

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

LE GARANZIE FUNZIONALI DELL'OPERATORE DEI SERVIZI DI INFORMAZIONE

di Giuseppe Amato

Tra le disposizioni più interessanti ed innovative della legge 3 agosto 2007 n. 124 vi è l'espressa previsione di una "causa di giustificazione" per l'operatore dei servizi che, per soddisfare le finalità istituzionali, si veda costretto a compiere condotte astrattamente integranti reato. Si tratta della causa di giustificazione delle "garanzie funzionali", che trova nella legge una disciplina puntuale e garantita, ma merita qualche approfondimento che possa essere di utilità per circoscriverne con precisione l'ambito di operatività anche nell'interesse e nella tranquillità operativa di quanti sono chiamati a svolgere un'attività oovviamente "oscura", ma di riconosciuto, fondamentale rilievo per la sicurezza interna e esterna della Repubblica e delle istituzioni democratiche.

SOMMARIO: 1. La norma. – 2. La natura giuridica. – 3. L'inapplicabilità al concorrente. – 4. Le ordinarie attività sotto copertura. – 5. Le differenze di fondo. – 6. La clausola di salvaguardia dell'articolo 51 c.p. – 7. I soggetti. – 8. Gli "esterni". – 9. I reati "scriminati": le differenze rispetto alle esimenti "comuni". – 10. I reati non autorizzabili oggettivamente. – 11. Gli altri reati autorizzabili. – 12. I documenti di copertura. – 13. Le attività economiche simulate. – 14. Le esclusioni "locali" e "personali". – 15. L'autorizzazione preventiva. – 16. L'autorizzazione: procedura e vicende. – 17. Le finalità e i limiti della scriminante. – 18. Il sindacato giudiziale. – 19. Il conflitto di attribuzione. – 20. L'opposizione del segreto di Stato. – 21. Sindacato sull'autorizzazione e posizione dell'operatore. – 22. L'opposizione della causa di giustificazione. – 23. L'opposizione in fase d'indagini. – 24. La libertà personale dell'operatore del servizio.

1. La norma.

L'articolo 17, comma 1, della legge 3 agosto 2007 n. 124 introduce una speciale causa di giustificazione riservata al personale dei Servizi di informazione per la sicurezza che, nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, ponga in essere condotte astrattamente integranti reato.

La scelta di introdurre una scriminante a fondamento di un sistema di garanzia funzionale per l'operatore dei servizi è senz'altro innovativa.

Infatti, la previgente legge 24 ottobre 1977 n. 801 non contemplava alcuna esimente in favore del personale dei servizi, considerando all'evidenza prevalenti le esigenze di legalità e di repressione dei fatti criminosi rispetto alle finalità istituzionali degli apparati di sicurezza.

A ben vedere, per l'operatore dei servizi poteva solo esservi lo spazio per utilmente invocare l'applicabilità delle scriminanti comuni: in particolare, quelle di cui agli articoli 51 e 54 c.p., oltre a quella dell'uso legittimo delle armi di cui all'articolo 53 c.p.

Adesso, proprio con l'espressa previsione delle "garanzie funzionali" di cui all'articolo 17 e segg. della legge n. 124 del 2007, si coniugano le esigenze della difesa delle istituzioni democratiche con il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento e con la tranquillità operativa dell'operatore dei servizi, trovando il punto di equilibrio attraverso la previsione di una puntuale disciplina autorizzatoria che vede come protagonista l'autorità politica e che, tuttavia, attraverso il possibile intervento della Corte costituzionale compone eventuali dissensi interpretativi tra l'autorità politica e quella giudiziaria chiamata a giudicare dei fatti criminosi commessi dall'operatore dei servizi.

2. La natura giuridica.

La qualificazione del meccanismo posto alla base delle "garanzie funzionali" come integrante una vera e propria "speciale" "causa di giustificazione"¹ vuole significare che la ricorrenza dei relativi presupposti elimina l'antigiuridicità della condotta con effetti che vanno al di là dell'ordinamento penale: il fatto, pur formalmente previsto come reato, siccome "giustificato", non è oggettivamente costitutivo del reato stesso, e ciò esclude anche la responsabilità civile per i danni causati nell'esercizio dell'attività legittimamente autorizzata.

3. L'inapplicabilità al concorrente.

Peraltro, vi è una particolarità della disciplina che merita attenta considerazione, laddove circoscrive l'ambito di operatività della "scriminante", derogando i principi comunemente applicabili.

È pur vero, infatti, che si tratta di causa di giustificazione e che, quindi, secondo le regole comuni, dovrebbe applicarsi il disposto dell'articolo 119 c.p., in forza del quale gli effetti della causa di giustificazione si estendono anche ai concorrenti nel reato, in ragione del fatto che la condotta in quanto scriminata è oggettivamente lecita.

Ma tale effetto qui è limitato, per espressa indicazione normativa, contenuta nell'articolo 17, comma 7, della legge n. 124 del 2007, alle persone non addette ai servizi che siano state espressamente autorizzate, per particolari condizioni di fatto e per eccezionali necessità, a concorrere con l'operatore del servizio.

¹ In questo senso si esprime lo stesso legislatore, non solo nell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007 e nel successivo articolo 19, ma anche, per esempio, nel comma 1 *bis* dell'articolo 204 c.p.p., in materia di ambito di operatività del segreto di Stato, e nel secondo periodo del comma 3 dell'articolo 270 *bis* c.p.p., dedicato alla disciplina delle intercettazioni che abbiano consentito di apprendere comunicazioni di servizio di appartenenti al DIS o ai Servizi di informazione per la sicurezza.

L'ambito "liberatorio" della scriminante, quindi, non vale, indiscriminatamente, per tutti gli "altri" soggetti esterni che, al di fuori di tale tassativa condizione, abbiano in ipotesi cooperato alla realizzazione della condotta criminosa.

Anzi, in proposito, deve trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'articolo 23, commi 6, 7 ed 8 della legge n. 124 del 2007: l'illecito penale commesso dall'estraneo non autorizzato dovrà essere oggetto di segnalazione al direttore del servizio di sicurezza impegnato nell'operazione e di successiva informativa da parte dei vertici dei servizi di sicurezza all'autorità giudiziaria, ritardabile su autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri quando ciò sia strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali.

4. Le ordinarie attività sotto copertura.

La "speciale" causa di giustificazione per l'operatore dei servizi è una novità per quanto attiene l'attività dei servizi di sicurezza, ma non è una novità assoluta nel nostro ordinamento positivo, ricollegandosi ad altre, ben conosciute figure di "esimenti" che, nel tempo, sono state introdotte in favore degli operatori di polizia giudiziaria, per rendere più fattive le investigazioni e, nel contempo, per garantire gli operatori dal rischio di essere chiamati a rispondere penalmente di condotte astrattamente criminose, pur se poste in essere quale necessario, eccezionale mezzo al fine dell'ottenimento del risultato investigativo.

La disciplina – frutto di uno sviluppo nel tempo, a partire dalla figura dell'agente provocatore in materia di sostanze stupefacenti, introdotta dall'articolo 97 del dpr 9 ottobre 1990 n. 309 (il c.d. acquisto simulato di droga) – è integralmente contenuta nell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146, dedicato alle "operazioni sotto copertura".

5. Le differenze di fondo.

Il parallelo delle scriminanti "comuni" con quella "speciale" prevista in favore del personale dei servizi è certamente utile, anche per cogliere le differenze nella disciplina, che sono numerose e non sempre immediatamente spiegabili.

Due sono le fondamentali differenze.

La prima differenza riguarda la "finalità" delle condotte scriminate.

Mentre nelle scriminanti "comuni" si verte in ipotesi attività "sotto copertura" compiute "nel corso di specifiche operazioni di polizia" e, "comunque", "al solo fine di acquisire elementi di prova" in ordine ai delitti "presupposti", qui siamo in presenza di attività in ipotesi criminose finalizzate a soddisfare, in modo indispensabile, le attività istituzionali dei servizi di sicurezza quali sono tratteggiate negli articoli 6 e 7 della legge n. 124 del 2007.

In proposito, alcuni ², valorizzando il dato normativo contenuto nell'articolo 2, comma 2, della legge n. 124 del 2007, in forza del quale l'AISE e l'ASI sono definiti "servizi di informazione per la sicurezza", ritengono che le attività scriminabili debbano essere attività qualificate dalla finalità della "raccolta di informazioni" ritenute necessarie per garantire la sicurezza nazionale, onde non rientrerebbe nell'ambito della causa di giustificazione la commissione di fatti di reato nell'ambito di operazioni di "mera sicurezza interna od esterna", svincolate dall'esigenza della raccolta di informazioni.

Ci sembra, invece, che l'apprezzamento dei compiti istituzionali delle due Agenzie, come dettagliati negli articoli 6 e 7 della legge n. 124 del 2007, autorizzi una lettura meno restrittiva, offrendo spazi per attività squisitamente di sicurezza pur se non immediatamente qualificate dall'esigenza informativa [cfr., esemplificando, l'articolo 6, commi 2, prima parte, e 3, nonché l'articolo 7, comma 3].

La rilevata differenza in punto di "finalità" perseguita tra la causa di giustificazione speciale e le operazioni sotto copertura ordinarie si spiega con il rilievo che la causa di giustificazione "speciale" opera in un settore operativo tipicamente di "prevenzione", dove non è in discussione l'attività di "polizia giudiziaria" e quindi la proiezione finalistica verso la scoperta e la repressione dei reati; ciò che del resto è confermato dal fatto che la qualifica di ufficiale e di agente di polizia giudiziaria è espressamente esclusa in capo al personale dei servizi (cfr. articolo 23 della legge n. 124 del 2007).

La seconda differenza riguarda il "contesto oggettivo di operatività" dell'esimente.

Mentre nelle scriminanti "comuni" ciò che viene autorizzato dall'organo di vertice della forza di polizia coinvolta è l'operazione sotto copertura ed è questa autorizzazione che, poi, facoltizza l'infiltrato alla commissione delle fattispecie criminose [tipiche e atipiche] previste dalla legge³ che si rendessero necessarie a seconda delle emergenze della singola vicenda, qui abbiamo, invece, un'autorizzazione preventiva alla commissione di specifiche, predeterminate *a priori*, condotte astrattamente costituenti reato, siccome, appunto *ex ante*, ritenute indispensabili a soddisfare le finalità istituzionali dei servizi.

² A. CISTERNA, *Agenti segreti. Le garanzie previste dalla legge*, in *Gnosis*, 2007, fasc. 4.

³ "Attività tipiche": rifugio o di prestazione di assistenza agli associati, acquisto, ricezione, sostituzione o occultamento di denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni o cose che sono oggetto, prodotto o mezzo per commettere il reato, ostacolo all'individuazione della provenienza o impiego di dette cose, introduzione all'interno di un sistema informatico o telematico, danneggiamento, deterioramento, cancellazione, alterazione o comunque intervento su un sistema informatico o telematico ovvero su informazioni, dati e programmi in esso contenuti, attivazione di identità, anche digitali, domini e spazi informatici comunque denominati, anche attraverso il trattamento di dati personali di terzi, ovvero assunzione del controllo o comunque avvalimento dell'altrui dominio e spazio informatico; "attività atipiche": quelle prodromiche e strumentali a quelle tipiche. Di recente, va ricordato, l'articolo 9 della legge n. 146 del 2006, e quindi l'ambito delle attività sotto copertura "comuni", è stato integrato con la legge 9 ottobre 2023 n. 137, di conversione del decreto-legge agosto 2023 n. 105, con l'introduzione di specifiche operazioni di copertura sostanzianti nell'accesso/introduzione/manipolazione di sistemi informatici per il contrasto al terrorismo ovvero per il contrasto dei reati informatici commessi ai danni delle infrastrutture critiche informatizzate individuate dalla normativa nazionale o internazionale.

6. La clausola di salvaguardia dell'articolo 51 c.p.

Venendo ad analizzare in dettaglio il *proprium* della causa di giustificazione “speciale” prevista in favore del personale dei servizi, vi è subito da osservare che, come per le scriminanti comuni disciplinate dall'articolo 9 della legge n. 146 del 2006, anche l'articolo 17 della legge n. 124 del 2007 fa salvo, in premessa, il disposto dell'articolo 51 c.p.

Si tratta della causa di giustificazione comune dell'articolo 51 c.p., sotto il profilo dell'adempimento del dovere, che, però, ovviamente, non è argomentabile facendo richiamo al dovere posto a carico della polizia giudiziaria di prendere notizia dei reati, ricercarne gli autori e compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova (cfr. articolo 55 c.p.p.).

Del resto, come anticipato, a norma dell'articolo 23 della legge n. 124 del 2007 è espressamente esclusa la qualifica di ufficiale ed agente di polizia giudiziaria in capo al personale dei servizi e, in ogni caso, tale qualifica, laddove in precedenza posseduta, è sospesa durante il periodo di appartenenza al servizio per tutti coloro che tale qualità avrebbero in base agli ordinamenti delle amministrazioni di appartenenza.

L'ambito di operatività della scriminante dell'articolo 51 c.p., allora, si può e deve ricostruire avendo riguardo ai doveri istituzionali del personale dei Servizi che, a loro volta, trovano concretezza nei compiti istituzionali dei Servizi dettagliati negli articoli 6 e 7 della legge n. 124 del 2007, rispettivamente per l'AISE e per l'AISI, derivandone in buona sostanza la [potenziale] applicabilità della scriminante per i fatti criminosi che l'operatore fosse stato commesso a compiere per soddisfare le finalità istituzionali del servizio di appartenenza.

E però è noto il rigore con cui viene tradizionalmente riconosciuta la possibile applicazione della scriminante comune costruita nel codice penale.

Infatti, se non fosse stata introdotta la scriminante speciale, il [solo] riconoscimento della legittimità dell'attività dell'operatore dei servizi, attraverso il richiamo della scriminante comune dell'adempimento del dovere, sarebbe da intendere come subordinato a particolari cautele ed a significative limitazioni.

In sostanza, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione pressoché consolidata formatasi sull'agente provocatore appartenente alla polizia giudiziaria, non sarebbe punibile *ex* articolo 51 c.p. solo quell'operatore il cui intervento risulti essere stato “indiretto” e “marginale” nell'ideazione ed esecuzione del fatto criminoso, essendosi risolto essenzialmente in un'attività di mero controllo, di osservazione e di contenimento dell'altrui azione illecita”; mentre sarebbe punibile, come concorrente nel reato, il soggetto che abbia svolto una concreta attività di istigazione o, comunque, un'attività avente efficacia determinante o concausale (materiale o psichica) nella progettazione e commissione del reato⁴.

⁴ Sezione IV, 22 settembre 1999, Lenza; Sezione VI, 6 luglio 1990, Carpentieri; più di recente, Sezione VI, 30

In buona sostanza, invocando il [solo] articolo 51 c.p. sarebbe impossibile andare esenti da punizione per i fatti criminosi di cui l'operatore dei servizi si sia reso autore, materiale o morale, individuale o concorsuale.

Ed in ogni caso, invocando il [solo] articolo 51 c.p. l'operatore si troverebbe ad essere giudicato senza la copertura istituzionale della scriminante speciale, con tutti i rischi processuali che ciò potrebbe comportare.

Da qui l'importanza della espressa previsione della causa di giustificazione speciale in forza della quale gli agenti segreti non sono punibili qualora realizzino condotte che – pur previste dalla legge come reato- siano state di volta in volta autorizzate dall'esecutivo in quanto indispensabili al soddisfacimento delle finalità istituzionali dei Servizi.

Ciò non toglie che il richiamo all'articolo 51 c.p. può avere una sua importanza in ragione di alcune peculiari caratteristiche operative della scriminante *de qua* che la distinguono da quelle previste dalla legge n. 146 del 2006.

Qui, come si vedrà, non solo è fortemente limitato oggettivamente l'ambito di applicazione dell'esimente, risultando ampio il novero dei reati cui la medesima è inapplicabile, ma soprattutto l'esimente presuppone la previa individuazione, al momento dell'autorizzazione, della condotta e/o delle condotte astrattamente di rilievo penale che vengono autorizzate.

Ne deriva una notevole rigidità operativa che potrebbe ostacolare l'attività dell'"agente segreto" coinvolto in un'operazione *in itinere* allorquando venga imprevedibilmente coinvolto in attività illecite da parte dei soggetti con cui è entrato in contatto, nell'impossibilità di ottenere l'autorizzazione preventiva o, addirittura, nell'impossibilità di ottenere *tout court* l'autorizzazione per il fatto che i reati non rientrano nel novero di quelli autorizzabili. In tale evenienza, laddove l'operatore, impossibilitato a "sganciarsi", limiti il proprio coinvolgimento nell'attività criminosa altrui ad un ruolo comunque passivo, di mero contenimento o di generica osservazione, ben potrebbe giovare dell'esimente comune.

7. I soggetti.

I "soggetti" che possono avvalersi delle garanzie funzionali, che sono quindi destinatari della scriminante, sono, ai sensi dei commi 1 e 7 dell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007, essenzialmente i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza (AISI ed AISE).

La formulazione della norma esclude che la scriminante si applichi al personale del DIS, cui del resto, l'articolo 4 della stessa legge, non attribuisce compiti *stricto sensu* operativi.

ottobre 2014, Ursino; Sezione VI, 8 giugno 2016, Chinaglia; Sezione IV, 21 settembre 2016, Cabianca; Sezione VI, 4 febbraio 2020, Giannone.

Ciò che è del resto confermato dalla disciplina dell'autorizzazione delle condotte previste dalla legge come reato, laddove, coerentemente con tale ricostruzione, si esclude alcun ruolo attivo del DIS nella procedura di rilascio delle autorizzazioni [cfr. articolo 18 della legge n. 124 del 2007].

A conferma di quanto detto, milita ancora il disposto del successivo articolo 21, che, ancora una volta, distingue con chiarezza tra il personale del DIS e quello dei servizi.

8. Gli "esterni".

L'esimente speciale può peraltro trovare applicazione anche nei confronti di "persone non addette ai servizi" (articolo 17, comma 7, della legge n. 124 del 2006).

I presupposti di questa estensione sono, peraltro, molto rigorosi.

I soggetti esterni devono avere agito "in concorso" con uno o più dipendenti dei servizi, non essendo quindi applicabile l'esimente laddove abbiano agito "autonomamente".

Valgono ovviamente i principi generali sul concorso di persone nel reato (articolo 110 e segg. c.p.), onde sarebbe ravvisabile il concorso anche quando a commettere materialmente il fatto sia stato l'esterno, avendo il dipendente del servizio svolto un ruolo di compartecipazione solo psicologica.

È questo un passaggio molto delicato, sul quale si deve soffermare l'attenzione quando la prassi porti a porre le condizioni per un coinvolgimento "attivo" solo di personale "esterno" ai servizi: per evitare il rischio di una violazione dei presupposti della scriminante, occorrerebbe, pur sempre, che in sede di autorizzazione si faccia menzione dell'"interno" ai servizi che, anche se non partecipante materialmente alla condotta integrante reato autorizzata, risulti essere stato onerato del ruolo di "controllore" dell'"esterno", sì da poterne inferire un ruolo compartecipativo quanto meno psicologico nell'attività autorizzata.

Diversamente, un'autorizzazione che vedesse come protagonista assoluto dell'operazione [solo] un "esterno" correrebbe il fondato rischio di essere censurata in sede giudiziaria.

Il ricorso al contributo dell'esterno, inoltre, deve risultare indispensabile [infungibile] e deve essere stato preventivamente autorizzato a norma dell'articolo 18: l'autorizzazione può essere rilasciata solo se ricorrono "particolari condizioni di fatto" ed "eccezionali necessità".

Si tratta di una formulazione ambigua e troppo generica: un minimo di concretezza può essergli attribuita avendo riguardo al presupposto dell'"indispensabilità" del ruolo dell'esterno, che deve essere apprezzato e ritenuto sussistente, nel caso, proprio in ragione di specifiche condizioni fattuali e di specifiche necessità operative che rendano l'attività indilazionabile e comunque non attuabile in modo diverso.

Il rischio di un sindacato giurisdizionale ondivago e disomogeneo è molto forte.

Residua, comunque, a compensazione, per l'esterno chiamato ad operare, l'applicabilità del disposto dell'articolo 59, comma 4, c.p., che consente di applicare

egualmente l'esimente nel caso in cui l'agente abbia versato in errore incolpevole circa la sussistenza della medesima.

Salvo questa particolare ipotesi, si è già detto *supra* dell'inapplicabilità alla speciale esimente *de qua* del disposto dell'articolo 119 c.p., proprio in ragione della speciale disciplina dettata dall'articolo 17, comma 7, imponendosi, per l'effetto, una doverosa cautela nell'impiego di personale non appartenente ai servizi.

Infatti, giova ribadirlo, pur essendosi in presenza di una causa di giustificazione che elide la rilevanza penale del fatto, l'eccezionale previsione della estensione di questa solo ai soggetti esterni [purché] alle condizioni dettate dal comma 7 dell'articolo 17, esclude un'estensione indiscriminata ad altri soggetti, il cui eventuale concorso sarebbe assoggettabile a sanzione penale.

Risulta, allora, evidente, nel sistema costruito dal legislatore, l'eccezionalità del contributo dell'esterno, in termini diametralmente opposti a quelli configurati per le esimenti "comuni" di cui alla legge n. 146 del 2006, dove, anzi, anche con il *novum* normativo introdotto con la legge n. 136 del 2010, ancora più ampio spazio si è dato alle figure degli "interposti" e degli "ausiliari", mai comunque ponendo condizioni particolarmente limitative all'utilizzo di tali soggetti.

9. I reati "scriminati": le differenze rispetto alle esimenti "comuni".

Particolare è la disciplina dei reati "scriminati" e, prima di essa, la stessa modalità di costruzione dell'esimente.

Come si è accennato, nelle esimenti "comuni" di cui alla legge n. 146 del 2006, il legislatore ha adottato la tecnica di identificare positivamente le attività "tipiche" astrattamente integranti reato rientranti nell'ambito di operatività della scriminante, prevedendo, altresì, una clausola di riserva "aperta", con la previsione dell'estensione dell'esimente alle attività "atipiche" prodromiche e strumentali a quelle "tipiche".

Più in dettaglio, giusta il disposto dell'articolo 9 della legge n. 146 del 2006, quanto alle attività che sono scriminate, vi rientrano le attività ["tipiche"] di rifugio o di prestazione di assistenza agli associati, di acquisto, ricezione, sostituzione o occultamento di denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni o cose che sono oggetto, prodotto o mezzo per commettere il reato, di ostacolo all'individuazione della provenienza o di impiego di dette cose, di introduzione all'interno di un sistema informatico o telematico, di danneggiamento, deterioramento, cancellazione, alterazione o comunque intervento su un sistema informatico o telematico ovvero su informazioni, dati e programmi in esso contenuti, di attivazione di identità, anche digitali, di domini e spazi informatici comunque denominati, anche attraverso il trattamento di dati personali di terzi, ovvero di assunzione del controllo o comunque di avvalimento dell'altrui dominio e spazio informatico; nonché le attività ["atipiche"] prodromiche e strumentali alle prime.

Quanto alle attività "tipiche" può discutersi della congruità di una elencazione casistica indifferenziata per tutte le azioni sotto copertura, che finisce con il consentire la commissione di fatti reati non coerenti con la specificità dell'attività. Si tratta di un

risultato non propriamente condivisibile conseguente al tentativo del legislatore di raccogliere sistematicamente in un'unica disciplina tutte le attività sotto copertura.

Più delicato è il tema delle attività "atipiche" spettando necessariamente all'interprete di dare concretezza alla formulazione normativa indubbiamente vaga.

È tematica che, qui, peraltro non interessa e merita di essere sorvolata, dovendosi affrontare solo la questione interpretativa della causa di giustificazione speciale costruita con la legge n. 124 del 2007.

È già stato evidenziato il notevole cambiamento di prospettiva rispetto alle esimenti "comuni": vi è, qui, un'autorizzazione *a priori* di specifiche condotte astrattamente criminose, mentre nel sistema dell'articolo 9 della legge n. 146 del 2006 vi è un'autorizzazione che riguarda l'attività sotto copertura e non si interessa, poi, dello svolgimento di questa e delle specifiche attività criminose poste in essere, lasciate all'iniziativa dell'infiltrato ed alle emergenze del caso concreto.

Come si è parimenti accennato, il meccanismo operativo costruito per la causa di giustificazione "speciale", elide i rischi interpretativi connessi all'individuazione dei reati "prodromici" e "strumentali" conseguenti alla diversa struttura delle esimenti "comuni".

Può quindi sembrare il più idoneo a garantire la massima elasticità operatività.

Ciò che, però, non è del tutto vero, in ragione di alcuni importanti limiti, sostanziali e formali, che il legislatore ha introdotto, già in tema di selezione dei reati scriminabili, per coniugare le esigenze operative con il rispetto delle garanzie di legalità che stanno alla base della repressione dei reati.

10. I reati non autorizzabili oggettivamente.

Su questi limiti "oggettivi" va focalizzata l'attenzione⁵.

In primo luogo, viene all'attenzione il disposto del comma 2 dell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007, dove vengono individuati una serie di fatti non giustificati, né

⁵ La norma di riferimento è l'articolo 17 della legge n. 124 del 2007: "...*Omissis*... 2. La speciale causa di giustificazione di cui al comma 1 non si applica se la condotta prevista dalla legge come reato configura delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone. 3. La speciale causa di giustificazione non si applica, altresì, nei casi di delitti di cui agli articoli 289 e 294 del codice penale e di delitti contro l'amministrazione della giustizia, salvo che si tratti di condotte di favoreggiamento personale o reale indispensabili alle finalità istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza e poste in essere nel rispetto rigoroso delle procedure fissate dall'articolo 18, sempre che tali condotte di favoreggiamento non si realizzino attraverso false dichiarazioni all'autorità giudiziaria oppure attraverso occultamento della prova di un delitto ovvero non siano dirette a sviare le indagini disposte dall'autorità giudiziaria. La speciale causa di giustificazione non si applica altresì alle condotte previste come reato a norma dell'articolo 255 del codice penale e della legge 20 febbraio 1958 n. 75 e successive modificazioni. 4. Non possono essere autorizzate, ai sensi dell'articolo 18, condotte previste dalla legge come reato per le quali non è opponibile il segreto di Stato a norma dell'articolo 39, comma 11, ad eccezione delle fattispecie di cui agli articoli 270 *bis*, secondo comma, e 416 *bis*, primo comma, del codice penale. ...*Omissis*...".

giustificabili [non potrebbero essere autorizzati; l'autorizzazione eventualmente rilasciata sarebbe senz'altro sindacabile dall'autorità giudiziaria con le modalità di cui si dirà *infra*].

Si tratta dei delitti “diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute e l'incolumità di una o più persone”.

Vi rientrano, per esemplificare, i delitti contro l'incolumità pubblica [articolo 422 e segg. c.p.: strage, incendio, disastro ferroviario, commercio e somministrazione di medicinali guasti, ecc.]; i delitti contro la vita e l'incolumità personale [articolo 575 e segg. c.p.: omicidio, lesioni personali, ecc.]; vi rientrano finanche le percosse e l'omissione di soccorso]; i delitti contro la personalità individuale [articolo 600 e segg. c.p.: riduzione e mantenimento in schiavitù, tratta, ecc.]; i delitti contro la libertà personale [articolo 605 e segg. c.p.: sequestro di persona, perquisizioni e ispezioni arbitrarie, violenza sessuale, ecc.]; i delitti contro la libertà morale [articolo 610 e segg. c.p.: violenza privata, minaccia ecc.].

Vi rientrano, però, anche la rapina [articolo 628 c.p.] e l'estorsione [articolo 629 c.p.], che ledono, oltre al patrimonio, anche la libertà personale o morale della persona offesa.

Vi rientra la concussione [articolo 317 c.p.] caratterizzata dal *metus* e dalla coartazione della persona offesa.

Vi rientrano anche i reati di cessione a terzi di sostanze stupefacenti [articolo 73 del dpr n. 309 del 1990], giacché il bene tutelato è anche quello della salute del cessionario [cfr. Sezioni unite, 24 giugno 1998, Kremi].

Si potrebbe discutere [ma la risposta dovrebbe essere senz'altro positiva] dell'autorizzabilità di condotte in materia di sostanze stupefacenti non caratterizzate dall'immediata destinazione a terzi [acquisto e detenzione: ad esempio, utilizzabili per realizzare contatti significativi per il buon esito dell'attività istituzionale; ovvero, importazione ed esportazione].

Per converso, a nostro avviso, non rientrano tra i delitti “non giustificabili” quelli in materia di armi e di esplosivi, il cui oggetto giuridico diretto è evidentemente l'ordine pubblico, mentre l'incolumità privata e pubblica è tutelata attraverso altre previsioni incriminatrici qualificate dall'uso dell'arma e/o dell'esplosivo quale mezzo strumentale [omicidio, strage, ecc.]: nessun problema, quindi, dovrebbe esserci ad ammettere la possibilità “scriminata” per l'operatore di detenere e portare armi anche clandestine, di detenere e trasportare esplosivo, ecc.

Più problematica sembra la risposta con riferimento ad alcune condotte qualificate dall'uso dell'arma o dell'esplosivo [beninteso quando tale uso non abbia determinato effetti lesivi per terzi soggetti: in tal caso, non è dubbia la punibilità di una condotta concettualmente non autorizzabile]: intendiamo riferirci alle condotte sanzionate dall'articolo 421 *bis* c.p. laddove si punisce “chiunque, al fine di incutere pubblico timore o di suscitare tumulto o pubblico disordine o di attentare alla sicurezza pubblica, fa esplodere colpi di arma da fuoco o fa scoppiare bombe o altri ordigni o materie esplodenti”. Si tratta di condotte la cui realizzazione da parte dell'operatore può essere molto utile quando si tratti di “infiltrare” organizzazioni il cui scopo sia anche quello di

organizzare attentati dimostrativi. Ebbene, riteniamo che condotte di tal genere, purché sia ben chiaro il limite solo dimostrativo della condotta tenuta [cioè, in assenza di rischi prevedibili per le persone], possano essere autorizzate tenuto conto dell'oggetto giuridico dei reati in materia di armi e di esplosivi e del fatto che la "finalità di attentato alla sicurezza pubblica" rientra nel dolo specifico del reato, che non appartiene alla condotta dell'infiltrato⁶. In definitiva, ci sembra possa essere autorizzata la partecipazione ad attentati dimostrativi, quando non risulti preventivabile alcun rischio per le persone: cura particolare, ovviamente, dovrà aversi in sede di autorizzazione sui limiti dell'intervento e sulla acclarata assenza di rischi per le persone; cura dovrà esservi per l'infiltrato in sede di attuazione dell'attività, nella prospettiva del limite operativo di cui all'articolo 17, comma 6, lettera *d*), della legge n. 124 del 2007 [sul quale v. *infra*].

Va comunque notato che l'esclusione riguarda solo i "delitti": onde sarebbero scriminabili le "contravvenzioni" commesse, anche se il relativo oggetto giuridico rientrasse nell'elenco predisposto dalla norma: si pensi, per tutte, alle contravvenzioni contro l'incolumità pubblica [articolo 672 e segg. c.p.].

Per converso, sono concettualmente esclusi tra i reati autorizzabili, anche a prescindere dall'interesse tutelato, quelli colposi, in ragione del fatto che la preventiva autorizzazione [con la conseguente "previsione" in ordine alla commissione futura del reato] è incompatibile con il *proprium* della colpa.

In secondo luogo, rileva il comma 3 dello stesso articolo 17, dove sono previste ulteriori esclusioni oggettive, negandosi l'applicazione della esimente nei casi dei delitti previsti dagli articoli 255 (soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato), 289 (attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali) e 294 c.p. (attentati contro i diritti politici del cittadino: *ergo*, le condotte violente, minatorie o ingannevoli con cui si interdice o impedisce il diritto del cittadino di partecipare alla funzione di indirizzo politico, esercitando il diritto di elettorato attivo o passivo, quello di associarsi in partiti politici, ecc.); nei casi, ancora, dei reati in materia di prostituzione previsti dalla legge 20 febbraio 1958 n. 75; nei casi, infine, dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, salvo che si tratti di condotte di "favoreggiamento personale o reale" indispensabili alle finalità istituzionali dei servizi e regolarmente autorizzate, sempre che tali condotte di favoreggiamento non si sostanzino in false dichiarazioni all'autorità giudiziaria oppure nell'occultamento della prova di un delitto [non di una contravvenzione?] oppure in un comportamento diretto a sviare le indagini disposte dall'autorità giudiziaria.

Quest'ultima previsione è indubbiamente di interpretazione criptica. Non ha molto senso, infatti, eccettuare dalle condotte autorizzabili il favoreggiamento

⁶ A ben vedere, proprio la carenza del dolo specifico, farebbe sì che la condotta dell'infiltrato, autorizzabile nei sensi sopra indicati, rientrerebbe nel paradigma normativo dell'articolo 703 c.p., che, in quanto contravvenzione, come si dirà nel testo *infra*, non vede limiti all'autorizzabilità (cfr. Sezione I, 22 settembre 2006, Ponticelli ed altri, che fonda la distinzione tra il delitto di cui all'articolo 6 della legge 2 ottobre 1967 n. 895 e la contravvenzione disciplinata dall'articolo 703 c.p. proprio sull'elemento soggettivo; in senso conforme, Sezione I, 20 gennaio 2014, Sciacca; Sezione I, 11 gennaio 2022, Andolina).

consistente nel “rendere false dichiarazioni all’autorità giudiziaria” quando la scriminante non sarebbe comunque applicabile ai reati di falsa testimonianza (articolo 372 c.p.) e di false informazioni al pubblico ministero (articolo 371 *bis* c.p.).

Probabilmente, per dare un senso alla disposizione, è da ritenere che la previsione riguardi le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero *ex* articolo 370 c.p.p. ovvero rese alla polizia giudiziaria che procede d’iniziativa *ex* articolo 351 c.p.p.

Non sembrano autorizzabili, invece, le condotte di depistaggio (articolo 375 c.p.) e di intralcio alla giustizia (articolo 377 c.p.), perché comunque in grado di determinare uno sviamento dell’attività giudiziaria.

Per quanto riguarda i reati contro la amministrazione della giustizia, vi è comunque una disciplina derogatoria rispetto a quella desumibile dal combinato disposto degli articoli 331 c.p.p. e 361 c.p.

L’articolo 23 della legge n. 124 del 2007, in deroga alle disposizioni ordinarie, prevede, al comma 6, che il personale dei servizi abbia l’obbligo di denunciare fatti costituenti reato [solo] al rispettivo direttore, il quale, a sua volta, senza ritardo, deve informarne il Presidente del consiglio dei ministri; specificando, al comma 7, che è il direttore del servizio o del DIS ad essere tenuto a fornire ai competenti organi di polizia giudiziaria le informazioni [*ergo*, in primo luogo, la notizia di reato] e gli elementi di prova relativamente ai reati di cui si sia acquisita conoscenza nell’ambito delle struttura di appartenenza, pur se tale adempimento può essere ritardato, ai sensi del comma 8, su autorizzazione del Presidente del consiglio, quando ciò sia strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali del Sistema di informazione per la sicurezza.

Ne deriva un sostanziale svuotamento dell’ambito di operatività del reato di omessa denuncia (articolo 361 c.p.), che può ravvisarsi [e non rientrerebbe tra quelli “scriminabili”] solo a carico dell’appartenente ai servizi che abbia omesso di riferire il fatto-reato al proprio direttore ed a carico di quest’ultimo che abbia omesso di comunicare il fatto-reato così acquisito alla autorità giudiziaria [fatta salva la menzionata facoltà di ritardare l’informativa su autorizzazione dell’autorità politica].

Ancora, sempre in tema di “eccezioni” ai reati scriminabili, rileva il comma 4 dell’articolo 17 della legge n. 124 del 2007, che introduce ulteriori esclusioni oggettive, stabilendo che non possono essere autorizzate e, quindi, non rientrano nell’ambito di operatività della scriminante, le condotte previste dalla legge come reato per le quali “non è opponibile il segreto di Stato” a norma dell’articolo 39, comma 11, della stessa legge n. 124 del 2007, “ad eccezione delle fattispecie di cui agli articoli 270 *bis*, comma 2, c.p. e 416 *bis*, comma 1, c.p.”.

La scriminante sembra quindi applicabile formalmente solo alle fattispecie di partecipazione ad associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico (articolo 270 *bis*, comma 2, c.p.) e di partecipazione ad associazioni di tipo mafioso (articolo 416 *bis*, comma 1, c.p.). Rispetto a tali condotte, che, per vero, non possono essere oggetto del segreto di Stato, può essere legittimamente autorizzata la partecipazione di personale dei servizi che, quindi, possono avvalersi della scriminante.

Questo non è però completamente esatto.

Infatti, proprio con riguardo al disposto del comma 4 dell'articolo 17, è da ricordare la disciplina transitoria introdotta dall'articolo 8, comma 2, del decreto-legge 18 febbraio 2015 n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015 n. 43, vigente, per effetto di successive proroghe, fino al 31 dicembre 2024 [cfr., da ultimo, il decreto-legge 30 dicembre 2023 n. 215, convertito dalla legge 23 febbraio 2024 n. 18].

In forza di tale disciplina transitoria, attualmente [e fino appunto al 31 dicembre 2024] è prevista la possibilità di estendere anche ad una serie di ulteriori delitti con finalità di terrorismo le condotte scriminabili: si tratta delle condotte-reato previste agli articoli 270, comma 2 [partecipazione ad associazioni sovversive], 270 *ter* [assistenza agli associati], 270 *quater* [arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale], 270 *quater.1* [organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo], 270 *quinqies* [addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale], 270 *quinqies.1* [finanziamento di condotte con finalità di terrorismo], 302 [istigazione a commettere uno dei delitti contro la personalità interna o internazionale dello Stato], 306, comma 2 [partecipazione a banda armata], e 414, comma 4, c.p. [istigazione a commettere delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità o apologia degli stessi delitti] del codice penale.

Queste condotte, fino al 31 dicembre 2024, si aggiungono quindi a quelle di cui agli articoli 270 *bis*, comma 2, e 416 *bis*, comma 1, c.p., tra quelle per le quali può operare la scriminante⁷.

11. Gli altri reati autorizzabili.

Escluse le "eccezioni" di cui si è detto, dettate dai commi 2, 3 e 4 dell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007, e puntualizzati i limiti di autorizzabilità anche di talune fattispecie associative, in teoria tutti i reati diversi ed ulteriori possono essere autorizzati.

Certamente anche i reati contro il patrimonio e quelli contro la pubblica amministrazione, sempre che, beninteso, strumentali al perseguimento delle finalità istituzionali dei servizi.

Si porrà, poi, per tali reati [si pensi, al furto, alla truffa, alla corruzione] la necessità, in esito alla operazione, della sorte del profitto derivatone. Tale profitto, proprio per non palesare l'operazione, potrà anche motivatamente non essere restituito all'avente diritto e al medesimo dovrà darsi una sorte compatibile alla finalità pubblica che caratterizza l'attività dei servizi. Trattandosi di una determinazione operativa meramente esecutiva, non riteniamo che debba farsene menzione nel provvedimento di autorizzazione,

⁷ Va anzi aggiunto che è in discussione in Parlamento un provvedimento legislativo [A.C. 1660-A, contenente Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario], dove, per quanto interessa, non solo si intende rendere permanente la disciplina transitoria di cui si è detto, ma si vogliono anche aggiungere ulteriori reati a quelli che possono essere oggetto dell'autorizzazione: segnatamente, quelli previsti dagli articoli 270 *bis*, comma 1 [direzione e organizzazione di associazioni con finalità di terrorismo], 270 *quinqies.3* [detenzione di materiale con finalità di terrorismo: è un reato di nuovo conio che si intende introdurre con lo stesso provvedimento normativo] e 435 [fabbricazione o detenzione di materie esplodenti] del codice penale.

bastando che, sul punto, motivatamente, provveda il direttore del servizio, con atto che dovrà essere conservato presso il DIS secondo la disciplina generale dettata dal comma 7 dell'articolo 18 della legge n. 124 del 2007.

12. I documenti di copertura.

Non occorre far rientrare, poi, nell'ambito di operatività della scriminante i falsi afferenti i documenti di copertura, che trovano autonoma disciplina nell'articolo 24 della legge n. 124 del 2007, dedicato alle "identità di copertura". Il direttore del DIS, in vero, previa comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri o all'autorità delegata, può autorizzare, su proposta del direttore del servizio cui appartiene l'interessato, l'uso di documenti di identificazione contenenti "indicazioni sulle qualità personali diverse da quelle reali"; con la medesima procedura può essere disposta e autorizzata l'utilizzazione temporanea di documenti e certificati di copertura.

Presso il DIS è prevista l'istituzione di un apposito registro e sempre presso il DIS i documenti e i certificati "falsi" sono conservati al termine dell'operazione.

Quindi, la formazione di documenti falsi ai fini e alle condizioni suddette è espressamente autorizzata per legge, senza dover ricorrere alla procedura di cui all'articolo 17 e segg.

Va anzi ricordato che, per garantire la migliore tutela processuale in favore degli operatori degli organismi di informazione per la sicurezza, le identità di copertura, di cui all'articolo 24 della legge n. 124 del 2007, possono essere utilizzate sia negli atti dei procedimenti penali di cui all'articolo 19 della medesima legge n. 124 del 2007, dandone comunicazione con modalità riservate all'autorità giudiziaria procedente contestualmente all'opposizione della causa di giustificazione, che nelle deposizioni davanti all'autorità giudiziaria⁸.

13. Le attività economiche simulate.

Neppure rientra nell'ambito di operatività della scriminante la facoltà concessa agli operatori dei servizi di esercitare simulatamente "attività economiche", sia nella forma di imprese individuali sia nella forma di società di qualsiasi natura, che trova autonoma disciplina nell'articolo 25 della legge n. 124 del 2007.

⁸ Ciò in forza della disciplina transitoria introdotta dall'articolo 8, comma 2, del decreto-legge 18 febbraio 2015 n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015 n. 43, vigente, per effetto di successive proroghe, fino al 31 dicembre 2024 [cfr., da ultimo, il decreto-legge 30 dicembre 2023 n. 215, convertito dalla legge 23 febbraio 2024 n. 18]. Peraltro, il già citato provvedimento legislativo in discussione in Parlamento [A.C. 1660-A, contenente Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario] contiene specifiche disposizioni per rendere permanente tale disciplina di tutela [la quale, per quanto attiene alla deposizione testimoniale mediante l'utilizzo di generalità di copertura, è già da ora completata dall'articolo 497, comma 2 *bis*, c.p.p.].

La legittimità dell'attività presuppone l'autorizzazione del direttore del DIS, previa comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri o all'autorità delegata, su proposta del direttore del servizio cui appartiene l'interessato.

Si è fuori dalla scriminante speciale dell'articolo 17 perché trattasi di attività che, di per sé, non implicano la commissione di reati [diversamente occorrerebbe anche la relativa autorizzazione], riverberando i propri effetti solo sul piano civilistico.

È in questo contesto e con questa disciplina che, in tutta probabilità, può procedersi ad autorizzare il compimento di attività *lato sensu* economiche che possono svolgere un ruolo strumentale al buon esito dell'operazione di cui, a differenza che per le scriminanti "comuni" previste dalla legge n. 146 del 2006, manca una dettagliata disciplina: ci si vuole riferire all'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, all'attivazione di siti nelle reti, alla realizzazione e alla gestione di aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi informatici [cfr. articolo 9, comma 5, della legge n. 146 del 2006].

14. Le esclusioni "locali" e "personali".

Le esclusioni "oggettive" di cui si è detto, disciplinate nei commi 2, 3 e 4 dell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007, non esauriscono i limiti di operatività della causa di giustificazione speciale.

Il comma 5 dello stesso articolo 17, infatti, implementa le ipotesi di reato escluse dalla scriminante avendo stavolta riguardo al contesto "ambientale" e "soggettivo".

Viene così vietata in modo assoluto la consumazione di reati, altrimenti autorizzabili perché non eccettuati "oggettivamente", nelle sedi dei partiti politici rappresentati in Parlamento ovvero in un'assemblea o consiglio regionale, nelle sedi delle organizzazioni sindacali, nonché "nei confronti" di giornalisti professionisti iscritti all'albo.

Si tratta di contesti, oggettivi e soggettivi, rispetto ai quali vengono in considerazione principi costituzionali che presidiano, in particolare, la libertà sindacale, il diritto di associarsi in partiti politici, la libertà di stampa, ecc.⁹

Per l'effetto, deve ritenersi implicitamente vietata la commissione di reati che attingano le prerogative costituzionali riservate ai parlamentari dall'articolo 68 della Costituzione.

Per scelta consapevole del legislatore analoga disciplina di tutela non è stata attribuita agli uffici giudiziari.

Analogamente, l'espressa formulazione letterale della norma, sembra autorizzare la consumazione di reati, beninteso non rientranti tra quelli "oggettivamente" esclusi, nelle sedi dei giornali, purché non indirizzati nei confronti delle persone dei giornalisti.

⁹ A. CISTERNA, *Agenti segreti*, cit. sottolinea la mancata inclusione tra i luoghi e i soggetti "interdetti" dei siti delle organizzazioni religiose e dei ministri di culto, spiegando tale soluzione con le esigenze di contrasto del terrorismo di matrice fondamentalista islamica.

Va ancora soggiunto, per meglio comprendere quest'ultima eccezione, che ciò che è vietato è la commissione di un reato "nei confronti" del giornalista, *ergo*, di un reato che veda quest'ultimo come persona offesa. Non sembrano vietate attività che si "servano" del giornalista, quale strumento anche inconsapevole, per il perseguimento degli scopi di istituto [si pensi, ad attività che, con l'utilizzo di documentazione non genuina, possa servire per perseguire lo scopo di fornire una informazione "pilotata", se ed in quanto strumentale al perseguimento degli scopi istituzionali].

15. L'autorizzazione preventiva.

Il più importante limite all'applicabilità della scriminante è individuabile nel fatto che il riconoscimento di questa presuppone il rigoroso rispetto delle procedure di autorizzazione e documentazione previste dall'articolo 18 della legge n. 124 del 2007.

In tal senso, è inequivoco il disposto dell'articolo 17, comma 6, lettera *a*), seconda parte, che richiamando, appunto, le procedure di cui all'articolo 18, subordina l'applicabilità della speciale causa di giustificazione alla condizione "formale" della previa autorizzazione da parte dell'attività politica e della documentazione di tale attività autorizzatoria.

Come già sottolineato, si tratta di una differenza notevole rispetto alle scriminanti di cui all'articolo 9 della legge n. 146 del 2006, dove l'autorizzazione dell'organo di vertice riguarda lo svolgimento dell'operazione sotto copertura e non invece, in dettaglio, specifiche attività criminose [previamente individuate] che l'infiltrato possa trovarsi a dover commettere.

Talune di queste, in vero, possono essere individuate già nel provvedimento autorizzatorio [si pensi, all'operazione che presuppone già dall'inizio l'acquisto simulato di droga per "infiltrare" un'associazione criminosa], ma è fatto salvo il prosieguo dell'attività, che lascia in qualche misura libero l'infiltrato di autodeterminarsi ai fini del perseguimento del miglior risultato. Per converso, la mancata preindividuazione dei reati, espone l'operatore, specie allorquando si tratti di attività illecite "atipiche", al rischio derivante dal discrezionale apprezzamento giudiziario.

Nella scriminante "speciale" prevista per il personale dei servizi, abbiamo, invece, la necessità di un intervento autorizzatorio dell'autorità politica che ha per oggetto la preventiva individuazione del o dei reati scriminati, attraverso un meccanismo che è senz'altro più rigido, ma che evita per converso i rilevati rischi derivanti dal successivo apprezzamento giudiziario sulle condotte integranti reato realizzate dall'operatore.

A ben vedere, il legislatore, con il meccanismo dell'autorizzazione preventiva vuole evitare eccessi ed abusi e, allo stesso tempo, vuole garantire gli appartenenti ai servizi con la condivisione politica dell'attività che sono chiamati ad intraprendere.

16. L' autorizzazione: procedura e vicende.

Il parametro di riferimento è rinvenibile nell'articolo 18 della legge n. 124 del 2007, laddove, dopo essersi posta, nel comma 1, la regola dell'autorizzazione rilasciata dall'autorità politica [Presidente del Consiglio dei ministri o autorità delegata: che è il Sottosegretario alla Presidenza del consiglio con delega ai servizi, giusta dpcm del 26 ottobre 2007], nel comma 4 si disciplina una particolare procedura che consente, nei casi di "assoluta urgenza", che ostano alla tempestiva acquisizione dell'autorizzazione, di porre in essere la condotta su decisione del direttore del servizio di informazione.

Questi dovrà procedere autonomamente ad autorizzare l'operazione, ma dovrà darne comunicazione entro le successive ventiquattro ore all'autorità politica, per la successiva ratifica nei dieci giorni successivi.

È fin troppo ovvio che la mancata ratifica o la ratifica fuori termine non eliderebbe la possibilità di applicare la scriminante nei confronti dell'operatore, quanto meno *ex* articolo 59 c.p., giacché questi non è certo tenuto a sapere dell'*iter* autorizzativo, e ben può avere agito nella convinzione della relativa ritualità dopo avere ricevuto l'autorizzazione urgente del direttore.

Il sistema di garanzia è completato da una specifica disciplina afferente alle formalità dell'autorizzazione. La richiesta del direttore all'autorità politica e il rilascio dell'autorizzazione devono avere forma scritta e idonea motivazione: la richiesta, infatti, deve essere "circostanziata", mentre l'autorizzazione deve essere "motivata". È prevista la conservazione della relativa documentazione in uno schedario segreto istituito presso il DIS.

Contenuto essenziale della richiesta e dell'autorizzazione è rappresentato dalla previa indicazione dei reati che possono essere commessi e delle persone autorizzate [non solo i dipendenti del servizio, ma anche gli "estranei" che dovessero essere coinvolti nelle rigorose condizioni di cui all'articolo 17, comma 7, della legge n. 124 del 2007].

Il necessario rispetto dei limiti dell'autorizzazione, a tacer d'altro, è dimostrato dalla disciplina tratteggiata nel comma 6 dell'articolo 18 della legge n. 124 del 2007, laddove viene previsto che l'autorità politica, nel caso in cui la condotta come reato sia stata realizzata in assenza o oltre i limiti dell'autorizzazione, è tenuta, non solo ad adottare le necessarie misure [in primo luogo, quelle disciplinari], ma anche ad "informare" l'autorità giudiziaria senza ritardo.

Le ipotesi tipiche sono quella della commissione di reati ulteriori rispetto a quelli autorizzati ovvero quella della condotta provvisoriamente autorizzata dal direttore del servizio che l'autorità politica ritenga di non ratificare per carenza delle condizioni di legge.

17. Le finalità e i limiti della scriminante.

Sarebbe semplicistico ritenere risolto il problema della applicabilità della “scriminante” con il richiamo all’intervenuta autorizzazione preventiva ed al rispetto dei requisiti di “forma” di tale autorizzazione.

Infatti, la condizione “formale” della previa autorizzazione da parte dell’attività politica e della documentazione di tale attività autorizzatoria [articolo 17, comma 6, lettera *a*), seconda parte, della legge n. 124 del 2007, che richiama in proposito la disciplina del successivo articolo 18], è solo una delle condizioni di legittimità e di efficacia della “scriminante”.

Ulteriori condizioni per l’applicabilità della scriminante sono ricollegate alle “finalità” ed ai “limiti” dell’operazione che vede coinvolto il personale dei servizi: anche il rispetto di tali condizioni, pure dettagliate nell’articolo 17, comma 6, si riflette sulla legittimità e sull’efficacia dell’autorizzazione.

L’articolo 17, comma 6, della legge n. 124 del 2007, quindi, condiziona l’applicabilità dell’esimente ad alcune ulteriori, concorrenti condizioni che si aggiungono a quelle “formali” richiamate nella lettera *a*).

In primo luogo, si tratta della condizione “finalistica” che le condotte siano poste in essere dal personale dei servizi di informazione nell’esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi medesimi, quali sono descritti negli articoli 6 e 7: acquisizione di informazioni utili alla difesa dell’indipendenza, dell’integrità e della sicurezza della Repubblica dalle minacce provenienti dall’estero [AISE]; acquisizione di informazioni utili a difendere la sicurezza interna della Repubblica e le istituzioni democratiche da ogni minaccia, da ogni attività eversiva e da ogni forma di aggressione criminale o terroristica [AISI], ecc. [articolo 17, comma 6, lettera *a*), prima parte]

Non vi è quindi, diversamente che nelle esimenti comuni di cui all’articolo 9 della legge n. 146 del 2006, il riferimento al perseguimento di specifiche fattispecie incriminatrici.

Né vi è il riferimento all’acquisizione di “prove” poi spendibili processualmente.

Quindi, rispetto alle esimenti comuni, neppure si pone un problema di utilizzabilità investigativa e/o processuale di quanto ottenuto per reati diversi e/o ulteriori¹⁰.

¹⁰ L’articolo 9 della legge n. 146 del 2006 condiziona, infatti, la legittimità dell’operazione sottocopertura alla finalità esclusiva di acquisire elementi di prova in ordine ai reati presupposti. Può porsi, allora, una questione di apprezzamento della validità ed utilizzabilità delle acquisizioni probatorie nel caso in cui si accertino reati ulteriori o addirittura diversi rispetto a quelli per cui è stata autorizzata l’attività sotto copertura. Al riguardo, l’interpretazione che convince è nel senso che deve ritenersi legittima l’operazione simulata, anche quando, oltre ai reati “presupposti” per il cui perseguimento è stata organizzata, ne emergano altri di diversa natura. Rispetto a questi reati non è dubitabile che gli elementi di prova acquisiti nel corso dell’infiltrazione siano validi e perfettamente utilizzabili. Lo stesso deve dirsi in presenza di un’operazione che fosse iniziata legittimamente per una delle “causali” tipiche indicate dal legislatore, ma che poi, nel prosieguo, abbia consentito di accertare [solo] la commissione di reati diversi. L’apprezzamento sulla “finalità” perseguita non può che essere effettuato e valutato *ex ante*, riportandosi cioè al momento dell’autorizzazione, e non certo considerando *ex post* i risultati investigativi che ne siano derivati (cfr., per

Emerge, piuttosto, una spiccata “finalità di prevenzione” che vede la scoperta di reati come momento non necessario e, comunque, semmai solo strumentale.

Tanto è vero che, in proposito, vale il particolare regime introdotto dall’articolo 23 della legge n. 124 del 2007, che, come si è visto, non solo esclude la qualità di ufficiale o agente di polizia giudiziaria in capo agli operatori dei servizi, ma esclude qualsivoglia rapporto diretto di questi con l’autorità giudiziaria [la denuncia dei reati compete solo al direttore del servizio: cfr. il comma 7 del citato articolo 23].

In secondo luogo, quale ulteriore presupposto per l’applicabilità della scriminante, è posta la condizione della “proporzionalità” rispetto allo scopo dell’attività autorizzata, che ne “limita” l’ambito di operatività.

Tale requisito sintetizza e compendia una serie di esigenze concorrenti: che le condotte risultino “indispensabili e proporzionate al conseguimento degli obiettivi dell’operazione non altrimenti perseguibili” [articolo 17, comma 6, lettera *b*)]; che le condotte criminose poste in essere risultino essere stato il frutto di una “obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti” [articolo 17, comma 6, lettera *c*)]; che le condotte integranti reati siano effettuate in modo da comportare il “minor danno” possibile per gli interessi lesi [articolo 17, comma 6, lettera *d*)].

La proporzionalità tra il mezzo e il fine introduce, a ben vedere, una regola valutativa che riecheggia quella già conosciuta in altre scriminanti comuni, quali la legittima difesa e lo stato di necessità.

Proprio questa proporzionalità necessaria conduce a ritenere l’inapplicabilità del meccanismo delle garanzie funzionali allorché l’ordinamento appresti un altro strumentario idoneo allo scopo. Ciò vale, per esempio, con riguardo allo strumentario delle intercettazioni preventive dei servizi di informazione per la sicurezza previste dagli articoli 4 e 4 *bis* del decreto-legge 27 luglio 2005 n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005 n. 155. Proprio la previsione di questa disciplina di garanzia non sembra consentire che possa essere disapplicato “autorizzando”

utili spunti, Sezione III, 17 febbraio 2005, Auregli). Per converso, quando risultasse (con giudizio appunto da effettuare *ex ante*, cioè riportandosi al momento in cui l’attività simulata è stata autorizzata) che l’operazione sia stata attivata in difetto del presupposto finalistico richiesto dalla legge n. 146 del 2006, ma utilizzando strumentalmente i poteri concessi dalla norma per indagini fin dall’origine non riguardanti i reati tipici per la cui repressione è consentito il ricorso alle azioni sottocopertura, solo allora sorgerebbe un problema serio di legittimità dell’operazione stessa, con esiti disciplinari, penali e anche processuali. L’attivazione dell’operazione infiltrata in difetto del presupposto finalistico dovrebbe importare, infatti, in primo luogo, la responsabilità disciplinare degli operanti. Dovrebbe importare, inoltre, in tutta probabilità, anche il rischio della responsabilità penale per l’infiltrato: questi, infatti, in assenza della copertura della scriminante, potrebbe essere chiamato a rispondere dei fatti-reato eventualmente commessi per “suscitare” la condotta criminosa altrui (salva, semmai, la possibilità di avvalersi della scriminante comune configurata dall’articolo 51 c.p., con i rigorosi limiti con cui questa, però, è ammessa dalla giurisprudenza). Dovrebbe importare, ancora, che gli elementi di prova acquisiti in violazione della disciplina di legge (dal carattere eccezionale e tassativo), non possano essere utilizzati processualmente, in ossequio al disposto dell’articolo 191 c.p.p.: gli esiti dell’operazione simulata “irregolare”, piuttosto, potranno solo valere quale “notizia di reato”, valida per l’inizio di un diverso procedimento e per l’espletamento di accertamenti volti ad acquisire, a conforto, nuovi (stavolta utilizzabili) elementi di prova.

intercettazioni “abusive” [articolo 615 *bis* e segg. c.p.] con la apparente copertura delle “garanzie funzionali”.

18. Il sindacato giudiziale.

Il tema dei limiti della scriminante si pone [*rectius*, si potrebbe porre] nella prospettiva delle indagini e del processo, in relazione al sindacato dell’autorità giudiziaria sulla responsabilità o no dell’operatore dei servizi, laddove la vicenda dovesse essere sottoposta al vaglio giudiziario.

L’articolo 19, comma 6, della legge n. 124 del 2007, in vero, ad una lettura semplicistica, sembrerebbe addirittura legittimare l’assenza del sindacato da parte dell’autorità giudiziaria sui presupposti formali e sostanziali della scriminante, laddove dispone che quando il Presidente del consiglio “conferma” la sussistenza dell’autorizzazione, il giudice, su richiesta del pubblico ministero o d’ufficio, pronuncia, a seconda dei casi, sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione.

In realtà, la soluzione corretta deve essere quella opposta, che attribuisce all’autorità giudiziaria un sindacato di legittimità della speciale causa di giustificazione e, quindi, anche dell’atto amministrativo che l’abbia autorizzata.

Un’ importante indicazione in tal senso si ricava, in primo luogo, dall’articolo 204 c.p.p., che, al comma 1 *bis*, esclude dal segreto di Stato i fatti, le notizie o i documenti concernenti le condotte realizzate da appartenenti ai servizi di informazione “in violazione” della disciplina concernente la speciale causa di giustificazione.

Una decisiva indicazione è desumibile, poi, dall’articolo 19, comma 7, della stessa legge n. 124 del 2007, laddove, nel disciplinarsi le modalità di custodia riservata degli atti relativi alle attività di cui si discute, si richiama anche lo strumento solutorio del contrasto tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa sulla legittimità dell’attività autorizzata: strumento rappresentato dal conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale [alla quale, va ricordato, non è opponibile il segreto di Stato: articolo 202, comma 8, c.p.p.].

È indicazione ulteriore che conforta dell’ammissibilità del “sindacato” e descrive il *modus* con cui tale sindacato, in caso di dissenso, deve trovare soluzione giudiziaria.

Così come analogo, importante “conforto” si desume dal successivo comma 8 dell’articolo 19, dove espressamente si evoca la possibilità di sollevare il conflitto di attribuzione, con la previsione che, in tale evenienza, la Corte costituzionale ha “pieno accesso” agli atti e, in particolare, al provvedimento di autorizzazione.

È questa, del resto, l’unica soluzione interpretativa che rende compatibili le esigenze di sicurezza interna o esterna dello Stato con la sfera di intervento e di valutazione riservata costituzionalmente alla giurisdizione [per utili spunti, Corte costituzionale, 25 giugno 2008 n. 230].

È rimesso, quindi, all’autorità giudiziaria il sindacato sul rispetto dei limiti tassativamente fissati ai commi 2, 3, 4 e 5 dell’articolo 17 [esclusioni oggettive] e delle procedure di autorizzazione fissate dall’articolo 18.

È rimesso, altresì, all'autorità giudiziaria anche il sindacato sul provvedimento di autorizzazione [sindacato formale, ma anche sostanziale sulla motivazione delle ragioni dell'autorizzazione].

È rimesso, ancora, all'autorità giudiziaria l'apprezzamento circa l'insussistenza di opzioni operative diverse dalla commissione di reati concretamente coltivabili per perseguire gli scopi istituzionali dei servizi, in un'ottica di evidente disfavore che il legislatore manifesta per il ricorso alla commissione di reati quale "strumento" per soddisfare il fine istituzionale dei servizi, nonché, più in generale, l'apprezzamento sulla "proporzionalità" dell'attività autorizzata con riferimento agli scopi perseguiti ed ai risultati prodotti con la commissione dei reati.

In proposito, mentre il giudizio di "proporzionalità" afferente all'indispensabilità dell'operazione e l'adeguata comparazione degli interessi coinvolti riguarda, a ben vedere, il provvedimento di autorizzazione; quello sul "minor danno" possibile arrecato agli interessi coinvolti riguarda l'attività come in concreto posta in essere.

L'intervento della Corte costituzionale, in vero, potrebbe anche ritenersi metodica non necessitata: a nostro avviso, infatti, è fondatamente ipotizzabile che l'autorità giudiziaria debba investire la Corte solo in caso di dissenso che afferisca l'apprezzamento dei presupposti di cui al comma 6 dell'articolo 17; mentre, in caso di ritenuta violazione della disciplina contenuta nei commi 2, 3, 4 e 5 dell'articolo 17, l'autorizzazione che fosse stata rilasciata potrebbe essere direttamente disapplicata perché illegittima per diretto contrasto con tassative indicazioni normative sui presupposti della scriminante. In tale evenienza, il conflitto potrebbe essere attivato, semmai, dall'autorità politica.

Anche a voler ammettere che, nei suddetti limiti, il conflitto di attribuzione non sia "sempre" l'unico strumento solutorio del contrasto tra autorità politica e autorità giudiziaria [ove appunto si ritenga che vi sia uno spazio per la disapplicazione del provvedimento di autorizzazione: nel qual caso semmai sarà l'autorità politica a sollevare il conflitto di attribuzione] è certo che il conflitto di attribuzione è l'unica strada percorribile ove dall'autorità politica venga opposto il Segreto di Stato.

Infatti, a fronte dell'opposizione del segreto, l'autorità giudiziaria [ove non ne voglia prendere atto e, semmai, limitarsi in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto: cfr. articolo 202, comma 6, c.p.p.] non può che sollevare conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale [il segreto di Stato non è opponibile alla Corte costituzionale, che ha libero accesso agli atti: articolo 202, comma 8, c.p.p.].

Sul punto è pacifica la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Di recente, con ordinanza 7 ottobre 2016 n. 217, è stato infatti ribadito che è materia di conflitto di attribuzione il contrasto tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e [in fase di indagini] il pubblico ministero quando si controverte dell'ammissibilità/legittimità del segreto di stato o, per converso, di iniziative giudiziarie in ipotesi lesive delle prerogative in tema di segreto di Stato del Presidente del Consiglio dei ministri.

In punto di legittimazione ad essere "parti" del conflitto: il Presidente del Consiglio dei ministri è l'organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del

potere cui appartiene in ordine alla tutela, apposizione, opposizione e conferma del segreto di Stato, non solo in base alla legge n. 124 del 2007, ma anche alla stregua delle norme costituzionali che ne definiscono le attribuzioni; parimenti, deve essere riconosciuta la legittimazione della Procura della Repubblica - nella persona del Procuratore della Repubblica, titolare dell'ufficio - in quanto investita dell'attribuzione, costituzionalmente garantita, inerente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (articolo 112 della Costituzione), cui si connette la titolarità diretta ed esclusiva delle indagini ad esso finalizzate.

Resta allora da chiarire lo spazio di intervento attribuito, in tale evenienza, alla Corte costituzionale, dovendosi distinguere in proposito a seconda che nella vicenda vengano o no evocate problematiche di opponibilità del segreto di Stato.

19. Il conflitto di attribuzione.

L'ambito del controllo e del sindacato della Corte costituzionale nei confronti del segreto di Stato sono stati con chiarezza puntualizzati dalla stessa Corte nella nota sentenza 3 aprile 2009 n. 106.

Premesso, come detto, che davanti alla Corte costituzionale non è eccepibile il segreto di Stato (articolo 202, comma 8, c.p.p.) e che la Corte, nella specie, ha pieno accesso agli atti (articolo 19, comma 8, della legge n. 124 del 2007) e che, comunque, il segreto di Stato non sarebbe opponibile né relativamente a fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale nonché ai delitti previsti dagli articoli 285, 416 *bis*, 416 *ter* e 422 c.p. (articolo 204, comma 1, c.p.), né relativamente alle condotte integranti reato commesse da personale dei servizi in violazione della disciplina di garanzia tratteggiata dall'articolo 17 e segg. (articolo 204, comma 1 *bis*, c.p.p.), deve ritenersi che la Corte possa e debba verificare la legittimità dell'attività in contestazione e riformulare il giudizio compiuto in proposito anche dall'autorità politica, in sede di autorizzazione, almeno fino a che le valutazioni operate non si traducano in opzioni e ponderazioni "meramente politiche". Ipotesi residuale, quest'ultima, che, peraltro, sembra difficilmente ricorribile nel caso di interesse, dove l'autorizzazione è subordinata "per legge" a rigorosi presupposti valutativi anche in ordine a scelte che potrebbero essere definite *lato sensu* "politiche", riguardanti la comparazione degli interessi in gioco e le modalità di soddisfazione degli interessi istituzionali dei servizi [la scelta di autorizzare l'operazione, va ricordato, deve rispettare il criterio della proporzionalità, imponendosi la considerazione dell'assoluta indispensabilità delle condotte integranti reati e della obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti: articolo 17, comma 6, lettere b) e c)].

20. L'opposizione del segreto di Stato.

Diverso è però il discorso allorché sulla vicenda venisse opposto il segreto di Stato: *ergo*, quando sulla motivazione dell'autorizzazione venisse invocata la disciplina di cui all'articolo 39 della legge n. 124 del 2007.

Sono noti i limiti di opponibilità del segreto di Stato.

In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato, notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale o fatti integranti i delitti previsti dagli articoli 285, 416 *bis*, 416 *ter* e 422 c.p. (articoli 39, comma 11, della legge n. 124 del 2007 e 204, comma 1, c.p.p.).

Non possono, inoltre, essere oggetto di segreto di Stato le condotte poste in essere da appartenenti ai servizi di informazione "in violazione" della disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista dall'articolo 17 della legge n. 124 del 2007 (articolo 204, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Ove si controverta sull'apposizione del segreto di Stato, si deve sollecitare l'intervento della Corte costituzionale, adita in sede di conflitto di attribuzione e certamente, come si è visto, il segreto di Stato non è opponibile alla Corte costituzionale, che ha libero accesso agli atti (articolo 202, comma 8, c.p.p.).

In questo caso, in presenza del segreto di Stato, cambia però, "qualitativamente", il controllo e il sindacato della Corte costituzionale, come riaffermato dalla stessa Corte nella citata sentenza n. 106 del 2009.

Certamente è ammissibile "un sindacato di legittimità" sulle condizioni di apposizione del segreto di Stato: *ergo*, sul rispetto dei limiti di opponibilità del segreto stabiliti dalla legge.

In altri termini, la Corte ben potrà e dovrà censurare, avendo libero accesso agli atti (articolo 202, comma 8, c.p.p.), il fatto che il segreto risulti essere stato illegittimamente opposto o in relazione a reati oggettivamente esclusi (articoli 39, comma 11, della legge n. 124 del 2007 e 204, comma 1, c.p.p.) o in relazione ad attività costituenti reato poste in essere da appartenenti ai servizi in violazione della disciplina della causa di giustificazione speciale (articolo 204, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Con riferimento a tale ultimo profilo, peraltro, la Corte potrà e dovrà limitare il proprio apprezzamento valutativo al fatto che il reato autorizzato non rientri tra quelli esclusi dall'ambito di applicazione della scriminante e che vi sia stata la previa, rituale autorizzazione da parte dell'autorità politica.

Non potrà, invece, intervenire sull'"apprezzamento politico" in ordine al rispetto del principio di legalità, con riferimento al profilo della connessione dell'attività ai compiti istituzionali dei servizi [articolo 17, comma 6, lettera *a*)], ed in ordine al rispetto del principio di proporzionalità, sia sotto il profilo della indispensabilità dell'operazione sia sotto il profilo della comparazione degli interessi in gioco [articolo 17, comma 6, lettere *b*) e *c*), della legge n. 124 del 2007].

Ciò perché, secondo la pacifica giurisprudenza costituzionale, l'"individuazione dei fatti, degli atti, delle notizie, ecc. che possono compromettere la sicurezza dello Stato e devono, quindi, rimanere segreti" costituisce il risultato di una valutazione "ampiamente discrezionale e, più precisamente, di una discrezionalità che supera

l'ambito ed i limiti di una discrezionalità puramente amministrativa, in quanto tocca la *salus rei publicae*".

In tale evenienza, resta escluso un sindacato giurisdizionale sulla scelta eminentemente politica dell'autorità governativa, la quale è solo assoggettata al controllo del Parlamento [attraverso il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica], cui semmai compete anche un sindacato [ovviamente politico] anche sulla proporzionalità del mezzo rispetto allo scopo.

Ed allora, a fronte di tali limiti, una volta che anche la Corte costituzionale abbia concluso il proprio giudizio nel senso della sussistenza del segreto di Stato e della sussistenza del potere dell'autorità politica di legittimamente opporlo, non resta, per l'autorità giudiziaria, che di prenderne atto, sia ai fini della sussistenza della scriminante, sia [più in generale] ai fini dell'impossibilità di acquisire o utilizzare, direttamente o indirettamente, atti o documenti coperti dal segreto di Stato (cfr. articolo 202, comma 7, c.p.p.).

Ciò che, ovviamente, non preclude, in linea generale, all'autorità giudiziaria di procedere in base ad elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto (articolo 202, comma 6, c.p.p.), ma impone, per quanto direttamente interessa il tema delle garanzie funzionali, il riconoscimento positivo della sussistenza della scriminante, con conseguente pronuncia liberatoria nei confronti del dipendente del servizio (arg. *ex* articolo 202, comma 3, c.p.p.; ma cfr. anche articolo 19, comma 6, della legge n. 124 del 2007).

21. Sindacato sull'autorizzazione e posizione dell'operatore.

Va detto, però, che l'eventualmente intervenuta censura giudiziale sull'operazione, magari ad opera della Corte costituzionale in esito al conflitto di attribuzione, non necessariamente importa la responsabilità penale dell'operatore dei servizi.

La risposta dovrebbe essere senz'altro positiva, con conseguente affermazione della responsabilità penale dell'operatore, con riferimento alla accertata commissione di fatti reato in violazione delle tassative indicazioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 dell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007.

Diverso discorso dovrebbe farsi, invece, allorché la censura abbia riguardato il provvedimento di autorizzazione, pur ritualmente intervenuto, sotto il profilo della non conferenza dell'attività autorizzata rispetto agli scopi istituzionali [articolo 17, comma 6, lettera *a*)] e sotto quello del mancato rispetto dei principi di proporzionalità [articolo 17, comma 6, lettere *b*) e *c*)].

Sull'autorizzazione, infatti, l'operatore non può interloquire. E' evidente, allora, che, pur a fronte di un giudizio negativo formulato dall'autorità giudiziaria, potrà porsi, nei confronti dell'operatore, la questione della possibile operatività del disposto dell'articolo 51, comma 3, c.p., laddove si esonera dalla responsabilità l'agente che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo: principio che sarebbe di pertinente applicazione specie laddove l'operatore non abbia avuto l'accesso al

provvedimento autorizzatorio e quindi all'apprezzamento ivi effettuato sulla valutazione comparativa degli interessi in gioco.

Così come, analogamente, potrà porsi la questione anche della possibile operatività del disposto del comma 4 dello stesso articolo 51 c.p., laddove si esclude la punibilità di chi esegua un ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine: principio che sarebbe senz'altro applicabile in ragione del vincolo gerarchico che caratterizza l'organizzazione dei servizi.

Più complessa è la posizione dell'operatore nel caso in cui si acclarasse il difetto di un'autorizzazione formalmente adottata in ossequio alle procedure dettate dall'articolo 18 della legge n. 124 del 2007, richiamate dall'articolo 17, comma 6, lettera a), seconda parte, della stessa legge.

Di regola, dovrebbe affermarsi la responsabilità dell'operatore, per la carenza di uno dei presupposti della causa di giustificazione.

Tuttavia, la conclusione non è necessitata in questo senso. Infatti, nei confronti dell'operatore potrebbe in concreto porsi la questione dell'applicabilità dell'esimente, in virtù del disposto dell'articolo 59, comma 4, c.p. che consente l'applicabilità della causa di non punibilità quando l'agente per errore abbia ritenuto sussistenti le condizioni per la relativa applicazione. Quindi, rispetto alla posizione dell'operatore, eventuali situazioni che, all'apparenza, consentano di ritenere correttamente concessa l'autorizzazione [*sub specie*, appunto, del rispetto delle procedure dettate dall'articolo 18 della legge n. 124 del 2007 richiamate dall'articolo 17, comma 6, lettera a), della stessa legge] ben potrebbero consentire di concedere l'esimente richiamando la disciplina dell'errore incolpevole, almeno quando l'operatore non abbia avuto diretto accesso alla procedura autorizzatoria.

È la stessa situazione su cui *supra* ci si è soffermati con riferimento al caso della mancata ratifica o della ratifica fuori termine del provvedimento urgente di autorizzazione adottato dal direttore del servizio.

Ancora più problematica è la posizione dell'operatore quando la censura giudiziale abbia riguardato il mancato rispetto del limite del "minor danno" da arrecare nella fase dell'esecuzione [articolo 17, comma 6, lettera d), della legge n. 124 del 2007].

Qui, infatti, viene stavolta in evidenza la concreta attività dell'operatore che potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente per l'"esorbitanza" della propria attività rispetto a quanto autorizzato.

Pertanto, in questa evenienza, potrebbe farsi ricorso alla disciplina dell'eccesso colposo nelle scriminanti, previsto dall'articolo 55 c.p., che, pur formalmente prevista solo per le scriminanti di cui agli articoli 51, 52, 53 54 c.p., costituisce espressione di principi generali dell'ordinamento penale desumibili delle disposizioni in tema di dolo, colpa, errore sul fatto, errore sulle scriminanti: pertanto, la relativa disciplina è applicabile senza dubbio a tutte le cause di giustificazione.¹¹

¹¹ Sezione IV, 2 dicembre 2008, Tomaccio ed altri].

La situazione dell'eccesso colposo nelle cause di giustificazione, come noto, è strutturalmente simile a quella dell'erronea, colposa supposizione dell'esistenza di una causa di giustificazione (articolo 59, comma 4, c.p.), con la differenza che l'errore non verte sull'esistenza della situazione scriminante, che effettivamente si configura, ma riguarda la sua valutazione e gestione. In altri termini, l'eccesso colposo potrebbe venire in evidenza allorquando, ritualmente autorizzata la commissione di specifiche condotte integranti reati, l'operatore abbia esorbitato dai limiti dell'autorizzazione, eccedendo colposamente nella scelta delle modalità esecutive.

Ovviamente l'applicabilità dell'eccesso colposo presuppone pur sempre che il fatto reato commesso sia preveduto dalla legge anche come delitto colposo.

Va ricordato, poi, che la previsione della causa di giustificazione speciale non esclude l'applicabilità di quelle generali.

Ciò vale non tanto e non solo per la legittima difesa e lo stato di necessità, quanto, soprattutto, per l'uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica¹².

È a tali scriminanti che dovrebbe allora farsi richiamo per giudicare della responsabilità penale per l'operatore che abbia posto in essere reati diversi ed ulteriori rispetto a quelli autorizzati.

22. L'opposizione della causa di giustificazione.

Per completare la disamina, occorre soffermare l'attenzione sulla disciplina dell'opposizione della causa di giustificazione all'autorità giudiziaria, che riverbera i propri effetti anche sulla posizione processuale dell'agente segreto.

La norma di riferimento è l'articolo 19 della legge n. 124 del 2007, la cui applicazione, va detto *per incidens*, è solo eventuale: buona regola operativa sarebbe quella di poter raggiungere il risultato, potendo poi riuscire a [per così dire] "sfilare" tempestivamente l'infiltrato, sì da evitare che del ruolo di questi debbano poi occuparsi investigativamente e giudiziariamente la polizia giudiziaria e la magistratura.

Il soggetto che può formalizzare l'opposizione della speciale causa di giustificazione all'autorità giudiziaria che procede è il direttore del servizio di informazioni interessato tramite il DIS (articolo 19, comma 1).

Nel corso delle indagini preliminari destinatario della richiesta è, quindi, il pubblico ministero, il quale, ricevuta l'opposizione, deve a sua volta interpellare

¹² Ai fini dell'applicabilità dell'esimente di cui all'articolo 53 c.p. va ricordato che deve ritenersi sussistente quale limite pur non espressamente nominato nella norma, ma implicitamente deducibile dalla disposizione e, comunque, applicabile quale principio generale dell'ordinamento giuridico, valido anche nella disciplina delle cause di giustificazione, il principio di "proporzione", inteso come espressione di un bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce della situazione concreta. Da ciò derivando che è regola irrinunciabile quella di graduare l'uso dell'arma secondo le esigenze specifiche del caso e sempre in ambito di proporzione: potrà essere sufficiente sparare in aria (a scopo intimidatorio e di coazione psichica) oppure ai lati del soggetto agente (sempre con intenti persuasivi) e così via, potendosi ammettere soltanto quale *extrema ratio* la possibilità di mirare e sparare al corpo della persona, giustificabile solo ove il conflitto riguardi interessi di valore assoluto.

immediatamente il Presidente del Consiglio dei ministri per avere conferma dell'autorizzazione e, successivamente procedere alla separazione degli atti relativi all'opposizione e ad una nuova iscrizione in un registro riservato appositamente istituito e conservato "secondo modalità che ne tutelino la segretezza" (articolo 19, comma 2).

Risulta evidente una differenza importante con la disciplina delle scriminanti "comuni" di cui alla legge n. 146 del 2006, dove è normativamente prevista, in occasione dell'organizzazione dell'operazione sotto copertura, la preventiva informazione al pubblico ministero.

Qui, ovvie esigenze di riserbo, escludono "concettualmente" un raccordo preventivo tra i servizi e l'autorità giudiziaria.

Per l'effetto, un problema di "eccepibilità" della scriminante può porsi solo [quanto meno] ad indagini già iniziate, quando il servizio sia venuto a conoscenza dell'inizio del procedimento.

Qualora l'opposizione venga presentata nelle successive fasi processuali, la verifica circa la sussistenza dell'autorizzazione è di competenza del giudice che procede, ma non sono previsti gli ulteriori adempimenti imposti al pubblico ministero, nella fase delle indagini, per la separazione e la conservazione riservata degli atti. Ciò che si spiega perché, avvenuto l'esercizio dell'azione penale, si è già realizzata la *discovery* degli atti, sicché non vi è ragione di prevedere inutili, ormai intempestive cautele (articolo 19, comma 3).

Il Presidente del Consiglio dei ministri è tenuto a comunicare all'autorità giudiziaria, entro il termine di dieci giorni, l'effettiva sussistenza dell'autorizzazione, con l'indicazione dei motivi: il termine è perentorio, nel senso che, se la conferma non è tempestiva, essa si intende negata e l'autorità giudiziaria procede secondo le forme ordinarie (articolo 19, comma 4).

Dovrebbe ritenersi inefficace anche una conferma tardiva, che quindi non impedirebbe il corso ordinario del procedimento.

Ciò che non escluderebbe, in esito al procedimento, la possibilità per l'operatore dei servizi di avvalersi comunque della scriminante, qualora dimostri l'esistenza dell'autorizzazione ovvero questa pervenga all'autorità giudiziaria pur fuori termine: tra i requisiti di efficacia della scriminante, infatti, l'articolo 17 della legge n. 124 del 2007 non indica il rispetto della tempistica prevista per l'opposizione.

Nel caso in cui l'autorità politica confermi, invece, in termini, l'autorizzazione, la norma prevede la sospensione del procedimento, e, poi, la definizione del procedimento con sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione (articolo 19, comma 6).

La disciplina è impropriamente formulata.

Vi è contrasto evidente tra la prevista sospensione e la definizione. Così come risulta di empirico rilievo che laddove ci si trovasse ancora in fase di indagini preliminari, non potrebbe esservi una sentenza liberatoria, ma dovrebbe procedersi all'archiviazione.

Piuttosto, è da focalizzare l'attenzione sul fatto che la definizione in chiave liberatoria non è affatto conseguenza automatica, con sottrazione, cioè, di qualsivoglia potere valutativo discrezionale dell'autorità giudiziaria sulla sussistenza dei

presupposti della scriminante, quali tratteggiati nell'articolo 17 della legge n. 124 del 2007.

Infatti, se vi è "dissenso" tra l'apprezzamento dell'autorità giudiziaria e quello dell'autorità politica, la soluzione del contrasto passa attraverso il vaglio della Corte costituzionale, che va adita in sede di conflitto di attribuzione dall'autorità giudiziaria che ritenesse mal posta o irregolare o inefficace la questione della sussistenza della scriminante.

Supra si sono già esaminate le problematiche sottese al conflitto e i limiti del sindacato della Corte costituzionale.

23. L'opposizione in fase d'indagini.

Merita soffermare l'attenzione sull'ipotesi in cui l'esimente sia opposta in fase d'indagini, davanti al pubblico ministero.

Rispetto a tale ipotesi il primo profilo concerne la posizione "processuale" dell'operatore dei servizi, a partire dalla doverosità o no della sua iscrizione sul Registro delle notizie di reato.

In realtà, l'iscrizione è evenienza possibile laddove il pubblico ministero ne abbia apprezzato le condizioni di cui all'articolo 335 c.p.p. [in particolare, quelle di cui al comma 1 *bis*, relative all'iscrizione soggettivamente indirizzata, che presuppone la sussistenza di "indizi" a carico], senza avere avuto in precedenza contezza della sussistenza delle condizioni legittimante l'attività dell'operatore, per non essere stata a quel momento formalizzata l'opposizione della causa di giustificazione.

In tale evenienza, a fronte della successiva opposizione, sottoposta all'apprezzamento valutativo di cui si è detto, il pubblico ministero dovrà avanzare richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari, previo stralcio della posizione dell'operatore e con le cautele di segretezza imposte dalla legge.

Invece, laddove l'opposizione fosse proposta prima che il nome dell'operatore fosse emerso all'attenzione del pubblico ministero, riteniamo che l'iscrizione non sia affatto un'evenienza necessitata e che il pubblico ministero, condivisa la correttezza formale e sostanziale dell'opposizione, possa procedere ad auto-archiviazione a modello 45.

A supporto di tale conclusione, è utile partire da una condivisibile affermazione contenuta in una sentenza del giudice di legittimità¹³, relative ad un'operazione sotto copertura "comune" in materia di droga, secondo cui l'ufficiale di polizia giudiziaria che procede legittimamente all'acquisto simulato, nei limiti di lecita operatività della causa di giustificazione prevista dall'articolo 51 c.p. (e, *a fortiori*, nel rispetto della procedura di cui all'articolo 97 del dpr n. 309 del 1990), è insuscettibile di essere sottoposto ad indagini preliminari.

¹³ Sezione VI, 10 aprile 1995, Ascìa.

Così, sviluppando logicamente – ai fini qui di interesse – quanto puntualizzato dalla Cassazione, sembra possibile sostenere che è il pubblico ministero che può e deve valutare la condotta dell’operatore dei servizi e, qualora l’organo della pubblica accusa concluda per la sussistenza della scriminante, è esclusa, con la possibilità di sottoporre l’operatore alle indagini preliminari, l’iscrizione dello stesso nel registro delle notizie di reato; conseguendone, altresì, la non necessità di un formale provvedimento di archiviazione richiesto al giudice per le indagini preliminari.

È lo stesso pubblico ministero che, iscrivendo la posizione dell’operatore in un fascicolo a modello 45, può provvedere – come detto – all’auto-archiviazione.

Una tale conclusione oggi trova un decisivo supporto nell’articolo 335 c.p.p., come innovato dal decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150 [Riforma Cartabia]: la disposizione, dedicata al registro delle notizie di reato, è stata modificata attraverso una puntualizzazione in senso oggettivo delle condizioni in forza delle quali un fatto possa essere ritenuto sussumibile nell’ambito di una determinata fattispecie criminosa [*ergo*, integri una notizia di reato da iscrivere] ed attraverso una puntualizzazione in senso soggettivo delle condizioni in forza delle quali “quella” notizia di reato debba essere iscritta “soggettivamente” a carico di una determinata persona.

Sotto il primo profilo, il comma 1 dell’articolo 335 c.p.p., dopo avere ribadito che il pubblico ministero è tenuto ad iscrivere “immediatamente”, nell’apposito registro, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, con il *novum* introdotto con la Riforma Cartabia precisa che l’iscrizione nel registro deve riguardare solo la notizia “contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi di ad una fattispecie incriminatrice”¹⁴.

Sotto il secondo profilo, viene introdotto il comma 1 *bis* dell’articolo 335, laddove si afferma che “il pubblico ministero provvede all’iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all’iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico”.

Con la Riforma rimane così senz’altro confermato che il pubblico ministero è il *dominus* dell’iscrizione, immediata nel quando, ma discrezionale [non arbitraria, però] nel *quomodo*.

L’iscrizione, infatti, come riconosciuto dalla Cassazione¹⁵ e dal Ministero della giustizia¹⁶, è attività tipicamente giurisdizionale: “l’individuazione del registro nel quale procedere l’iscrizione compete, ovviamente, al pubblico ministero, organo destinatario

¹⁴ Secondo Sezione III, 21 settembre 2023, X.: la “notizia di reato” è tale quando contiene “la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice” [cfr. articolo 335, comma 1, c.p.p., come modificato dalla c.d. Riforma Cartabia]. Determinatezza equivale a “non genericità” del fatto: determinato è, dunque, il fatto esattamente, precisamente stabilito. L’inverosimiglianza deve essere intesa alla stregua di una non corrispondenza a vero immediatamente percepibile, senza che a tal fine sia necessario alcun atto di indagine. La astratta riconducibilità ad un’ipotesi incriminatrice è poi l’elemento qualificante la notizia di reato.

¹⁵ Cfr., in particolare, Sezioni unite, 22 novembre 2000, PM in proc. ignoti; nonché, Sezioni unite civili, n. 21094 del 4 novembre 2004.

¹⁶ Circolare del DAG- Direzione generale della giustizia penale in data 21 aprile 2011, nonché quella successiva in data 11 novembre 2016.

dell'informativa, e costituisce esercizio di attività giudiziaria, non sindacabile in sede amministrativa".

È al pubblico ministero, in sostanza, che è riconosciuto il "ponderato esercizio" dell'attività che l'ordinamento gli affida in ordine alla identificazione di una notizia di reato: di una notizia, cioè, concernente fatti astrattamente suscettibili in una determinata fattispecie criminosa e come tale iscritta nel registro delle *notitiae criminis*.¹⁷

Ciò lo si desume anche dall'articolo 109 delle disposizioni di attuazione c.p.p. [su cui non ha inciso la Riforma Cartabia], per il quale gli atti che possono contenere notizie di reato devono essere sottoposti subito al Procuratore della Repubblica "per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato". Tale norma, col riferimento alla "eventualità" dell'iscrizione nell'apposito registro degli atti che "possono" contenere notizie di reato presuppone l'esistenza di altro registro nel quale inserire quegli atti che a giudizio insindacabile del PM non contengono notizie di reato [modello 45].

Ma lo si desume anche e soprattutto dall' articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006 n. 106, che, non a caso, onera il procuratore del compito di assicurare [non più solo il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, ma anche] "l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato".

Piuttosto, il significato concreto del *novum* concerne l'introduzione di più puntuali criteri-guida per l'esercizio del potere discrezionale di iscrizione, ossia sul *quomodo* dell'iscrizione.

Nel senso che, finalmente, si vogliono escludere improprie iscrizioni a modello 21/44 di fatti non costituenti *ictu oculi* una qualsivoglia ipotesi di reato.

Si conferma, inoltre, che è il pubblico ministero, quale *dominus* dell'iscrizione, a dovervi provvedere correttamente, prescindendo finanche dall'eventuale qualificazione fatta dalla polizia giudiziaria o dal denunciante/esponente.

Si conferma pure l'importanza del ricorso al modello 45, inevitabilmente necessario quando si tratti di registrare atti ed informative "del tutto privi di rilevanza penale" (esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa, esposti privi di senso, o di contenuto abnorme o assurdo, atti riguardanti eventi accidentali, e simili): ossia, volendo parafrasare il nuovo comma 1 dell'articolo 335 del Cpp, atti ed informative rappresentanti fatti indeterminati o inverosimili ovvero "non inquadrabili in alcuna fattispecie incriminatrice".

Ebbene, proprio la riscontrata sussistenza della "garanzia funzionale", rilasciata in modo formalmente e sostanzialmente corretto, accredita la conclusione che la posizione dell'operatore possa [*rectius*, debba] essere iscritta a modello 45, trattandosi di soggetto che, in ipotesi, non ha commesso un fatto "inquadrabile in alcuna fattispecie incriminatrice" per difetto del correlativo elemento soggettivo, in ragione proprio della autorizzazione ricevuta.

In questa prospettiva, *a fortiori* non ci potrebbero essere spazi per – addirittura – una iscrizione a modello 21.

¹⁷ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 3 del 2020.

L'iscrizione a modello 21, infatti, può e deve essere fatta solo se emerge al momento dell'iscrizione, in uno con il *fumus* del reato, anche un quadro indiziario soggettivamente indirizzato a carico di quel soggetto.

Inequivoca è in tal senso – ripetesi- la formulazione del nuovo comma 1 *bis* dell'articolo 335 del Cpp [“il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino ...indizi a suo carico”].

A ben vedere, tali indizi non potrebbero ritenersi sussistenti a carico dell'operatore autorizzato in modo formalmente e sostanzialmente corretto proprio per la verifica esistenza dell'autorizzazione e, quindi, dell'esimente.

La soluzione proposta attribuisce, all'evidenza, un notevole potere valutativo al pubblico ministero, giacché deve essere questi – assumendosene tutte le responsabilità – ad esaminare lo svolgimento dell'operazione, onde verificare, nel concreto, il rispetto della procedura di cui agli articoli 17 e 18 della legge n. 124 del 2007 [ovvero, comunque, la ricorrenza della scriminante comune di cui all'articolo 51 c.p.].

Nel caso in cui la verifica si concluda positivamente, il pubblico ministero potrà e dovrà omettere l'iscrizione dell'operatore nel registro delle notizie di reato, sul rilievo dell'accertata presenza della causa di giustificazione.

Il fatto scriminato infatti, pur essendo astrattamente conforme alla fattispecie criminosa, proprio per la presenza della causa di giustificazione è privo dell'antigiuridicità e diviene giuridicamente lecito.

È allora evidente la importanza della tempestiva e corretta opposizione della causa di giustificazione al pubblico ministero, immediatamente e prima dell'iscrizione, laddove materialmente possibile, sì da consentire al pubblico ministero di attivare l'interlocuzione con il Presidente del Consiglio dei ministri prevista dall'articolo 19, comma 2, della legge n. 124 del 2007. In tale evenienza, laddove il Presidente del Consiglio dei ministri confermi la sussistenza dell'autorizzazione, “gli atti delle indagini sul fatto e quelli relativi all'opposizione sono separati e iscritti in apposito registro riservato, per essere custoditi secondo modalità che ne tutelino la segretezza”.

Il fascicolo a modello 45, in questa ottica, sarà confezionato e definito con un generico rinvio agli atti “riservati” autonomamente custoditi.

Questo significa che, benché i Servizi siano fuori del circuito polizia giudiziaria/PM [cfr. articolo 23 della legge n. 124 del 2007], devono avere cura di instaurare un contatto con il pubblico ministero procedente immediatamente dopo il momento in cui emerge il fatto di interesse dell'autorità giudiziaria, che potrebbe determinare, con l'iscrizione, il coinvolgimento dell'operatore.

Laddove questa interlocuzione non fosse immediata, e si procedesse a carico dell'operatore, è fin troppo evidente che la solo successiva opposizione della causa di giustificazione espone l'operatore all'iscrizione e al processo, con conseguente intervento del giudice, vuoi ai fini dell'interlocuzione con il Presidente del Consiglio, vuoi ai fini della definizione del procedimento, che dovrà avvenire con sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione, per la presenza della causa di giustificazione.

24. La libertà personale dell'operatore del servizio.

Infine, e per concludere questa disamina, sempre in tema di opposizione della "scriminante", va fatto cenno alla peculiare disciplina stabilita nell'articolo 19 della legge n. 124 del 2007 per il caso in cui il dipendente del servizio o la persona che lo ha coadiuvato ai sensi dell'articolo 17, comma 7, della stessa legge eccipisca la causa di giustificazione al momento dell'arresto in flagranza o dell'esecuzione di una misura cautelare (articolo 19, commi 9 -11).

Intanto, in premessa, va chiarito l'ambito di operatività della disciplina.

Il solo riferimento all'arresto in flagranza non impedisce di applicare analogicamente la disciplina, in difetto di preclusione normativa, anche al fermo di indiziato di delitto *ex* articolo 384 c.p.p.: la situazione fattuale, a ben vedere, è la medesima.

Il riferimento all'esecuzione di una "misura cautelare" non consente, invece, di estendere la disciplina, *sic et simpliciter*, a tutte le misure coercitive ed interdittive previste dal c.p.p., agli articoli da 280 a 290.

Infatti, la norma presuppone l'esecuzione della misura a mezzo della polizia giudiziaria, ciò che esclude finanche gli arresti domiciliari dall'ambito di applicazione della disciplina di garanzia, giacché trattasi di misura che si esegue normalmente mediante la notificazione all'indagato (articolo 293 c.p.p.).

Per tutte le misure diverse dalla custodia cautelare, l'operatore dei servizi dovrà quindi subire gli effetti della misura e, poi, attivarsi per opporre la scriminante secondo la tempistica ordinaria.

Per l'opposizione della scriminante in caso di restrizione della libertà personale *in itinere*, è prevista, nel citato articolo 19, una procedura complessa che prevede, in estrema sintesi, la sospensione dell'esecuzione del provvedimento restrittivo e l'accompagnamento del soggetto presso gli uffici di polizia giudiziaria ove potrà essere trattenuto non oltre ventiquattro ore per il compimento dei "primi accertamenti".

Gli "accertamenti" di che trattasi costituiscono, all'evidenza, pur nel silenzio della norma, degli accertamenti presso il servizio interessato sulla appartenenza del soggetto a detto servizio e sulla sussistenza di un'operazione autorizzata.

La polizia giudiziaria deve contestualmente informare il pubblico ministero per consentire al medesimo di inoltrare la richiesta circa la sussistenza dell'autorizzazione al DIS, che deve rispondere entro ventiquattro ore della richiesta: in difetto, si procederà con le forme ordinarie¹⁸.

È ovvio, comunque, che, anche a prescindere dagli "accertamenti" presso il servizio, la misura potrà e dovrà essere eseguita laddove la scriminante sia *ictu oculi*

¹⁸ Per converso, potrebbe addirittura non essere necessario applicare la procedura di verifica quando già le "circostanze del fatto", rendano palese l'applicabilità della scriminante in applicazione della regola generale di cui all'articolo 385 c.p.p., che pone il divieto dell'arresto e del fermo "quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità".

inapplicabile: si pensi, al caso di misura da eseguire per un reato “eccettuato” *ex lege* dalla causa di giustificazione.

La tempistica di questa speciale modalità di opposizione è molto stringente: il soggetto può essere trattenuto dalla polizia giudiziaria per al massimo ventiquattro ore per i primi accertamenti; successivamente, l’ulteriore trattenimento presso gli uffici di polizia presuppone la richiesta del pubblico ministero al direttore del DIS per il riscontro sulla sussistenza dell’autorizzazione: tale trattenimento può proseguire fino al massimo delle ventiquattro ore successive all’inoltro della richiesta al DIS.

È previsto che il pubblico ministero [“se necessario”] possa chiedere conferma dell’autorizzazione anche al Presidente del consiglio dei ministri, il quale deve rispondere entro dieci giorni dalla richiesta: non è chiaro, però, quale sorte abbia nelle more il soggetto, ossia se debba essere trattenuto fino a quel momento presso gli uffici di polizia ovvero se debba essere tradotto in carcere. Così come non è chiaro il reale presupposto [integrante il “se necessario”] per cui il pubblico ministero possa ritenere non soddisfacente rivolgersi direttamente e subito al DIS, ma debba investire in modo alternativo o aggiuntivo il Presidente del consiglio dei ministri: la previsione sembra quasi fondarsi su una sorta di inspiegabile “diffidenza” in ordine alla satisfattività della risposta acquisibile dal DIS.

Ovviamente se venisse confermata l’autorizzazione, non si dovrebbe dare corso alla convalida dell’arresto e il pubblico ministero procederà a rimettere in libertà il soggetto *ex* articolo 389 c.p.p.

Mentre, ove si tratti di soggetto riguardato da misura cautelare, la misura non potrà essere eseguita e, pur nella carenza di esplicita indicazione normativa, il pubblico ministero dovrà chiedere al giudice di revocarla.

Resta ferma la possibilità per l’autorità giudiziaria di sollevare conflitto di attribuzione, secondo le indicazioni e con le formalità di cui *supra* si è detto, anche se, certamente, i termini previsti per la decisione imporranno la messa in libertà del soggetto.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**