91-1264 relativa al rafforzamento della lotta contro il traffico di stupefacenti, ha modificato il Codice della sanità pubblica ed il Codice delle Dogane (art. 67 bis) ed ha introdotto una regola generale che esclude la possibilità di punire gli agenti di polizia giudiziaria e gli agenti delle dogane:

- che procedono alla sorveglianza «inattiva» della produzione o dell'approvvigionamento di sostanze stupefacenti o di piante classificate come stupefacenti;
- che compiono un atto di acquisto, detenzione, trasporto o consegna di queste sostanze o piante mettono a disposizione degli autori dei delitti in materia di stupefacenti strumenti di carattere giuridico, o di trasporto, deposito e di comunicazione.

Nella prima ipotesi era sufficiente informare preventivamente il procuratore della Repubblica o il giudice istruttore, mentre nella seconda era necessaria l'autorizzazione del procuratore della Repubblica e lo svolgimento dell'attività sotto il suo controllo. Nella redazione di tali norme il legislatore ha tenuto in conto l'esperienza e la pratica francesi delle indagini nel settore degli stupefacenti, nel quale erano stati elaborati differenti modelli d'infiltrazione:

- 1) le consegne sorvegliate (*livraisons surveillées*), che consistono in un semplice comportamento inattivo da parte degli agenti di polizia giudiziaria o delle dogane che si limitano a seguire e documentare – senza intervenire – le transazioni illecite del gruppo criminale oggetto di indagine;
- 2) le consegne controllate (*livraisons contrôlées*), nelle quali si ha invece una condotta attiva da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria i quali intervengono nei passaggi dello stupefacente (acquisto, trasporto, detenzione e vendita), realizzando personalmente atti di conservazione o smistamento, compiendo anche condotte criminali «in servizio comandato».

Con l'adozione di questo testo il legislatore aveva regolamentato il sistema della consegna controllata, conferendo al procuratore della Repubblica un ruolo essenziale e consentendogli di partecipare alla decisione sull'infiltrazione e sul seguito dell'operazione. In tal modo le ipotesi di infiltrazione sono rimaste per molti anni limitate soprattutto al campo della lotta contro il traffico di stupefacenti, dove, grazie anche all'impronta mediatica di certi casi di consegne controllate organizzate dalle Dogane, l'importanza di tale strumento di indagine era nota dall'opinione pubblica.

Successivamente altri paesi europei hanno adottato norme più penetranti e specifiche nel settore, valutando i vantaggi di tali strumenti di indagine. Il legislatore francese, constatando l'espansione della pratica dell'infiltrazione ed il rischio di un vuoto normativo, ha deciso di regolamentare la materia soprattutto nel campo della criminalità organizzata. La Francia si è in parte ispirata alla normativa straniera per la legge 9 marzo 2004, ma cercando di colmare eventuali lacune.

La legge Perben II ha esteso questo tipo di procedura nel 2004 a tutti i campi della criminalità organizzata. Le operazioni di infiltrazioni sono oggi regolate dagli articoli da 706-81 a 706-87 del codice di procedura penale.

Secondo la definizione del codice di procedura penale «L'infiltrazione consiste per un ufficiale o agente di polizia giudiziaria (...) nel sorvegliare persone sospettate di commettere un crimine o un delitto facendosi passare, agli occhi di queste persone, come uno dei loro coautori, complici o ricettatori. L'ufficiale o agente di polizia

giudiziaria è a tal fine autorizzato a far uso di una identità di comodo ed a commettere se necessario gli atti menzionati dall'art. 706-82» (art. 706-81, co. 2, c.p.p.).

L'infiltrazione non è possibile che in materia di criminalità organizzata cioè per i reati previsti dall'articolo 706-73 del codice di procedura penale dopo il primo ottobre 2004.

Per quanto concerne le ipotesi previste, l'infiltrazione è possibile nel corso dell'inchiesta o dell'istruzione quando le esigenze dell'una o dell'altra lo giustificano (art. 706-81, co. 1, c.p.p.). Essa è dunque autorizzata dal procuratore della Repubblica o dal giudice istruttore dopo il parere dello stesso procuratore della Repubblica, i quali assicurano il controllo dell'operazione (art. 706-81, co. 1, c.p.p.). A pena di nullità, l'autorizzazione deve essere scritta e motivata (art. 706-83, co. 1, c.p.p.).

L'autorizzazione scritta deve menzionare un certo numero di elementi:

- il reato o i reati qui giustificano il ricorso a tale procedura (art. 706-83, co. 2, c.p.p.);
- l'identità dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione (art. 706-83, co. 2, c.p.p.);
- la durata dell'operazione di infiltrazione, che non può superare i quattro mesi, prorogabile nelle stesse condizioni di forma e durata (art. 706-83, co. 3, c.p.p.);

L'autorizzazione è inserita nel fascicolo della procedura dopo il completamento dell'operazione di infiltrazione (art. 706-83, co. 4, c.p.p.).

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che compiono queste operazioni possono, nello svolgimento e sviluppo delle operazioni di infiltrazione, compiere un certo numero di atti che possono comportare la loro responsabilità penale (art. 706-82, c.p.p.):

- acquistare, detenere, trasportare, consegnare sostanze, beni, prodotti, documenti o informazioni tratte dalla commissione di reati o destinati alla commissione di reati;
- utilizzare o mettere a disposizione di persone che commettono questi reati mezzi di carattere giuridico o finanziario come mezzi di trasporto, deposito, alloggio, conservazione e telecomunicazione.

Tale esonero di responsabilità si applica allo stesso modo per tutte le azioni commesse al solo fine di procedere all'operazione di infiltrazione alle persone cui viene richiesto dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria per permettere la realizzazione di tale operazione (art. 706-82, co. 2, c.p.p.).

Il magistrato che ha autorizzato l'operazione può ordinare la sua interruzione in ogni momento, anche prima dello scadere della durata fissata (art. 706-83, co. 3, c.p.p.). In assenza di interruzione, l'operazione di infiltrazione termina alla data fissata nell'autorizzazione. In queste due ipotesi e in assenza di proroga dell'operazione è nondimeno possibile all'agente infiltrato continuare le operazioni di infiltrazione previste dall'articolo 706-82 senza essere penalmente responsabile durante il tempo strettamente necessario per permettergli di arrestare la sua attività in condizioni che assicurino la sua sicurezza senza che tale durata possa eccedere i quattro mesi (art. 706-85 c.p.p.). Questa proroga delle operazioni è subordinata all'informazione nel più breve tempo possibile del magistrato che ha dato l'autorizzazione all'operazione di infiltrazione. Allo scadere di questa proroga di quattro mesi, se l'agente infiltrato non può interrompere l'operazione in un quadro di condizioni che garantiscano la sua sicurezza, lo stesso magistrato ne autorizza la proroga per una durata al massimo di altri quattro mesi (art. 706-85, c.p.p.).

Il controllo del procuratore della Repubblica e del giudice istruttore sull'operazione di infiltrazione è reso possibile in questo caso dall'obbligo, a carico dell'ufficiale di polizia giudiziaria che ha coordinato l'operazione, di redigere un rapporto relativo a questa operazione di infiltrazione (art. 706-81, co. 3, c.p.p.). Questo rapporto comprende gli elementi strettamente necessari alla constatazione dei reati e che non mettano in pericolo la sicurezza dell'agente infiltrato e delle persone cui lui richiede ausilio ai sensi dell'articolo 706-82 (art. 706-81, co. 3, Cpp).

L'articolo 706-87, co. 1 del codice di procedura penale precisa inoltre che «nessuna condanna può essere pronunciata sulla base delle sole dichiarazioni fatte dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che hanno proceduto ad una operazione di

infiltrazione», salvo quando gli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria depongano sotto la loro reale identità (art. 706-87, co. 2, c.p.p.).

Pertanto l'ufficiale di polizia giudiziaria infiltrato può solo essere sentito in qualità di testimone sull'operazione (art. 706-86, co. 1, c.p.p.), ma la persona accusata o che compare in giudizio può essere messa a confronto con questo agente quando essa è direttamente messa in stato di accusa per delle constatazioni effettuate da un agente che ha personalmente realizzato le operazioni di infiltrazione descritte nel rapporto dell'ufficiale di polizia giudiziaria (art. 706-86, co. 2, c.p.p.). in caso di confronto, le domande poste all'agente infiltrato non devono aver per oggetto né per effetto di rivelare, direttamente o indirettamente, la sua vera identità (art. 706-85, co. 2, c.p.p.), in conformità al principio generale secondo il quale l'identità reale degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che hanno effettuato l'infiltrazione sotto una identità di copertura non deve apparire in nessuno stato della procedura (art. 706-84, co. 1 c.p.p.).

Sezione II – Le intercettazioni

Le esigenze di contrasto alla criminalità, anche comune, hanno da tempo consolidato l'uso delle intercettazioni telefoniche come mezzo per ricercare le prove ma a partire dagli anni novanta le nuove esigenze di contrasto alla criminalità organizzata e la necessità di comprendere e disarticolare dall'interno traffici e strutture criminali sempre più complesse, pur lasciando attuale il ricorso allo strumento dell'intercettazione delle conversazioni a distanza, hanno reso più pressante l'esigenza di ricorrere a mezzi tecnici più sofisticati ma allo stesso tempo sempre maggiormente invasivi nei confronti della vita privata delle persone, in quanto consentono di captare, trasmettere e registrare, senza il consenso degli interessati le parole pronunciate da una o più persone nelle conversazioni tra presenti ed anche all'interno di un luogo privato.

La problematica relativa all'ascolto delle conversazioni intercorse tra presenti è, come si può intuire, ancor più delicata di quella relativa alla captazione di conversazioni tra persone distanti perché le operazioni si concretizzano normalmente in un attacco

ancora più aggressivo alla sfera delle libertà individuali ed alla riservatezza dell'individuo.

Le intrusioni disposte dai legislatori nazionali devono misurarsi con il contenuto nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁴⁹ il cui art. 8 stabilisce il principio che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza» (art. 8, co.1) e, con riferimento alle libertà di domicilio e corrispondenza dell'individuo, afferma che «non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell'esercizio di questo diritto a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati» (art. 8, co. 2).

Si prosegue dunque esaminando la normativa italiana sulle intercettazioni telefoniche ed ambientali, per analizzare in seguito le norme che regolamentano i medesimi strumenti nell'ordinamento francese e soprattutto la loro evoluzione dopo la legge Perben II ed infine le differenze esistenti tra i due sistemi riguardo la *sonorisation* e l'infiltrazione.

§ 1. Le intercettazioni in Italia

A. Le intercettazioni telefoniche

Il codice di procedura penale del 1930, emanato in un periodo nel quale le esigenze di difesa sociale erano anteposte nettamente alla tutela delle libertà dell'individuo, consentiva, sia agli ufficiali di polizia giudiziaria (di propria iniziativa e senza alcuna autorizzazione), sia al magistrato – nell'ambito ovviamente delle rispettive competenze investigative e istruttorie – di procedere ad intercettazioni telefoniche senza alcuna limitazione relativa alla natura del reato oggetto di indagine. Il codice disponeva infatti che «gli ufficiali di polizia giudiziaria, per i fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o impianti di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o

²⁴⁹ La Convenzione venne firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848.,

impedire comunicazioni, prenderne cognizione o assumere altre informazioni» (art. 226 co. 3, vecchio c.p.p.).

La situazione mutò con l'avvento della Costituzione del 1948 ed il passaggio ad un sistema maggiormente rispettoso dei diritti dell'individuo e delle loro garanzie. La Costituzione sancisce l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 co. 1 Cost.) e stabilisce che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» (art. 15 co. 2 Cost.).

Con l'avvento della Costituzione (che sanciva la duplice riserva di legge e di giurisdizione) ed alla luce del contenuto dell'articolo 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (che sanciva anch'esso una esplicita riserva di legge) le norme processuali del codice del 1930, che consentivano alla polizia giudiziaria, di praticare, di propria iniziativa, il controllo delle conversazioni telefoniche, rischiavano di apparire illegittime ed in contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento.

La legge del 18 giugno 1955 n. 517 provvide ad un primo adeguamento della disciplina processuale, modificando gli artt. 226 e 339 del codice di procedura penale.

Sulla base della nuova disciplina:

- gli ufficiali di polizia giudiziaria potevano «accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio (soltanto) per trasmettere comunicazioni o assumere informazioni» (art. 226 co. 3 c.p.p.);
- gli ufficiali di polizia giudiziaria potevano intercettare o impedire comunicazioni o prenderne conoscenza, subordinatamente all'«autorizzazione dell'autorità giudiziaria più vicina», che, a sua volta, coerentemente al dettato costituzionale, esercitava tale potere con obbligo di motivazione («la concede con decreto motivato», art. 226 comma 4);
- l'obbligo della motivazione era necessario per ogni ipotesi di accesso finalizzato ad operazioni di intercettazione (art. 339 c.p.p.).

La novella del 1955 adattava il codice alla duplice riserva prescritta dalla Costituzione ma non procedeva ad una regolamentazione dettagliata dei casi e dei limiti entro i quali poteva essere esercitata la facoltà di intercettazione²⁵⁰. Non venivano cioè individuati i reati più rilevanti, sul piano della rilevanza del bene giuridico tutelato, per i quali era opportuno il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova.

A tale regolamentazione – e dunque ad una ulteriore evoluzione in senso garantista della disciplina in questione – si pervenne, in un secondo momento, grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale, la cui fondamentale sentenza 34/1973 costituì la premessa della prima disciplina organica della materia, introdotta l'anno seguente con la legge 8 aprile 1974 n. 98.

In tale decisione, la Corte costituzionale – dopo aver premesso che nell'art. 15 della Costituzione trovano «protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni (...) e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire un bene anch'esso soggetto a protezione costituzionale» – sottolineava la necessità dell'esistenza di:

- «effettive esigenze proprie dell'amministrazione della giustizia» per limitare la segretezza delle comunicazioni;
- «fondati motivi» per ritenere che dalle intercettazioni derivino risultati positivi per le indagini;
- determinazione della durata delle intercettazioni e necessità di «concreta e motivata giustificazione» in caso di eventuali proroghe;
- ricorso a «servizi tecnici» adeguati e idonei a consentire il controllo dell'Autorità giudiziaria anche sulla fase esecutiva delle operazioni.

Ai fondamentali principi stabiliti nella sentenza del 1973 si sono quindi ispirate dapprima le norme della legge n. 98/1974, e successivamente – in senso ancor più garantista – le norme introdotte dal codice di procedura penale del 1989.

Il sistema risulta attualmente disciplinato dal codice secondo lo schema originario previsto dal codice, modificato dalle novelle del 1991 e del 1992 e riguarda –

²⁵⁰ In particolare la nuova disciplina non specificava per quali reati fosse ammissibile il ricorso alle intercettazioni e per quali no.

in un crescendo di garanzie – fondamentalmente quattro casi di controllo delle comunicazioni:

1. i «tabulati», l'acquisizione cioè dei dati esteriori delle comunicazioni (relativi alle utenze chiamate/chiamanti, alla data, ora e durata delle conversazioni, alla posizione approssimativa nello spazio dell'apparecchio telefonico);
2. le intercettazioni telefoniche propriamente dette (captazione e registrazione del contenuto delle conversazioni),
3. le intercettazioni informatiche e telematiche²⁵¹;
4. le intercettazioni tra presenti o intercettazioni ambientali, «comuni» o «domiciliari».

La disciplina è contenuta negli articoli da 266 a 271 del codice di procedura penale.

Nella disciplina del codice sono elencati i reati per i quali è possibile usare lo strumento delle intercettazioni (...). Il pubblico ministero deve chiedere l'autorizzazione al GIP, il quale provvede con decreto motivato «quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini» (art. 267 co. 1). Nel decreto del pubblico ministero sono indicate modalità e durata, che non può superare i quindici giorni con possibilità di proroghe per la stessa durata in presenza degli stessi presupposti (art. 267 co. 3).

Nei casi di urgenza in cui il pubblico ministero intraprenda l'intercettazione senza richiederla al G.I.P. (art. 267 co. 2), al quale deve comunque chiedere la convalida del suo atto e l'autorizzazione a continuare le operazioni di intercettazione, nel decreto deve farsi specifico riferimento all'eccezionalità ed urgenza delle ragioni che lo hanno portato a disporre l'atto con specifico riferimento al grave pregiudizio che il ritardo avrebbe comportato per l'indagine.

Una norma che nel corso degli ultimi anni è stata più volte al centro dell'attenzione e che è stata chiarita nella giurisprudenza della Corte di cassazione è quella contenuta nel terzo comma dell'art. 268 c.p.p. («Esecuzione delle operazioni»),

²⁵¹ Previste dall'art. 11 della legge 23 dicembre 1993 n. 547, recante modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e di procedura penale in materia di *criminalità informatica*.

secondo il quale le operazioni «possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica» e solo quando detti impianti «risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria».

L' inosservanza di tale disposizione è sanzionata dal successivo articolo 271, comma 1 con l' inutilizzabilità dei risultati dell' intercettazione. Il provvedimento del pubblico ministero che dispone l' utilizzo di impianti esterni alla procura della Repubblica deve pertanto essere motivato in ordine ai presupposti che lo legittimano, a pena di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni.

La tematica può considerarsi al momento risolta grazie allo sviluppo tecnologico che consente la così detta «remotizzazione» dell' ascolto. Le Sezioni Unite della Cassazione, hanno sostenuto che la norma dettata dall' art. 268 comma 3 c.p.p. non è applicabile nei casi in cui la polizia giudiziaria si sia limitata a «remotizzare» l' ascolto di conversazioni e comunicazioni intercettate e registrate con impianti localizzati negli uffici della procura²⁵².

In particolare è stato sostenuto che condizione necessaria per l' utilizzabilità delle intercettazioni è che l' attività di registrazione – la immissione cioè dei dati captati in una memoria informatica centralizzata – deve avvenire per mezzo degli impianti installati nei locali della procura della Repubblica, mentre non rileva che le attività di ascolto e verbalizzazione dei dati così registrati vengano svolte negli stessi locali. Le operazioni possono pertanto essere eseguite, in diretta o successivamente, «da remoto» presso gli uffici della polizia giudiziaria. L' attività di riproduzione di quanto registrato mediante tali impianti – e cioè il trasferimento su supporti informatici dei dati che comprendono anche la voce captata – si concretizza nell' esecuzione di un' operazione estranea alla nozione di registrazione, e l' avvenuta «remotizzazione» non pregiudica le garanzie della difesa, alla quale è sempre consentito l' accesso alle registrazioni originali che garantiscono il corretto svolgimento delle operazioni ed il rispetto della regola che «il

²⁵² Cass., sez. I, 26 giugno 2008, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 1386.

pubblico ministero procede alle operazioni personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria» (art. 267, co. 4 c.p.p.).

I dati così captati e registrati costituiscono una fonte di prova e la loro trascrizione deve confluire nel dibattimento perché il loro contenuto acquisisca il valore di prova. Per quanto riguarda la loro utilizzazione nelle diverse fasi del procedimento, la giurisprudenza unanime ritiene che:

- nella fase delle indagini preliminari (o, più in generale, nella fase predibattimentale), i risultati di un'intercettazione legittimamente eseguita possono essere utilizzati anche prima della trascrizione e del deposito previsto dall'art. 268 comma 4 c.p.p. (così, ad esempio, ai fini delle decisioni concernenti le misure cautelari, l'archiviazione, il rinvio a giudizio, il giudizio abbreviato, il *patteggiamento*)²⁵³;
- nella fase del dibattimento, invece, possono essere utilizzate soltanto le trascrizioni; ma la fonte di prova rimane la registrazione e quindi il Giudice, se necessario, può sempre procedere al suo ascolto anche direttamente.

Ancora più delicato è il tema della utilizzazione delle intercettazioni in altro procedimento. A tal proposito l'art. 270 del codice di procedura penale dispone che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

B. Le intercettazioni ambientali per i delitti di criminalità organizzata

Le intercettazioni ambientali (ovvero delle conversazioni tra presenti) – già praticate con successo in altri paesi nelle indagini contro il crimine organizzato – in Italia sono state introdotte e regolate per la prima volta dal codice di procedura penale del 1989.

La disciplina generale dell'intercettazione delle conversazioni tra presenti è disciplinata dall'art. 267 comma 2 del codice di procedura, che nella sua prima parte

²⁵³ Cfr. ad esempio Cass. 16 aprile 1993; 13 maggio 1991; 15 febbraio 1996; 10 maggio 1993.

estende alle intercettazioni ambientali la disciplina prevista per quelle telefoniche. Tuttavia nell'attività di contrasto alla criminalità organizzata, i dati provenienti dall'esperienza dell'applicazione delle norme contenute negli articoli da 266 a 271 del codice di procedura penale dimostravano che i presupposti per l'autorizzazione delle intercettazioni telefoniche ed ambientali erano tali che in pratica la stessa operatività ne risultava fortemente limitata con grandi danni per le indagini contro le associazioni di tipo mafioso, contro le quali le intercettazioni telefoniche, ma soprattutto quelle ambientali rappresentano talvolta lo strumento di indagine più utile nello svolgimento dell'inchiesta.

In effetti i concomitanti requisiti richiesti dei «gravi indizi di reato» e dell'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini costringevano molte volte i giudici a negare l'autorizzazione.

Nell'ipotesi poi di intercettazioni domiciliari il codice di procedura penale – ferma restando la necessità di tutte le garanzie già previste per le intercettazioni in genere – esige una particolare gravità delle esigenze di giustizia che possono giustificare una attività doppiamente *intrusiva*, autorizzando la possibilità di realizzare delle intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale «solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa» (art. 266 co. 2 c.p.p.).

Tale normativa inoltre poteva incoraggiare una erronea interpretazione, secondo la quale l'esistenza dei gravi indizi di reato previsti dall'art. 267 andava valutata soggettivamente e non in relazione alla oggettiva realizzazione di un reato. L'intercettazione di comunicazioni telefoniche rappresenta sovente il primo strumento utilizzato in indagini che si sviluppano in un contesto nel quale non c'è alcun dubbio sull'esistenza di una situazione di soggezione nella popolazione, ma al contrario non si può sapere all'avvio delle indagini chi sono gli associati ed in modo particolare l'identità dei capi dell'organizzazione. È evidente che in questo tipo di indagine, la maggior parte delle volte non possono esserci all'inizio «gravi indizi» contro un soggetto, ma solamente «gravi indizi» di prova sull'esistenza del reato.

Al fine di superare questa grave limitazione all'applicabilità delle norme sulle intercettazioni nel campo della lotta alla criminalità organizzata, l'art. 13 del decreto legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991 n. 203²⁵⁴, ha introdotto delle deroghe alla disciplina generale prevista dagli articoli 266 e seguenti, consentendo l'intercettazione delle comunicazioni quando essa sia semplicemente «necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata» in relazione al quale «sussistano sufficienti indizi». Inoltre la seconda parte dell'art. 13 consente le intercettazioni ambientali domiciliari per i delitti di criminalità organizzata «anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa».

In tal modo, grazie a tale norma, per ottenere l'autorizzazione alle operazioni di intercettazione nei casi di delitti di criminalità organizzata si allargano le maglie dei requisiti necessari per la concessione dell'autorizzazione. In via generale per tutte le operazioni di intercettazione è sufficiente l'esistenza di «sufficienti indizi» e non sono più necessari «gravi indizi» ed il requisito richiesto è quello della «necessarietà per lo svolgimento delle indagini» e non quello della indispensabilità «ai fini della prosecuzione delle indagini». In relazione poi alle intercettazioni domiciliari, si supera l'ostacolo costituito dalla necessità di provare il requisito della consumazione del reato all'interno del domicilio. Esse possono essere autorizzate all'interno delle abitazioni o altri luoghi di privata dimora anche se non c'è ragione di credere che nei luoghi citati sia in corso l'attività criminale.

Si era anche notato che la durata massima di 15 giorni prevista per la conclusione delle operazioni di intercettazione delle comunicazioni costituiva un termine troppo esiguo ed obbligava inoltre il pubblico ministero a chiedere continue proroghe al giudice delle indagini preliminari per non interrompere le operazioni stesse. Bisogna considerare il rischio che solidi elementi di prova per le indagini siano acquisiti in prossimità della scadenza finale in modo che l'esigenza di proroga non può essere

²⁵⁴ «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa»

soddisfatta a causa dei tempi burocratici necessari alla redazione e trasmissione della domanda di proroga.

Per tali motivi il secondo comma del citato articolo 13 ha disposto che la durata delle operazioni non possa superare i quaranta giorni (non più solamente quindici) e che la durata delle eventuali proroghe non possa superare i venti giorni (non più quindici). Inoltre la legge ha previsto che il pubblico ministero possa disporre direttamente ed autonomamente la proroga delle operazioni, fatta sempre salva la convalida del giudice per le indagini preliminari che deve pervenire nelle quarantotto ore seguenti, secondo lo schema previsto dall'art. 267, co. 2 del codice di procedura penale.

La norma ha anche introdotto la possibilità per il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria di farsi aiutare nelle operazioni da agenti di polizia giudiziaria. Essa risponde alla necessità avvertita dalle forze di polizia di consentire che gli agenti di polizia giudiziaria possano procedere alle operazioni materiali, per esigenze di rapidità, anche se con un ruolo di semplice assistenza dei soggetti autorizzati all'esecuzione delle operazioni di intercettazione (che sono il pubblico ministero e gli ufficiali di polizia giudiziaria).

Il principale problema posto dall'enunciato normativo dell'articolo 13 ha riguardato la definizione del suo campo di applicazione. Ciò perché contrariamente all'articolo 266 del codice di procedura penale, l'art. 13 non ha previsto l'enunciazione di una lista dei delitti per i quali è consentito autorizzare le intercettazioni telefoniche o ambientali, ma si è limitato a prevederne l'applicabilità «in relazione ad un delitto di criminalità organizzata». Non è facile precisare i casi nei quali un delitto possa essere qualificato «di criminalità organizzata», ancor più che la normativa generale dell'art. 266 – come si è detto prima – si applica anche a ipotesi di delitti concernenti sostanze stupefacenti, armi, esplosivi, usura e contrabbando, la cui realizzazione implica già senza dubbio una minimo di connotazione organizzativa.

Su questo punto si sono confrontate differenti interpretazioni giurisprudenziali. Secondo l'orientamento maggioritario, nel campo delle intercettazioni di comunicazioni, la nozione di criminalità organizzata alla quale si riferisce l'articolo 13

del D.L. n. 152/1991 deve essere intesa tenendo conto dello scopo della norma, che tende ad inglobare nel suo campo di applicazione le attività criminali più diversificate a condizione che siano realizzate da una pluralità di soggetti che, per la commissione dei reati, abbiano costituito un apparato organizzativo la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti²⁵⁵.

Secondo un secondo orientamento giurisprudenziale minoritario, nel nostro ordinamento giuridico, l'espressione «delitti di criminalità organizzata» ha un ben preciso significato, che tende ad identificare non una autonoma ipotesi, ma piuttosto una categoria di reati chiaramente definiti attraverso l'individuazione analitica delle ipotesi effettuata dagli articoli 407 co. 2 lett. a); 372 co. 1 bis; 51 co. 3 bis.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, hanno privilegiato il primo orientamento. La Corte di cassazione ha sostenuto che la nozione in questione non riguarda solamente i reati di criminalità mafiosa o assimilata, o i delitti di associazione previsti dalle specifiche norme incriminatrici, ma anche qualsiasi associazione per delinquere ai sensi dell'art. 416 del codice penale, finalizzata alle attività criminali più disparate, con l'eccezione del semplice concorso, nel quale non è appunto possibile rinvenire gli elementi costitutivi dell'organizzazione²⁵⁶.

§ 2. Le intercettazioni di comunicazioni in Francia

L'attuale disciplina delle intercettazioni telefoniche (*écoutes téléphoniques*) ed tra presenti (*sonorisations*) è giunta al termine di una lunga evoluzione giurisprudenziale. In particolare proprio le intercettazioni tra presenti sono state compiutamente regolamentate soltanto dalla legge 9 marzo 2004 che le ha espressamente previste per la prima volta nell'ordinamento francese ed ha introdotto un loro quadro completo nella procedura applicabile alla criminalità ed alla delinquenza organizzata.

²⁵⁵ Cass., sez. I, 20 décembre 2004, p.g. in proc. Tomasi, in C.E.D., Cass. n.230454.

²⁵⁶ Cass., Sez. un., 22 mars 2005, Petrarca, in *Cass. Pen.* 2005, p. 2916.

Negli anni 70, a seguito dello sviluppo delle tecniche di ascolto e registrazione clandestina ed in assenza di una specifica disciplina, i magistrati istruttori cercarono più volte di farvi ricorso. La Corte di cassazione francese (Chambre Criminelle) elaborò allora una giurisprudenza destinata a dar validità a al ricorso da parte del giudice a tali mezzi di indagine, sulla base dell'articolo 81 del codice di procedura penale, secondo il quale il Giudice Istruttore procede conformemente alla legge a tutti gli atti che ritiene utili alla manifestazione della verità.

Secondo la giurisprudenza della Chambre Criminelle la registrazione clandestina della voce di una persona dal momento in cui essa era utile alla manifestazione della verità poteva validamente costituire l'oggetto di una commissione rogatoria da parte del giudice istruttore. La dottrina aveva al contrario sostenuto che le argomentazioni della Corte di cassazione non erano convincenti dal momento che l'articolo 81 esigeva la conformità alla legge e, dall'entrata in vigore della legge del 17 luglio 1970, che sanziona in via generale l'uso di apparecchi di registrazione in un luogo privato e senza il consenso degli interessati, registrare la voce senza il consenso dell'interessato costituisce un delitto per l'ordinamento francese. L'entrata in vigore di questa legge fu preceduta da un dibattito sul punto per valutare l'opportunità di un regime derogatorio e sottrarre le intercettazioni disposte dal giudice istruttore a tali disposizioni ma, alla fine nessuna norma con la previsione di un regime derogatorio venne inserita nel testo finale.

La Chambre Criminelle malgrado l'idea di una diversa disciplina derogatoria non si fosse trasformata in alcuna disposizione di legge continuò a ritenere valide le intercettazioni sul fondamento dell'articolo 81 del codice di procedura penale, avvalorando l'opinione che le intercettazioni disposte dal giudice istruttore non rientrassero nel campo di applicazione della la legge del 1970 e che pertanto per esse non si potesse ravvisare l'ipotesi di reato del divieto di registrazione all'interno di un luogo di privata dimora.

Il panorama cambiò in parte nel corso degli anni ottanta. Le intercettazioni telefoniche continuavano ad essere autorizzate nel corso dell'istruzione, senza che nessuna legge disciplinasse in maniera generale le intercettazioni ma solamente in base

ad un favorevole orientamento giurisprudenziale ma la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sulla base dell'art. 8 della Convenzione Europea, ribadì a più riprese il principio che ogni intercettazione, ogni captazione d'immagine, costituendo una ingerenza nella vita privata di una persona, non poteva essere giustificata in una società democratica che sulla base di una specifica disposizione di legge.

A. Intercettazioni telefoniche

La legge del 10 luglio 1991 introdusse gli articoli da 100 a 100-7 del codice di procedura penale, introducendo una regolamentazione delle intercettazioni telefoniche, ammesse finalmente in base ad una norma di legge ma limitate – come peraltro aveva già fatto la giurisprudenza – all'ambito dell'istruzione preparatoria. Successivamente la legge del 9 marzo 2004, in parte modificata dalla legge del 14 marzo 2001 (art. 706-95 c.p.p.), intervenne anche in questo settore ampliando la possibilità di realizzarle a certe condizioni anche alle inchieste di flagranza e preliminari nei procedimenti di criminalità organizzata.

Nelle disposizioni che le prevedono non si trova alcuna definizione di «intercettazioni telefoniche» (*écoutes téléphoniques*). Si trovano delle decisioni della giurisprudenza che stabiliscono in negativo cosa non è l'intercettazione telefonica. Non può essere considerata tale il resoconto fatto da ufficiale di polizia giudiziaria di frasi ascoltate nel corso di una conversazione telefonica sviluppatasi davanti a loro, né lo è l'estrapolare i messaggi dalla messaggeria di un apparecchio di una persona sottoposta a garde à vue. Le operazioni di intercettazioni telefoniche sono quindi nell'ordinamento francese – come in Italia – operazioni tecniche consistenti nell'interporre, per mezzo di una derivazione/duplicazione sulla linea di un abbonato, un procedimento tecnico volto a registrarne le conversazioni a distanza.

La regola generale introdotta dalla legge del 1991 è che le intercettazioni sono ammesse e possono essere ordinate dal giudice istruttore «quando le esigenze

dell'informazione lo richiedono» (art. 100, co. 1 c.p.p.) per reati per i quali la pena prevista deve essere uguale o superiore ai due anni di detenzione.

Dopo la legge Perben II le intercettazioni telefoniche sono possibili in una inchiesta per un reato di criminalità organizzata²⁵⁷. Ciò è possibile in caso di crimini o delitti puniti con almeno dieci anni di detenzione ed occorre che « le esigenze dell'inchiesta lo esigono» (art. 706-95 c.p.p.). In questo caso la procura ne richiede l'autorizzazione al giudice delle libertà e della detenzione.

Anche per le intercettazioni per la ricerca e la cattura di una persona ricercata per un mandato d'arresto il pubblico ministero richiede l'autorizzazione al giudice delle libertà e della detenzione (art. 74-2 c.p.p.).

Dalle norme citate si evince che in ogni caso – istruzione o inchiesta – le operazioni di intercettazione possono essere disposte da giudice istruttore o JLD, ma la procura non può farlo in nessun caso.

Per quanto riguarda la durata, durante l'istruttoria il giudice istruttore può disporre delle intercettazioni per una durata al massimo di quattro, con possibilità di proroga. Durante l'inchiesta il giudice delle libertà e della detenzione le autorizza invece per la durata di un mese con una sola possibilità di proroga di eguale durata²⁵⁸.

La decisione del giudice istruttore che avvia la procedura ordinaria di intercettazione di comunicazioni telefoniche costituisce un atto dell'istruzione. Egli provvede mediante una commissione rogatoria delegando un ufficiale di polizia giudiziaria.

Come nel sistema italiano, l'avvio delle attività è indicato in un processo verbale di inizio operazioni e da quel momento si procede alla registrazione ed alla trascrizione di ciò che è «utile alla manifestazione della verità».

A differenza di quanto visto per l'ordinamento italiano, il codice non detta alcuna norme per risolvere il problema della utilizzabilità delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello in cui sono state ordinate. La questione è stata risolta

²⁵⁷ Il riferimento è ovviamente alla lista di reati dell'art. 706-73 c.p.p.

²⁵⁸ Inizialmente la legge del 9 marzo 2004 prevedeva una durata di 15 giorni, rinnovabili una volta per la stessa durata, ma il termine era evidentemente troppo corto per le inchieste complesse.

dalla giurisprudenza favorevolmente alla utilizzabilità in un fascicolo istruito da un diverso giudice istruttore a condizione che sia però rispettato il principio del contraddittorio.

Malgrado l'ipotetica garanzia del controllo da parte di un diverso giudice istruttore, non è semplice per la persona indagata nell'ambito di un procedimento far valere le sue ragioni in un'altra e diversa procedura ed in particolare contestare la regolarità dell'intercettazione avvenuta nell'ambito di un altro fascicolo. Per tale motivo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo ha condannato la Francia nel 2005259.

B. La procedura di *sonorisation*

Nella seconda metà degli anni novanta le nuove esigenze di contrasto alla criminalità organizzata e la necessità di comprendere e disarticolare dall'interno traffici e strutture criminali sempre più complesse, lasciavano sempre attuale la necessità di ricorrere alle intercettazioni telefoniche per la ricerca della verità, ma rendevano ancor più pressante l'esigenza di ricorrere a mezzi tecnici sempre più sofisticati ma allo stesso tempo sempre maggiormente invasivi nei confronti della vita privata delle persone.

La problematica relativa all'ascolto delle conversazioni intercorse tra presenti all'interno di un veicolo o di un luogo di privata dimora è, come si può intuire, ancor più delicata di quella relativa alla captazione di conversazioni tra persone distanti perché le operazioni si concretizzano normalmente in un attacco alla sfera delle libertà individuali ed alla riservatezza dell'individuo che è ancora maggiore e di «carattere estremamente intrusivo».

La problematica relativa alla possibilità di autorizzare e realizzare delle intercettazioni ambientali nel domicilio o nella vettura dell'indagato – ovviamente sotto il controllo del giudice – era oggetto di dibattito prima della legge Perben II a causa dell'assenza di una specifica disciplina e, allo stesso tempo, dell'indubbia utilità che un

²⁵⁹ CEDH, 29 marzo 2005, *Matheron c/ Francia*, D. 2005, 1755

crescente numero di magistrati ed investigatori riconoscevano allo strumento nell'ambito delle indagini contro la criminalità organizzata anche transnazionale.

Tra l'altro l'introduzione di simili strumenti di indagine e l'uso che se ne faceva nei paesi vicini, tra i quali l'Italia, impediva alla Francia di fornire un adeguato supporto nel caso di soggetti indagati da altri ordinamenti che entravano con i loro veicoli in territorio francese. I giudici cercavano di servirsi dello strumento in questione autorizzando le intercettazioni ambientali sulla base dell'art. 81 del codice di procedura penale e per analogia con le disposizioni che regolavano l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche (artt. 100 e ss. c.p.p.).

In un lasso di tempo molto ristretto la Corte di cassazione aveva dato due differenti risposte ai problemi posti dall'utilizzo di uno strumento non disciplinato ma così invasivo.

La Corte di cassazione aveva ammesso la liceità dell'utilizzo delle sonorisations in una decisione del 1999, sostenendo che in applicazione degli articoli 81 co. 1, 151 e 152 del codice di procedura penale, il magistrato istruttore poteva disporre attraverso una commissione rogatoria «al fine della constatazione dei reati, tutti gli atti dell'informazione utili alla manifestazione della verità, compresa la registrazione di conversazioni di carattere privato», purché tali misure abbiano luogo sotto il suo controllo e in condizioni tali da non arrecare pregiudizio ai diritti della difesa²⁶⁰.

La sentenza trattava chiaramente il punto ma non poteva ritenersi esaustiva per il semplice motivo che per la struttura del caso in questione la Corte di cassazione era chiamata a pronunciarsi solo su una parte delle problematiche che andavano manifestandosi e che avrebbero costituito negli anni seguenti (anche dopo l'entrata in vigore della legge Perben II) il nocciolo del dibattito.

Nella fattispecie si trattava di un appartenente alle forze di polizia che aveva simulato l'accettazione dell'offerta di somme di denaro in cambio di informazioni. Erano state pertanto ordinate dal giudice istruttore incaricato dell'affare due distinte commissioni rogatorie che autorizzavano – per una durata di quattro mesi – captazione,

²⁶⁰ Cass. Crim. 23 nov. 1999, Bull. crim. n. 260.

trasmissione e registrazione delle conversazioni intercorse tra il funzionario ed i suoi interlocutori nonché la sonorisation del suo veicolo di servizio.

La sentenza in questione, al di là delle questioni sulla realizzabilità di tali operazioni e sul valore delle prove così acquisite, ne poneva di altre, ma non quella che si sarebbe ripetutamente presentata in tutte le più importanti sentenze sul tema dopo il 2004. Essa cioè non aveva modo di affrontare tutte le altre questioni relative alle violazioni ripetute delle libertà della persona (ed in particolare della violazione della libertà del domicilio) che la giurisprudenza successiva avrebbe dovuto risolvere in relazione all'installazione e messa in funzione dei dispositivi tecnici di captazione, trasmissione e registrazione delle conversazioni – installazione, che come intuibile anche da chi non opera nel campo del diritto, non può e non deve mai avvenire con il consenso del proprietario dell'abitazione o del veicolo all'interno del quale vengono captate le conversazioni. Il punto centrale del dibattito su questo caso era allora quello della provocazione da parte dell'operatore di polizia e nella sentenza della Cassazione veniva ripresa la distinzione tra provocazione al delitto e provocazione alla prova e si statuiva l'assenza di vizi per la procedura purché la partecipazione del funzionario di polizia all'azione illecita non avesse determinato la persona interessata alla commissione del delitto.

Piuttosto il principio che se ne ricavava era differente alla luce di altra decisione di poco precedente. La Corte di cassazione aveva diversamente stabilito in relazione alla legalità ed utilizzabilità della prova per il caso del microfono portato da un poliziotto sulla sua persona, in questo caso negando l'ammissibilità di una tale procedura e quindi la successiva utilizzabilità di una prova così acquisita. Secondo la suprema corte francese infatti la registrazione effettuata in maniera clandestina – da un poliziotto nell'esercizio delle sue funzioni – delle frasi che gli sono rivolte, anche spontaneamente, da una persona sospetta, elude le regole della procedura e pregiudica i diritti della difesa²⁶¹.

²⁶¹ Cass. Crim., 16 dicembre 1997, D. 1998, IR p. 81

Pertanto ancor prima dell'introduzione di una specifica disciplina regolante casistica e procedura per le intercettazioni di conversazioni tra presenti, il confronto tra le due sentenze appena citate permetteva di delineare i principi applicabili dalla giurisprudenza con riferimento ad un fondamentale requisito. Rimaneva aperta ed incerta la questione dell'utilizzabilità di quanto veniva così prodotto in relazione all'apprezzabilità del carattere dello strumento rispetto al principio della lealtà della prova, ma la giurisprudenza era costante nella valutazione della coerenza procedura del quadro di intervento, la realizzazione cioè delle operazioni di intercettazioni nel quadro di una commissione rogatoria²⁶².

Infatti in entrambi i casi si trattava della registrazione di colloqui intercorsi tra un appartenente alle forze dell'ordine (consapevole di tale registrazione) ed una persona che parlava spontaneamente od al massimo veniva «provocata alla prova», ma non al delitto. La Corte non faceva distinzioni legate al fatto che i microfoni fossero posizionati nell'abitacolo dell'auto o addosso all'agente. Quello che rilevava era che nel primo caso il funzionario di polizia operava nell'ambito di una commissione rogatoria, aspetto determinante in tutte le procedure. Ciò che non era ammissibile su iniziativa dell'investigatore-operatore di polizia lo diveniva dal momento in cui il giudice ne autorizzava il compimento e ne garantiva lo svolgimento²⁶³.

L'altra sentenza coeva della Chambre Criminelle doveva invece dare risposta anche ad una questione più complessa, non limitata alla utilizzabilità di un tale mezzo di prova ma allargata anche alle problematiche relative alle modalità di installazione degli apparati tecnici necessari all'interno di un luogo privato o di un veicolo ed alla compatibilità di tale ulteriore violazione e compressione dei diritti della persona con i principi dell'ordinamento penale.

Nel 2000 la risposta sembrava stata differente rispetto all'anno precedente, nel momento in cui la Corte affermava che, secondo gli articoli 56, 94 e 152 del codice di procedura penale, le perquisizioni disposte dal giudice istruttore non potevano avere

²⁶² ACCOMANDO G., GUERY C., *La sonorisation : un mode légal de preuve ?*, in *Dalloz*, 2002, n. 25, p. 2002.

²⁶³ ACCOMANDO G., GUERY C., *ibidem*

altri fini che la ricerca di oggetti utili alla manifestazione della verità. Ne conseguiva, a livello teorico, che poteva essere considerata irregolare una commissione rogatoria attraverso la quale un giudice istruttore prescriveva ad un ufficiale di polizia giudiziaria di procedere «in occasione di una perquisizione, alla captazione, alla trasmissione ed alla registrazione di conversazioni all'interno di un domicilio privato, non essendo tali operazioni autorizzate né dall'art. 81 del codice di procedura penale, né dagli articoli 100 e seguenti di detto codice»²⁶⁴.

Ma una lettura più attenta permette di comprendere che tale massima non riflette totalmente il senso della sentenza. Ancora una volta non era il principio stesso della *sonorisation* – non disciplinata da alcuna legge ma in linea di principio neanche vietata – ad essere messo in discussione, ma l'attenzione del giudice di legittimità era concentrata sul fatto che il dispositivo di captazione fosse stato installato durante una perquisizione, o meglio che proprio la perquisizione avesse avuto per scopo l'installazione del dispositivo tecnico²⁶⁵.

***Sonorisation* dopo la legge Perben 2**

Solo nel 2004 con la legge Perben II è subentrata una compiuta regolamentazione della materia. Le norme hanno definitivamente affermato la legittimità dello strumento, ovviamente quando le operazioni sono disposte nel rispetto delle previsioni, ma limitandone l'applicazione ai casi di procedimenti per reati di criminalità organizzata.

Nello stesso periodo, la Francia veniva condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in seguito a ricorsi presentati prima della legge Perben II e per casi disciplinati dalla precedente normativa.

La Corte ha infatti condannato la Francia in due sentenze del 2005 in riferimento a due procedimenti nei quali l'intercettazione ambientale di comunicazioni era stata disposta in assenza di una specifica normativa

²⁶⁴ Cass. Crim. 15 févr. 2000, n. 99-86.623, Bull. crim. n. 68.

²⁶⁵ ACCOMANDO G., GUERY C., cit., p. 2001.

Nel primo caso la Corte condannava la Francia ritenendo che per quanto concerne il posizionamento delle apparecchiature tecniche (microfono) le leggi francesi (in questo caso gli articoli 81, da 100 a 100-7 introdotti dalla legge del 10 luglio 1991, 151 e 152 del codice di procedura penale) non indicano con sufficiente chiarezza l'estensione e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle autorità. Il ricorrente lamentava a proposito della sonorisation dell'appartamento di un terzo dove doveva recarsi e della registrazione delle conversazioni tenute da lui, di non aver usufruito di un livello minimo di protezione richiesto dal principio della preminenza del diritto in una società democratica e che si era verificata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Sempre nel 2005 la Francia veniva condannata ancora una volta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella Sentenza *Wisse c/ Francia*, dopo la sonorisation del parlatoio di una struttura carceraria sempre a motivo del fatto che la legge francese non indicava con chiarezza limiti e possibilità di ingerenza da parte delle autorità nella vita privata dei detenuti²⁶⁶.

La legge Perben II ha innovato sul punto, ma tenendo conto di esigenze profondamente diverse. Da un lato c'erano le esigenze dell'inchiesta, con i servizi di polizia, sempre più desiderosi – al pari degli analoghi organi degli altri paesi europei – di avvalersi dell'evoluzione delle tecnologie per migliorare l'acquisizione delle prove e la qualità del materiale probatorio da portare in sede processuale, ma dall'altro il diritto alla riservatezza dei cittadini ed i crescenti rischi di intrusioni nella vita privata.

Il legislatore francese protegge in linea di principio la vita privata dei cittadini con norme penali che puniscono le minacce e le intrusioni ingiustificate rivolte contro di essa (vds 226-1 cp) ed il suo intervento è stato quindi volto ad introdurre regole precise, per ben definire il quadro giuridico ed i casi nel quale le intercettazioni ambientali possono essere disposte. Tali casi costituiscono in ogni caso una eccezione alle regole dettate a tutela dei diritti dei cittadini, e la legge ha definito un quadro molto preciso dei casi di captazione di voce ed immagine della persona.

²⁶⁶ CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/ France*, n° 71611/01.

In questo come in altri casi visti prima, la legge Perben II non ha innovato sul piano concreto con l'introduzione di nuovi strumenti, ma si è limitata a regolamentare strumenti già in uso nella pratica degli uffici giudiziari e dei servizi di polizia (come nel caso della sonorisation o dell'informatore di polizia). Le nuove regolamentazioni introdotte hanno però arricchito di nuovo valore gli strumenti in questione, giustificando la loro presenza nell'ordinamento e ponendoli al riparo dalle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

All'introduzione di una normativa dettagliata consegue una delimitazione del campo di azione di giudici ed investigatori ma corrisponde allo stesso tempo una aumento delle garanzie per loro e per il loro operato, senza contare che alla restrizione del campo d'azione rispetto al precedente vuoto normativo corrisponde anche maggiori garanzie e rispetto dei diritti del cittadino.

L'introduzione di regole chiare e precise era dichiaratamente volta ad evitare nuove condanne da parte della Corte di Strasburgo,

Dal 2004 la materia è disciplinata in una sezione intitolata «Sonorizzazioni e fissazioni di immagini di certi luoghi o veicoli» (artt. 706-96 e ss. c.p.p.). Nella regolamentazione della materia la novità in principio più importante per inquadrare l'istituto è data dal fatto che le intercettazioni tra presenti sono ammesse ma il loro utilizzo è limitato ai casi di inchieste per reati di criminalità organizzata.

A differenza delle intercettazioni telefoniche, lo strumento della sonorisation è definito, come la messa in opera di «un dispositivo tecnico avente per oggetto, senza il consenso degli interessati, la captazione, la fissazione, la trasmissione e la registrazione delle parole pronunciate da una o più persone a titolo privato o confidenziale, in luoghi o veicoli privati o pubblici, o dell'immagine di una o più persone in un luogo privato» (artt. 706-96 c.p.p.).

Analizzando il contenuto dell'art. 706-96 e ponendolo in relazione con il contenuto dell'art. 706-93 a proposito dei reati di delinquenza e criminalità organizzata è possibile individuare le attività intrusive alle quali la disciplina si riferisce ed i casi nei quali è possibile applicarle e quelli per i quali invece ciò non è possibile.

L'articolo del codice in questione tutela l'immagine di una persona solamente in un luogo privato e le conversazioni scambiate a titolo confidenziale o privato (sia in un luogo pubblico che in un luogo privato).

La tutela dell'immagine riguarda quindi solo le situazioni nelle quali una o più persone si trovino in un luogo privato. La giurisprudenza della suprema Corte francese dà – come quella italiana – una interpretazione sufficientemente vasta del concetto. Il luogo privato è ogni luogo il cui accesso è subordinato alla preventiva autorizzazione del legittimo occupante. Si tratta quindi del domicilio, la cui definizione allargata è data dalla Cassazione sin dal 1982, non solo luogo di dimora principale, ma luogo dove genericamente abita, ha il diritto di dire che si è presso di lei, quale che sia il titolo giuridico di occupazione dei locali, quindi locali d'abitazione ma per esempio anche d'impresa.

Per quanto concerne invece le conversazioni intercettate, il luogo dove le persone si trovino non riveste la stessa importanza. L'art. 706-96 parla di «conversazioni scambiate a titolo confidenziale o privato » e la legge prevede espressamente la captazione delle conversazioni all'interno di un veicolo, quindi il criterio discriminante è dato per il codice dalla natura confidenziale o privata della conversazione, non dal luogo dove essa viene scambiata.

Il regime introdotto è molto restrittivo per quanto concerne i casi di applicabilità. Deve trattarsi di una informazione giudiziaria relativa a fatti concernenti la criminalità organizzata e le operazioni di intercettazione devono essere richieste dalle necessità dell'inchiesta. La lettura congiunta delle nuove norme introdotte della legge Perben II non autorizza l'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 706-96 del codice di procedura penale che per i reati previsti dall'art. 706-73. Il legislatore dal 2004 ha sensibilmente ridotto i casi di captazione e non è più possibile ricorrere all'intercettazione di conversazioni tra presenti per i casi di reati comuni o nel contesto intermedio dell'art. 706-74.

L'articolo 706-81 del codice di procedura penale dispone che il giudice istruttore può, dopo il parere del procuratore della Repubblica, autorizzare con ordinanza

motivata gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria su commissione rogatoria a mettere in funzione un dispositivo tecnico – ovviamente senza il consenso delle persone da intercettare – in grado di captare, fissare, trasmettere e registrare le conversazioni ai sensi dell'art. 706-96, per un periodo non eccedente i quattro mesi rinnovabili.

Queste operazioni vengono effettuate sotto l'autorità ed il controllo del giudice istruttore (art. 706-97 c.p.p.). Gli articoli da 706-97-1 a 706-97-7 stabiliscono le condizioni pratiche ed i limiti di queste operazioni, come fanno gli articoli da 100-1 a 100-7 per le intercettazioni telefoniche. Queste operazioni non possono avere altro fine che la messa in opera del dispositivo tecnico (art. 706-98, c.p.p.).

Pertanto l'autorizzazione della messa in opera delle (operazioni di) *sonorisation* richiede almeno tre fasi:

- a) il parere del procuratore della Repubblica;
- b) l'emissione di una ordinanza motivata da parte del giudice istruttore;
- c) una commissione rogatoria.

Quella descritta è la procedura ordinaria applicabile per i casi in cui l'installazione e messa in funzione di un dispositivo tecnico possa avvenire durante le ore c.d. legali previste dall'articolo 59 (dalle 6 del mattino alle 18), mentre la legge Perben II stabilisce che nel caso in cui si tratti di un luogo di abitazione e l'operazione deve aver luogo al di fuori delle ore legali (quindi se l'installazione deve aver luogo dalle 18 alle 6 del mattino seguente), questa autorizzazione a penetrare nei luoghi debba essere data dal giudice della libertà e della detenzione adito a tal fine dal giudice istruttore (art. 706-96, co. 2, c.p.p.).

Inoltre la stessa legge ha posto una serie di limitazioni ad ulteriore garanzia ed a tutela delle libertà individuali. Sono esclusi e non possono essere oggetto di intercettazioni ambientali domicilio, studio ed autoveicolo di avvocati, magistrati, notai, uscieri, parlamentari, medici.

Il fatto che la legge insista su una installazione, captazione e registrazione senza il consenso delle persone interessate, va interpretato nel senso che il dispositivo deve necessariamente essere di natura tecnica ed installato all'insaputa delle persone da

intercettare. Non rientra pertanto nell'ipotesi di sonorisation il caso dell'operatore di polizia che decide di equipaggiare un informatore con un dispositivo tecnico assimilabile²⁶⁷.

L'esecuzione delle operazioni è regolata dagli articoli da 706-99 a 706-102. Va notato che non tutti gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria possono procedere a tali operazioni di messa in funzione di un dispositivo tecnico ai sensi dell'art. 706-96. Il giudice istruttore o l'ufficiale di polizia giudiziaria da lui delegato per installare le apparecchiature tecniche e dare esecuzione all'attività di captazione di suoni ed immagini, possono far ricorso ad agenti qualificati facenti parte di unità specializzate poste sotto l'autorità o tutela del Ministro dell'Interno, stabilite con decreto dello stesso ministero (art. 706-99 cpp). l'articolo D. 15-1-5 del codice di procedura penale limita i servizi che possono procedere a questa attività. Possono farlo ad esempio la DCPJ e le sue direzioni interregionali e regionali per la Polizia Nazionale o la SDPJ e le Sections de Recherches della Gendarmeria Nazionale.

Questa costituisce un'altra differenza rispetto al sistema italiano. Anche se il livello di competenze tecniche necessario è sempre più elevato, in Italia non esistono servizi di polizia giudiziaria o loro componenti con competenza tecnica attribuita per legge, ma piuttosto articolazioni specializzate dei servizi centrali o provinciali incaricate di particolari attività tecniche, le cui funzioni vengono determinate ordinativamente in seno alle medesime istituzioni di cui fanno parte.

Gli aspetti relativi alle operazioni di sonorisation sui quali è stata maggiormente chiamata a pronunciarsi la Corte di cassazione sono fondamentalmente due:

- durata della captazione,
- procedimento autorizzatorio delle modalità e dei tempi di installazione (oltre che di manutenzione e disinstallazione) dei dispositivi tecnici.

Le regole che riguardano i due punti sono enunciate nel codice di procedura penale e la suprema Corte francese sta interpretando con rigida coerenza le norme in questione.

²⁶⁷ VLAMYNCK Hervé, *Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police*, in *Actualité Juridique Pénal*, dicembre 2011.

Secondo quanto emerge dalle sentenze della Cassazione degli ultimi anni, l'ordinanza motivata deve specificare a pena di nullità il termine massimo di durata delle operazioni, non eccedente i quattro mesi, prorogabili solo alle stesse condizioni di forma e durata (art. 706-98 cpp).

La durata deve essere espressamente indicata nell'ordinanza motivata che dispone le operazioni, ordinanza che deve essere necessariamente accompagnata dalla commissione rogatoria che prescrive lo svolgimento delle operazioni

I due principi sono fermamente ribaditi in due sentenze della Chambre Criminelle del 2008.

Nella prima del 13 febbraio 2008²⁶⁸ viene in particolare precisato e ribadito che il Giudice Istruttore che decidere di far procedere all'istallazione di un dispositivo tecnico destinato a captare, fissare, trasmettere e registrare, senza il consenso degli interessati, delle parole pronunciate da una o più persone a titolo privato o confidenziale è tenuto non solamente ad autorizzare con ordinanza motivata gli ufficiali di polizia giudiziaria all'istallazione e messa in funzione del dispositivo tecnico destinato a tale operazione, ma anche a dar loro una commissione rogatoria speciale in vista dell'esecuzione della citata ordinanza.

Cioè la Corte di cassazione, considerata la gravità dei fatti, esige che il Giudice Istruttore rediga due atti separati: ordinanza motivata e commissione rogatoria speciale.

Nel caso esaminato dalla Cassazione e che ha portato alla sentenza riportata, l'ordinanza di autorizzazione al posizionamento e messa in funzione del dispositivo tecnico di captazione non ne prescriveva la durata. Questa durata, nel caso in questione fissata in due mesi, risultava invece dalla commissione rogatoria che fissava in tal senso la durata delle misure autorizzate. La questione era dunque se la commissione rogatoria poteva colmare l'assenza nell'ordinanza motivata del giudice del dato relativo alla durata dell'intercettazione ambientale. La sentenza in questione censurava la decisione che aveva convalidato una procedura, contentandosi di una ordinanza autorizzativa della captazione con solamente una commissione rogatoria «generale», data

²⁶⁸ Cass. crim., 13 febbraio 2008, n. 07-87.458 in *Bull. Crim.*, 2008, n. 40.

indipendentemente dalla decisione che autorizzava la captazione. Una tale commissione rogatoria globale, ha precisato la corte, non può essere considerata sufficiente ed è opportuno che il giudice istruttore dia agli ufficiali di polizia giudiziaria che egli designa una commissione rogatoria speciale.

Nel caso in questione l'annullamento della procedura può sembrare una sanzione assolutamente sproporzionata dal momento che una commissione rogatoria generale o una commissione rogatoria speciale rimane sempre una commissione rogatoria soprattutto perché l'esigenza della seconda non risulta evidentemente dalla lettura dell'art. 706-96 del codice di procedura penale ma nel quadro dell'art. 706-98 che prevede il termine di quattro mesi.

Anche nella sentenza del 27 febbraio 2008²⁶⁹ la sanzione, in questo caso per la mancanza dell'ordinanza è l'annullamento della procedura.

Ne consegue che l'ordinanza e la commissione rogatoria speciale sono allora due formalità differenti, ma cumulativamente necessarie al regolare svolgimento delle operazioni di sonorisation in quanto complementari. Lo svolgimento delle operazioni di intercettazione ambientale o di captazione di immagini deve essere controllato dal Giudice Istruttore.

La Corte di cassazione francese ha affrontato con la stessa precisione e la stessa dovizia oltre alle problematiche relative all'installazione dei dispositivi tecnici di captazione, anche le questioni relative alla manutenzione ed infine disinstallazione degli stessi.

L'ordinanza motivata e la commissione rogatoria speciale attraverso le quali il giudice istruttore prescrive ed autorizza il posizionamento e la messa in funzione del dispositivo tecnico di captazione comprendono l'autorizzazione data agli ufficiali di polizia giudiziaria a penetrare nuovamente nei luoghi ove le apparecchiature sono installate al sono fine di controllare il funzionamento del sistema e di raccoglierne i dati ogni volta che si renda necessario, con l'obbligazione per il personale di polizia

²⁶⁹ Cass. crim., 27 febbraio 2008, n. 07-88.275, in *Bull. Crim.*, 2008, n. 53.

precedente di renderne conto in un processo-verbale al magistrato, dal momento che le operazioni devono sempre essere effettuate sotto il controllo effettivo del magistrato.

Come detto, le descritte operazioni di intrusione non possono aver altro fine che la messa in opera del dispositivo tecnico in vista dell'avvio delle operazioni di intercettazione. Ciò significa che gli operatori di polizia intervenuti per l'installazione non hanno il diritto di compiere altri atti di polizia giudiziaria al momento dell'intrusione. In caso di constatazione di presenza di materiale illegittimamente detenuto essi devono limitarsi a filmare o fotografare gli oggetti in questione per utilizzare le immagini in successivo momento, senza redigere alcun processo verbale di constatazione che sarebbe destinato ad essere annullato.

Conclusioni

Sono stati presi in esame lo sviluppo della criminalità organizzata e l'adeguamento degli strumenti di contrasto negli ordinamenti italiano e francese negli ultimi decenni. In tale settore lo scarto temporale nella manifestazione del fenomeno e nel manifestarsi delle accresciute esigenze di sicurezza, hanno condotto l'Italia e la Francia a fronteggiare i relativi problemi in tempi differenti.

L'Italia, colpita duramente dalla violenza mafiosa negli anni settanta, ha adottato nuove misure di contrasto già all'inizio degli anni ottanta, mentre in Francia l'esigenza di contrastare i fenomeni criminali più aggressivi e soprattutto di carattere transazionale si è manifestata soprattutto negli anni novanta.

Anche considerando la differente impostazione dei due sistemi processuali in vigore nei due paesi, l'evoluzione degli strumenti di contrasto al crimine organizzato, a volte adottati nei due paesi con uno scarto temporale di circa 15 anni, mostra un vero e proprio procedere in parallelo nello scopo di arginare e contrastare la criminalità e nei metodi introdotti dai rispettivi legislatori.

La dottrina italiana e francese sottolineano la conseguente evoluzione anche nei principi generali dell'ordinamento che ha condotto i due stati alla creazione di un «diritto penale della criminalità organizzata» ed all'introduzione, sempre più frequente, di procedure derogatorie per contrastare queste forme di criminalità.

Il parallelismo si manifesta già nella presa di coscienza della dimensione del fenomeno e della accresciuta minaccia costituita dalla sua dimensione sovente sovranazionale e nella valutazione della conseguente necessità di creare strutture di contrasto specializzate

Lo strumento di indagine per il quale sono risultate più profonde le differenze tra gli ordinamenti dei due paesi, è sicuramente il ricorso in Italia alle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, argomento oggetto di dibattito non solamente riguardo la sua utilità nella pratica, ma anche per quanto concerne la sua coerenza con i principi dell'intero sistema penale e processuale. Al contrario l'evoluzione degli strumenti delle

intercettazioni e delle operazioni sotto copertura dimostra un vero e proprio parallelismo tra le scelte del legislatore italiano e di quello francese

Bibliografia

Trattati, manuali, capitoli di un opera collettanea:

- ALFONSO Roberto, *Il fenomeno del «pentitismo» e il maxiprocesso*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011.
- AMATO Giuseppe, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Laurus Robuffo, Roma, 2006.
- AMATO Giuseppe, *Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti*, Laurus Robuffo, Roma, 2006.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1966
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, VIII ed., Giuffrè, Milano, 1982
- ARDITA Sebastiano, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Giuffrè, Milano, 2007
- BARILLARO Michele Maria, *Le modifiche al cod. proc. pen. del 1992 dopo le stragi. La disciplina della connessione dei reati e delle indagini collegate*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011.
- BASSI Alessandra, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Cedam, Padova, 2010
- BECCARIA Cesare, *Opere scelte, Dei delitti e delle pene*, Licinio Cappelli Editore, Bologna, 1925.
- BERNASCONI Alessandro, *La collaborazione processuale*, in *Università degli Studi di Milano, Pubblicazioni dell'Istituto di diritto penale e procedura penale*, 1995
- BORRACCETTI V., *L'attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia*, in AA.VV., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di G. Melillo, A. Spataro, P.L. Vigna, Milano 2004
- BOSCARELLI M., voce *Associazione per delinquere*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol III, Milano 1958
- CARUSO Alfio, *Da cosa nasce cosa. Storia della mafia dal 1943 ad oggi*, Longanesi, Milano, 2005.

- CAVALIERE Antonio, *Associazione di tipo mafioso*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Sergio MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.
- CESONI Maria-Louisa, *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité, la normalité de l'exception*, Bruylant, 2007..
- CORNEVIN Christophe, *Les indics*, Flammarion, Parigi, 2011.
- DALLEST Jacques e PRADEL J., *La criminalité organisée*, Lexis Nexis Parigi, 2012.
- D'AMBROSIO Loris, *La pratica di polizia giudiziaria. La polizia giudiziaria nel processo penale*, Cedam, Padova, 2012.
- D'AMBROSIO Loris, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Cedam, Padova, 2002.
- DE CESARE G., voce *Mafia*, in *Enc. Dir.*, vol XXV, Milano, 1975.
- Défense et Sécurité nationale – Le Livre blanc, Odile Jacob, 2008.
- DESPORTES F. E LE GUNEHEC F, *Droit Pénal général*, 2009,
- DICKIE John, *Cosa Nostra. A history of the Sicilian mafia*, Coronet, 2004.
- DI MARINO Gaëtan, *Problemes actuels de science criminelle. L'indicateur*, Aix-en-Provence, 1990.
- FALCONE Giovanni, PADOVANI Marcelle, *COSA NOSTRA, Le juge et les "hommes d'honneur"*, Edition Austral, 1991.
- FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2009.
- FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, *Diritto penale. 5. Delitti contro l'ordine pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2002.
- GALLI Giorgio, *Piombo rosso. La storia completa della lotta armata in Italia dal 1970 ad oggi*, Baldini Castoldi Dalai, Milano 2004.
- GERACI Vincenzo, *Il maxiprocesso alla mafia tra mutazioni criminali e innovazioni giudiziarie*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011.
- GIORDANO Emilia Anna, DI MATTEO Antonio, *Reati in materia di stupefacenti. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2008.
- GRASSO Pietro, LODATO Saverio, *La mafia invisibile, la nuova strategia di Cosa Nostra*, Mondadori, Milano, 2001.

- INSOLERA Gaetano, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983.
- JOBARD Fabienne, *La rémunération des indicateurs en France – Entretien avec Thierry Mariani, député (UMP) du Vaucluse* in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?* a cura di Jean-Paul Brodeur e F. JOBARD, 2005.
- LABORDE Jean-Paul, *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 04/2005.
- LEMOINE Pascal, *L'association de malfaiteurs et la bande organisée dans la doctrine de la Cour de Cassation*, in *La criminalité organisée* a cura di PRADEL J. e DALLEST J. , Parigi , 2012.
- LA LICATA Francesco, *Mafia, politici e pentiti*, in *Pentiti*, Donzelli, 2006.
- LI DONNI V., *La criminalità organizzata come freno allo sviluppo economico*, in AA.VV. *La mafia le mafie*, a cura di G. FIANDACA e S. COSTANTINO, Laterza 1994
- LUPO Salvatore, *Storia della mafia*, Donzelli, 2004.
- LUPO Salvatore, *Alle origini del pentitismo*, in *Pentiti*, Donzelli, 2006.
- MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1950.
- MARINELLI Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007.
- MICELI Antonino, *Io, il fu Nino Miceli*, Milano, 2006
- MOSCA Carlo, *Il coordinamento delle forze di polizia*, Cedam, Padova, 2005.
- MOLLACE F., *Le modifiche in tema di normativa antimafia e di repressione delle organizzazioni mafiose*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* a cura di AMATO G. e SANTORIELLO C., UTET, Torino, 2009.
- PISANI Vittorio, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Giuffrè, Milano, 2007.
- RAUFER Xavier, QUERE Stéphane, *Le crime organisé*, Presse universitaire de France (PUF), Paris, 2000.
- RIOLO Simona, *La legislazione premiale antimafia*, in *Pentiti*, Donzelli, 2006.
- SCIARRONE Rocco, *Passaggio di frontiera: la difficile via di uscita dalla mafia calabrese*, in *Pentiti*, Donzelli, 2006.
- STAJANO Corrado (a cura di), *Mafia. L'atto di accusa dei giudici di Palermo*, Roma 1986

- TINEBRA Giovanni, *Fenomenologia del maxiprocesso: le ragioni del successo, i motivi della crisi*, in *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di TINEBRA G., ALFONSO R., CENTONZE A., Giuffrè, Milano, 2011.
- TURONE Giuliano, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2008
- VLAMYNCK Hervé, *Droit de la police*, Parigi, 2009

Articoli:

- ACCOMANDO Gilles, GUERY Christian, *La sonorisation : un mode légal de preuve ?*, Dalloz, 2002, n. 25.
- ANTINORI Arije, *L'activité des forces de police dans la lutte contre la criminalité organisée de type mafieux en Italie*, *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009.
- ARDITA Sebastiano, *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, *Cassazione Penale*, 2001.
- AUBRY Gilles, *Organisations criminelles et structures répressives : panorama français*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009.
- AUDA Grégory, *Le crime organisé, une perception variable, un concept polémique*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009.
- AURICCHIO Attilio, PANICO Danilo, PINI Sara, *I profili giuridici dell'informatore di polizia giudiziaria*, in *Rassegna dell'Arma* n. 4/2009
- AURICCHIO Attilio, *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida al diritto/ Il sole24 Ore*, n. 61, ottobre 2010
- BARBIERA Sergio, *Operazioni sotto copertura e consegna controllata. Le tecniche d'indagine sul narcotraffico*, *Quaderni dell'Osservatorio sulla rappresentanza dei cittadini*, 5/2009.
- BEERNAERT Marie-Aude, *Repentis ou collaborateurs de justice : quelle légitimité dans le système pénal ?*, in *Droit et Société*, 55/2003.
- BOEMI S., *Le nuove forme di manifestazione della criminalità organizzata di tipo mafioso*, relazione incontro studio CSM del 1984

- BRELURUT Virginie, *Les Juridictions interrégionales spécialisées : une réponse judiciaire adaptée aux phénomènes criminels internationaux*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009.
- BRICOLA Franco, *Il pentimento del terrorista, il perdono all'evasore e i silenzi della legge n. 646 del 1982*, in *Politica del diritto*
- BRICOLA Franco, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983.
- CALIBOTTE Maryvonne, *Bilan des juridictions interrégionales spécialisées*, in *Actualité Juridique Pénal*, marzo 2010
- CASELLI Giancarlo, *La questione dei pentiti*, in *Quaderni della giustizia*, n.4, 1981,
- CHAVENT-LECLERE Anne-Sophie, *Les Juridictions interrégionales spécialisées : des compétences originales*, in *Actualité Juridique Pénal*, marzo 2010
- CONTE Philippe, *Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ?*, in *Droit Pénal*, n. 1, gennaio 2008.
- CONTE Philippe, *Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, in *Droit Pénal*, n. 6, giugno 2009.
- DALLEST Jacques, *La JIRS, une machine de guerre contre le crime organisé : l'exemple marseillais*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009.
- DALLEST Jacques, *La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité*, in *Actualité Juridique Pénal*, marzo 2010
- D'AMBROSIO L., *Il Decreto 687/1994 sulla protezione dei collaboratori di giustizia*, in *Cassazione Penale*, 1995.
- D'AMBROSIO L., *Nuovo e contestato regolamento sulla protezione dei collaboratori di giustizia*, *Diritto Penale e Processo*, n.5, 1995
- DE AMICIS G, VILLONI O, *La ratifica della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale e dei suoi protocolli addizionali*, in *Giur. Merito*, 2006.
- DE FRANCESCO G.A., *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto disc. Pen.*, vol. I, Torino 1987.
- DE OLIVEIRA A. e CHOCQUET C., *La loi du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale : un nouvel équilibre pour le dualisme policier*, in *RPDP*, 2009.

- DIEU François, *Recrutement et formation des policiers : le cas des officiers de la gendarmerie française*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, n.1, gennaio-aprile 2007.
- DI LELLO FINUOLI G, *Associazione di tipo mafioso e problema probatorio*, in *Foro it.*, 1984, V.
- DIMPRES Olivier, *La lutte contre l'économie souterraine. L'action des Gir*, in *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n. 214, marzo 2005.
- DI MATTEO A, F. IMBERGAMO, L. TESCAROLI, *Perché mai un mafioso dovrebbe pentirsi*, in *MicroMega* 2/2001
- DI NICOLA E., *Misure premiali e legislazione di emergenza*, in *Quaderni della giustizia*, n. 60, 1986
- FALCONE Giovanni TURONE Giuliano, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze*, pp. 38 ss. ; rist. in *Cass. pen.*, 1983, pp. 1038 ss.
- FALCONE Giovanni, *La mafia non è invincibile*, in *Micromega* 3/1990, pubblicato anche in FALCONE G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Sansoni Editore 1994 ed in FALCONE G., *La posta in gioco, Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Rizzoli Milano 2010.
- FALCONE Giovanni, *Che cosa è la mafia*, in *Micromega* 3/1992, pubblicato anche in FALCONE G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Sansoni Editore 1994 ed in FALCONE G., *La posta in gioco, Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Rizzoli Milano 2010.
- FERRAIOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989
- FIANDACA G, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1985.
- FUMO Maurizio, *La tutela e l'assistenza dei collaboratori di giustizia: segreti, reticenze e furbizie di un legislatore disaccorto (ma non troppo)*, in *L'Indice Penale*, 2001.
- GALTIER D., *La Gendarmerie Nationale dans le dispositif de lutte contre la criminalité organisée, La criminalité organisée* a cura di PRADEL J. e DALLEST J., 2012.

- GAROFOLI Francesca Iole, *Le intercettazioni e la motivazione del decreto del pubblico ministero tra esigenze investigative e tutela dei principi costituzionali*, *Diritto Penale e Processo*, n.1, 2007.
- GIORDANO P., *Più competenze alla Direzione Distrettuale*, in *Guida al Diritto – Il Sole-24 ore*, n. 39, ottobre 2010.
- GROSSO Carlo Federico, *Repressione della criminalità mafiosa e garanzie: spunti di riflessione a margine della pratica giudiziaria*, in *Questione giustizia*, 1988, pp 1185 ss.
- INSOLERA G., *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Politica del diritto*, 1982, n.4, pp. 681 ss.
- INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Questione Giustizia*, n.3/2002, p. 573.
- LALAM Nacer, *La criminalité organisée. Le hiatus entre les réalités et la conceptualisation*, *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n. 214, mars 2005.
- LE CALVEZ Jacques, *Les dangers du X en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme*, *Rec Dalloz*, 2002.
- LO SCHIAVO Giuseppe Guido, *Il reato di associazione per delinquere nelle province siciliane*, Selci Umbro 1933, rist. in *Giust. Pen.* 1952, I. (FI)
- MAGGIO Paola, PETRALIA Bernardo, *Dichiarazioni “tardive” dei collaboratori di giustizia e sanzioni processuali*, *Diritto Penale e Processo*, 2003.
- MELILLO G., MANCUSO P., *Osservazioni sul nuovo regolamento per il programma di protezione dei collaboratori di giustizia*, *Cassazione Penale*, 1995, p.250
- MIHMAN Alexis, *Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II*, *Droit Pénal*, 2005
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997
- MOLINS François (interview), *Criminalité organisée : une justice adaptée ?*, *AJ Pénal*, n. 5, mai 2004.
- MONGIN François, *La douane et la criminalité organisée*, *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n. 214, marzo 2005.
- MOROSINI P., *Alla ricerca di un processo giusto ed efficiente per la criminalità mafiosa*, in *Questione Giustizia*, n.3/2002,

- MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, in *Indice penale*, 1986,
- ORMANNI I., *I pentiti devono dire tutto e subito. Nessuna droga al termine ex articolo 16 quater Dl 8/91*, in *Diritto e Giustizia* n. 37 del 25.10.2003
- PADOVANI Tullio, *La soave inquisizione*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981.
- PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, 2010
- PIERRAT Jérôme, *Mafias, gangs et cartels. La criminalité internationale en France*, Denoël, 2008.
- PRADEL Jean, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2011.
- PRADEL Xavier, *La criminalité organisée dans le droit français et italien. Des politiques pénales sous le signe de la convergence*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003.
- SCOTTI L., *Pentimento e diritto premiale*, *Quaderni della giustizia*, n. 35, 1984
- SPATARO Armando, *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia-collaborazioni*, in *Diritto e Giustizia*, n.9, 10 marzo 2001
- TERRILE M., *L'applicazione della legge Rognoni-La Torre a Genova: alcune valutazioni di merito e di metodo*, in *Questione giustizia*, 1988, pp. 301 ss.
- TESSITORE G, *Commento all'art. 18 legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 1983, p. 324 ss.
- TESSITORE G, *La nuova legge antimafia e il precedente modello americano: spunti comparativistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984
- VERGES Etienne, *La notion de criminalité organisée après de la loi du 9 mars 2004*, *AJ Pénal*, n.5, mai 2004.
- VLAMYNCK Hervé, *Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police*, in *Actualité Juridique Pénal*, dicembre 2011
- ZINCANI Vito, *Les stratégies d'opposition à la criminalité organisée*, *Cahiers de la sécurité*, n. 7, gennaio-marzo 2009.

Indice

<u>Introduzione</u>	p. 4
PARTE I – <u>Gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata</u>	
Capitolo 1 - <u>Ruoli, poteri e fattispecie incriminatrici negli ordinamenti italiano e francese</u>	p. 10
Sezione I – I principi applicabili	p. 11
§ 1. I principi applicabili nell'ordinamento italiano	p. 12
A. I soggetti del procedimento penale nella fase investigativa	p. 12
A.1 Il pubblico ministero	p. 13
A.2 Il giudice delle indagini preliminari	p. 15
A.3 La polizia giudiziaria	p. 16
B. Le limitazioni della libertà personale in sede pre-cautelare L'arresto ed il fermo	p. 21
§ 2. I principi applicabili nel sistema francese	p. 23
A. Gli organi incaricati del contrasto alla criminalità	p. 24
A.1 Il pubblico ministero	p. 24
A.2 Il giudice istruttore	p. 27
A.3 La polizia giudiziaria	p. 28
B. Le limitazioni della libertà individuale. La <i>garde à vue</i>	p. 34
Sezione II – Il concorso di persone e la responsabilità penale nei reati associativi	p. 38
§ 1. Le fattispecie associative nell'ordinamento italiano	p. 42
A. Il delitto di associazione per delinquere	p. 43
A.1. Gli elementi costitutivi del reato	p. 43
A.2. Inadeguatezza della formulazione dell'articolo 416 per la repressione delle associazioni mafiose	p. 46
B. L'associazione di tipo mafioso. Metodo mafioso e condizione di assoggettamento	p. 53
B.1. Parametri caratterizzanti l'associazione mafiosa. Mezzi impiegati e nozione di metodo mafioso	p. 58
B.2. Scopo delle associazioni mafiose	p. 64

C. Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti	p.69
§ 2. Le fattispecie associative nell'ordinamento francese	p. 73
A. <i>L'association de malfaiteurs</i>	p. 74
B. La circostanza aggravante della commissione del reato in <i>bande organisée</i> e la connessa nozione di criminalità organizzata	p. 79
Conclusioni.	

Capitolo 2 Gli strumenti di contrasto specifici della lotta alla criminalità organizzata p. 90

Sezione I - Le nuove giurisdizioni specializzate	p. 92
§ 1. Le giurisdizioni specializzate nell'ordinamento italiano	p. 93
A. La Direzione Distrettuale Antimafia (DDA)	p. 95
B. La Direzione Nazionale Antimafia (DNA)	p. 98
§ 1. Le giurisdizioni specializzate nell'ordinamento francese	p. 101
A. La <i>Jurisdiction Interrégionale Spécialisée</i> (JIRS)	p. 102
Sezione II – Gli organi investigativi specializzati	p. 107
§ 1. La polizia giudiziaria specializzata in Italia	p. 107
A. La Direzione Investigativa Antimafia (DIA)	p. 108
B. I servizi centrali ed interprovinciali	p. 111
§ 2. La polizia giudiziaria specializzata in Francia	p. 113
A. Il <i>Groupe d'Intervention Régional</i> (G.I.R.)	p. 114
B. Strutture della polizia giudiziaria specializzate nella lotta contro il crimine organizzato	p. 116

PARTE II – L'ampliamento dei mezzi di indagine e gli specifici strumenti di ricerca della prova nei procedimenti di criminalità organizzata p.122

Capitolo 1 - <u>I mezzi di ricerca della prova di natura dichiarativa ed i sistemi di protezione delle categorie di soggetti a rischio</u>	p. 126
Sezione I – L'informatore di polizia, il collaboratore di giustizia ed il testimone di giustizia in Italia	p. 127
§ 1. Profilo storico e inquadramento delle figure premiali Nell'ordinamento giuridico italiano	p. 130
A. Il sistema del codice penale del 1930	p. 130

B. L'introduzione delle figure premiali attraverso la "legislazione d'emergenza"	p. 132
C. L'estensione dei meccanismi premiali ai mafiosi che collaborano con la giustizia	p. 135
§ 2. L'informatore di polizia	p. 142
§ 3. Il collaboratore di giustizia	p. 151
A. Quadro storico. I presupposti della collaborazione	p. 151
B. Verbale di dichiarazioni preliminari alla collaborazione	p. 156
C. Il valore probatorio delle dichiarazioni nella normativa in vigore.	p. 160
D. Gli impegni del collaboratore. Natura e contenuto del «contratto di protezione»	p. 162
E. Rilievi critici	p. 171
§ 4. Il testimone di giustizia	p. 175
Sezione II – L'informatore, il pentito ed il testimone anonimo in Francia	p. 179
§ 1. La figura dell'informatore in Francia	p. 179
§ 2. I pentiti. Le ricadute sul piano sanzionatorio	p. 188
§ 3. La testimonianza anonima	p. 193
A. Evoluzione della figura e casi di ricorso all'anonimato	p. 195
B. Limiti. Garanzie procedurali illusorie: i diritti della difesa messi in pericolo	p. 198
Capitolo 2 - <u>Il parallelismo dell'estensione in Italia e Francia</u>	p. 206
Sezione I – Le operazioni di infiltrazione	p. 206
§ 1. Le operazioni sotto copertura in Italia	p. 207
§ 2. L' <i>infiltration</i> in Francia	p. 214
Sezione II – Le intercettazioni	p. 218
§ 1. Le intercettazioni in Italia	p. 219
A. Le intercettazioni telefoniche	p. 219
B. Le intercettazioni ambientali per i delitti di criminalità organizzata	224
§ 2. Le intercettazioni di comunicazioni in Francia	p. 228
A. Le intercettazioni telefoniche	p. 230
B. La procedura di <i>sonorisation</i>	p. 232
<u>Conclusioni</u>	p. 245

Bibliografia

p. 247

Indice

p. 255