

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



Commissione degli affari giuridici
CH-3003 Berna

www.parlamento.ch
rk.caj@parl.admin.ch

08.458 n **Iniziativa parlamentare.**
Precisazione del campo d'applicazione delle disposizioni
concernenti l'inchiesta mascherata

RAPPORTO
DELLA COMMISSIONE DEGLI AFFARI GIURIDICI
DEL 12 MAGGIO 2011

Compendio

Fino alla decisione del Tribunale federale del 2008, nella prassi si distingueva tra «inchiesta mascherata», per la quale occorreva soddisfare severi requisiti legali, e «indagini in incognito». La decisione citata ha invece giuridicamente parificato entrambe le misure investigative limitando in modo drastico le possibilità di operazioni sotto copertura. In particolare ha reso impossibili gli acquisti di piccoli quantitativi di droga da parte della polizia a fini investigativi. La problematica si è acuita con l'abrogazione della legge federale del 20 giugno 2003 sull'inchiesta mascherata, che costituiva la base legale per le inchieste mascherate preventive, e l'entrata in vigore del Codice di procedura penale. I problemi più gravi si sono riscontrati nelle inchieste relative alle chat room. La Commissione è del parere che occorra porre fine quanto prima a questo impianto giuridico insoddisfacente che mina l'efficienza del lavoro della polizia. Pertanto propone di introdurre nell'ambito di competenza della Confederazione le modifiche del Codice di procedura penale illustrate di seguito.

Rapporto

1 Genesi del progetto

1.1 Iniziativa parlamentare

Il 29 settembre 2008 il consigliere nazionale Daniel Jositsch ha depositato un'iniziativa parlamentare che chiede di completare il Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007 (CPP)¹ in modo tale che le disposizioni in materia di inchiesta mascherata non siano applicate ad atti d'indagine semplici quali mentire e procedere ad acquisti a fini investigativi. Il 4 maggio 2009 la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale ha esaminato in via preliminare l'iniziativa e ha deciso, con 21 voti contro 0 e due astensioni, di darle seguito secondo l'articolo 109 capoverso 2 della legge sul Parlamento (LParl)². Il 22 aprile 2010 la Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati ha approvato questa decisione all'unanimità (art. 109 cpv. 3 LParl).

1.2 Lavori della Commissione

Nel 2011, in occasione di due sedute, la Commissione si è occupata dell'attuazione dell'iniziativa parlamentare e il 12 maggio 2011 ha approvato all'unanimità il progetto allegato.

Sul presente progetto verrà condotta una procedura di consultazione ai sensi delle legge federale sulla procedura di consultazione (Legge sulla consultazione)³.

Per i suoi lavori la Commissione si è avvalsa della collaborazione del Dipartimento federale di giustizia e polizia conformemente all'articolo 112 capoverso 1 LParl.

2 Linee generali del progetto

2.1 Premessa

Con la legge federale del 20 giugno 2003 sull'inchiesta mascherata (LFIM)⁴ il legislatore federale ha istituito per la prima volta una base giuridica per l'impiego di agenti infiltrati. Effettivamente la legge non conteneva alcuna definizione dell'inchiesta mascherata, tuttavia l'articolo 1 ne fissava chiaramente lo scopo: «L'inchiesta mascherata ai fini della presente legge mira ad infiltrare gli ambienti criminali con membri della polizia non riconoscibili come tali (agenti infiltrati) e a contribuire in tal modo al chiarimento di reati particolarmente gravi».

¹ RS 312.0

² RS 171.10

³ RS 172.061

⁴ RU 2004 1409, 2006 2197 all. n. 29, 2007 5437 all. n. II 6, 2006 5437 art. 2 n. 2.
RU 2010 1881 all. 1 n. I 2

Prima di questa disposizione la prassi partiva dal presupposto che non tutti gli atti d'indagine, nell'ambito dei quali membri della polizia non riconoscibili come tali entrano in diretto contatto con sospettati, sottostanno alla normativa in materia di inchiesta mascherata. In altre parole si applicavano le disposizioni della LFMI solo se, per introdursi in un ambiente criminale, si prevedeva un intervento piuttosto lungo che richiedeva determinati mezzi d'inganno (come documenti falsi per creare un'identità fittizia e nascondere quella vera) e si trattava di chiarire reati particolarmente gravi. Per contro, non si riteneva che le cosiddette indagini in incognito rientrassero nel campo d'applicazione della LFMI. Per agenti in incognito si intendono quindi funzionari di polizia, non riconoscibili come tali, impegnati in brevi operazioni in incognito senza il ricorso a un'identità fittizia verificabile⁵.

Nel 2008 il Tribunale federale ha per la prima volta dichiarato irrilevante questa distinzione⁶. Sebbene abbia stabilito che, secondo la dottrina prevalente, non tutte le investigazioni sotto copertura sottostanno alla LFIM, ma che occorre una notevole capacità d'inganno e di intervento, e abbia ribadito che le disposizioni della LFIM sono state concepite per interventi lunghi e particolarmente delicati⁷, secondo il Tribunale federale si è in presenza di un'inchiesta mascherata già solo quando un membro della polizia, non riconoscibile come tale, prende contatto con persone sospette allo scopo di accertare e dimostrare un reato⁸. Il Tribunale federale ha per altro più volte confermato⁹ che non sono rilevanti né l'impegno effettivo per simulare l'identità né l'intensità dell'intervento. La dottrina si esprime su questa pratica in modi differenti, per lo più dandone comunque un giudizio negativo.¹⁰

Tale posizione ha fatto sì che le inchieste mascherate e le indagini in incognito che comportavano la simulazione della vera identità dei membri della polizia venissero avviate solo per i reati contemplati dalla LFIM. Inoltre si sono considerate inchieste mascherate anche le misure investigative attuate dalla polizia per evitare un reato o chiarire una serie di indizi prima dell'avvio di un procedimento penale. Mentre prima della citata decisione simili misure preventive erano adottate in assenza di una base giuridica esplicita, in seguito tali provvedimenti si sono richiamati all'articolo 4 capoverso 1 lettera a LFIM con la motivazione che il passaggio «reati particolarmente gravi (...) potrebbero verosimilmente essere commessi» ammette anche inchieste preventive. Con l'abrogazione della LFIM il 1° gennaio 2011 da parte del CPP, non è più stato possibile avviare inchieste preventive ai sensi di tale legge ma neppure in virtù del Codice di procedura penale in quanto all'articolo 286 capover-

⁵ Daniel Jositsch/Angelika Murer Mikolásek, *Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen - oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat*, AJP 2011, pag. 182; Thomas Hansjakob, *Verdeckte Ermittlung - Gesetz und Rechtsprechung. Einige Gedanken zu BGE 134 IV 266*, forumpoenale 2008, pag. 362; Franz Bättig, *Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht*, *Kriminalistik* 2/2006, pag. 132 segg.; Wolfgang Wohlers, *Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung. Taugliches Instrument zur effizienten und effektiven Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?*, ZStR 123 (2005) pag. 223 segg.

⁶ DTF 134 IV 266

⁷ DTF 134 IV 273 consid. 3.3

⁸ DTF 134 IV 266 consid. 6

⁹ DTF 6B_837/2009 e 6B_743/2009 dell'8 marzo 2010.

¹⁰ A riprova di quanto detto cfr. Daniel Jositsch/Angelika Murer Mikolásek, *Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen - oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat*, AJP 2011, pag. 185 nota 46.

so 1 lettera a CPP prevede che un'inchiesta mascherata può essere disposta solo se sussiste il sospetto che «sia stato commesso un reato».

Alla luce di quanto illustrato, la Commissione è del parere che vi sia chiaramente la necessità di legiferare e che occorra raggiungere due obiettivi (correlati): da un lato si tratta, come chiede anche l'iniziativa parlamentare, di definire chiaramente nel CPP quali misure investigative rientrano nella definizione «inchiesta mascherata». Vanno considerate inchieste mascherate solo gli atti che costituiscono un'ingerenza non trascurabile nella posizione giuridica del sospettato. Dall'altro, occorre definire una base giuridica per gli interventi investigativi meno incisivi, in occasione dei quali i membri della polizia, non riconoscibili come tali, entrano in diretto contatto con i sospettati.

2.2 La normativa proposta

2.2.1 Definizione di «inchiesta mascherata»

La normativa proposta descrive l'inchiesta mascherata in modo più preciso rispetto alla giurisprudenza del Tribunale federale e di nuovo ne limita il campo d'applicazione ai casi già disciplinati dalla LFIM. Nel contempo crea una base giuridica per le cosiddette indagini in incognito ossia la forma meno incisiva dell'attività investigativa sotto copertura. L'impianto giuridico proposto distingue l'inchiesta mascherata e le indagini in incognito come segue:

- agli agenti infiltrati è sempre attribuita un'identità fittizia attestata da documenti. È vero che gli agenti incaricati di svolgere indagini in incognito tacciono la propria vera identità oppure la simulano, tuttavia lo fanno servendosi solamente di semplici bugie e inganni (ad es. fornendo false indicazioni su sesso, età e domicilio oppure utilizzando un nickname soprattutto nelle chat room);
- un'inchiesta mascherata ha una durata più lunga (di regola diversi mesi) per consentire agli agenti di infiltrarsi in un ambiente criminale e creare con la persona sospettata una particolare relazione di fiducia. A tale scopo gli agenti infiltrati allacciano attivamente un contatto con il sospettato. Viceversa le indagini in incognito prevedono interventi di breve durata (ad es. l'acquisto di droga da uno spacciatore a fini investigativi) e gli agenti incaricati di svolgere indagini in incognito hanno un atteggiamento riservato e non instaurano alcun particolare rapporto di fiducia con il sospettato;
- oltre ai membri della polizia, in determinati casi, possono essere impiegati quali agenti infiltrati anche privati cittadini (art. 287 cpv. 1 lett. b CPP). Viceversa nelle indagini in incognito è ammesso esclusivamente l'impiego di membri della polizia;
- se il giudice dei provvedimenti coercitivi dà la sua approvazione, il pubblico ministero può garantire all'agente infiltrato che la sua vera identità non sarà rivelata durante il procedimento, nemmeno dopo la conclusione dell'intervento (in particolare in caso di interrogatori come testimone). Tale misura limita i diritti di difesa dell'imputato. Per contro, una volta con-

cluso l'intervento, viene resa nota l'identità degli agenti in incognito, che possono essere messi a confronto con l'imputato.

2.2.2 Disciplinamento delle indagini in incognito

Per le indagini in incognito la normativa proposta dalla Commissione crea una base giuridica che, date le analogie della misura con l'osservazione, si rifà all'articolo 282 e seguenti del CPP. Diversamente dall'inchiesta mascherata, le indagini in incognito non richiedono l'approvazione del giudice. Esattamente come nel caso dell'osservazione, anche le indagini in incognito sono disposte dalla polizia e devono essere approvate dal pubblico ministero se superano la durata di un mese. L'approvazione del giudice anche per le indagini in incognito sarebbe in certo qual modo in contraddizione con la scarsa incidenza delle misure rispetto a quanto avviene nel caso dell'inchiesta mascherata e soprattutto comporterebbe difficoltà pratiche.

La Commissione sottolinea che queste disposizioni riguardano esclusivamente i casi in cui sussiste un sospetto, anche solo vago, di reato.¹¹ Tuttavia in numerosi casi, tra cui anche nella comunicazione in chat volta a impedire atti sessuali con minori o nel caso dei cosiddetti test d'acquisto di alcol, non vi è di regola un sospetto di reato all'inizio degli atti d'indagine sotto copertura. Pertanto questi atti non possono basarsi sulla normativa proposta. Inoltre la Confederazione non potrebbe neppure emanare le relative basi legali in quanto non si tratta di misure di diritto di procedura penale, per le quali sarebbe autorizzata a legiferare in virtù dell'articolo 123 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost.)¹², bensì di atti, precedenti l'avvio di un procedimento penale, volti a impedire o a individuare un possibile reato, la cui base legale va creata nel diritto cantonale di polizia. È vero che la Confederazione ha determinate competenze normative anche in materia di diritto di polizia, tuttavia esse hanno esclusivamente un carattere frammentario e non sono pertinenti per la tematica in oggetto¹³. Peraltro questa situazione non è nuova nel diritto di procedura penale: anche l'osservazione, che presenta una serie di analogie con le indagini in incognito, è disciplinata nel Codice di procedura penale soltanto nella misura in cui serve a chiarire un indizio di reato. L'articolo 282 capoverso 1 lettera a CPP vincola infatti la disposizione dell'osservazione all'ipotesi che «sia stato commesso un crimine o un reato». Se invece un'osservazione viene avviata a scopo preventivo ossia solo per impedire o individuare un reato che potrebbe essere perpetrato, non può fondarsi

¹¹ Nathan Landshut, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, n. 26 ad art. 309, Donatsch/Hansjakob/Lieber, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010.

¹² **RS 101**

¹³ Cfr. al riguardo la risposta del Consiglio federale alla mozione Schmid-Federer 08.3841 «Inchieste mascherate prima dell'apertura di procedimenti penali».

sull'articolo 282 e seguenti del CPP, ma, secondo il parere unanime della dottrina¹⁴, deve richiamarsi a una base giuridica del diritto di polizia. Occorre ricordare che i Cantoni stanno già elaborando le basi legali necessarie a supporto delle indagini in incognito. Affinché non sorgano difficoltà in merito all'utilizzo o meno in un procedimento penale di quanto emerso da indagini preventive condotte dalla polizia, occorre garantire la compatibilità tra la normativa prevista nella procedura penale e quella contemplata dal diritto di polizia. A tale scopo la Commissione coordina i propri lavori con quelli della Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia (CDDGP), che sta elaborando una normativa modello all'attenzione dei Cantoni.

3 Spiegazioni alle singole disposizioni

3.1 Sezione 5: Inchiesta mascherata

Art. 285a (nuovo) Definizione

La disposizione si ispira all'articolo 1 LFIM, ma non si limita a descrivere esclusivamente lo scopo dell'inchiesta mascherata, bensì ne propone una definizione più precisa rispetto a quella fornita dal Tribunale federale e inoltre ne circoscrive il campo d'applicazione alle situazioni precedentemente disciplinate dalla LFIM.

Gli obiettivi che caratterizzano l'inchiesta mascherata sono infiltrare in un ambiente criminale agenti di polizia o persone assunte a titolo provvisorio al fine di svolgere compiti di polizia e allacciare con il sospettato una relazione di fiducia. A tale scopo gli agenti infiltrati si avvalgono sul lungo periodo di un'identità falsa attestata da diversi documenti (passaporto, carta d'identità, carte di credito, ecc.). A differenza delle disposizioni attuali, adottare un'identità fittizia costituisce un tratto distintivo dell'inchiesta mascherata; nella pratica tuttavia tale modifica non avrà particolari ripercussioni, poiché gli agenti infiltrati agiscono già regolarmente sotto copertura.

Come nel diritto vigente, l'inchiesta mascherata serve ancora a chiarire reati particolarmente gravi.

¹⁴ Annegret Katzenstein, *Basler Kommentar Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, n. 12 ad art. 282 (con l'indicazione all'estensione, respinta dal Parlamento, a reati che potrebbero essere commessi), Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basilea 2011; Thomas Hansjakob, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, n. 6 ad art. 282, Donatsch/Hansjakob/Lieber, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010; Franz Riklin, *StPO Kommentar*, n. 4 ad art. 282, Zurigo 2010; Niklaus Schmid, *Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar*, n. 2 ad art. 282, Zurigo/San Gallo 2009; Beat Rhyner/Dieter Stüssi, *Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Albertini/Fehr/Voser, Zurigo 2008, pag. 473; Edy Meli, *Codice svizzero di procedura penale (CPP). Commentario*, n. 2 ad art. 282, Bernasconi/Galliani/Marcellini/Meli/Mini/Noseda, Zurigo/San Gallo 2010; Olivier Guéniat/Frédéric Hainard, *Commentaire romand Code de procédure pénal suisse*, n. 2 ad art. 282, Kuhn/Jeanneret, Basilea 2011.

Art. 288 cpv. 1

Poiché gli agenti infiltrati si avvalgono sempre di un'identità fittizia, il capoverso 1 deve essere modificato. La modifica secondo cui non è più il pubblico ministero a dotare gli agenti infiltrati di un'identità fittizia, ma la polizia comporta un adattamento della prassi attuale.

3.2 Sezione 5a: Indagini in incognito

Fornendo una definizione più precisa dell'inchiesta mascherata, vi è un vuoto legislativo riguardo ad altre misure meno intrusive, con le quali i membri della polizia entrano in contatto con i sospettati senza rivelare la propria vera identità e funzione. Simili misure vanno disciplinate in una nuova sezione espressamente dedicata alle indagini in incognito.

Art. 298a (nuovo) Definizione

Come per l'inchiesta mascherata, anche le indagini in incognito sono espressamente definite in un nuovo articolo, l'articolo 298a. Le caratteristiche delle indagini in incognito sono le seguenti:

- la misura è in genere di breve durata. Poiché non si può escludere che in singoli casi l'intervento si prolunghi, l'articolo 298b capoverso 2 prescrive l'obbligo dell'approvazione del pubblico ministero se le indagine dovessero protrarsi per più di un mese;
- diversamente dall'inchiesta mascherata, questa misura impiega esclusivamente membri della polizia come agenti incaricati di svolgere indagini in incognito; inoltre, essendo direttamente disposta dalla polizia, non necessita di un'approvazione del giudice. Se fossero impiegati anche privati cittadini, un'autorità indipendente non potrebbe verificarne l'idoneità. Resterebbe di competenza esclusivamente della polizia decidere quali privati cittadini impiegare come agenti incaricati di svolgere indagini in incognito. Dal momento che la loro attività non si limiterebbe alla semplice osservazione, ma dovrebbero anche entrare direttamente in contatto con il sospettato, una simile normativa apparirebbe problematica;
- diversamente dall'inchiesta mascherata, l'impiego di agenti in incognito è ammesso non solo per determinati reati, ma anche per chiarire qualsiasi crimine o delitto. Per contro non possono essere avviate indagini in incognito in caso di semplici contravvenzioni, in quanto anche l'osservazione, ossia una misura meno incisiva, è ammessa solo in caso di crimini o delitti (cfr. art. 282 cpv. 1 lett. a CPP).

Il capoverso 2 fissa due differenze sostanziali rispetto all'inchiesta mascherata: agli agenti in incognito non è mai assegnata un'identità fittizia attestata da documenti e la loro vera identità è resa nota una volta conclusa l'indagine. Entrambi questi elementi fanno sì che l'intensità dell'intervento nel caso di indagini in incognito sia decisamente minore rispetto a quella di un'inchiesta mascherata. Escludendo il ricorso a un'identità fittizia si riduce il grado di inganno; la rinuncia all'anonimato durante l'indagine fa sì che i diritti di difesa dell'imputato non vengano limitati.

Art. 298b (nuovo) Condizioni

La disposizione riprende in linea di massima quella dell'articolo 282 CPP sull'osservazione e ne sostituisce semplicemente l'espressione «indizi concreti» (art. 282 cpv. 1 lett. a CPP) con «sospetto». La ragione di questa modifica risiede nel fatto che le indagini in incognito rappresentano una misura più incisiva rispetto all'osservazione, in quanto il sospettato non è semplicemente osservato, ma anche ingannato durante la comunicazione.

Il *capoverso 1 lettera a* presuppone il sospetto che sia stato commesso un crimine o un delitto. La disposizione, pur escludendo che le indagini in incognito mirino a evitare o individuare possibili futuri reati (altrimenti si tratterebbe di una misura di diritto di polizia), non pone come condizione che un reato debba essere già stato commesso. La misura può essere infatti adottata anche quando sussiste il sospetto che si stia commettendo un reato.

Il *capoverso 1 lettera b* riprende la clausola di sussidiarietà dell'inchiesta mascherata (art. 286 cpv. 1 lett. c CPP).

Capoverso 2: di regola le indagini in incognito sono di breve durata. Considerando l'intensità non eccessiva dell'intervento e il fatto che l'indagine è avviata solo se sussiste il sospetto di reato, non è necessario fissare una durata precisa. Per evitare che si prolunghino troppo le indagini in incognito, disposte dalla polizia nel quadro di una procedura investigativa secondo l'articolo 306 e seguenti del CPP, la polizia è tenuta a far approvare dal pubblico ministero questo tipo di indagini un mese dopo averle ordinate. Questa disposizione corrisponde a quella relativa all'osservazione (art. 282 cpv. 2 CPP).

Art. 298c (nuovo) Requisiti degli agenti in incognito ed esecuzione

I requisiti degli agenti in incognito corrispondono a quelli fissati per l'inchiesta mascherata (art. 287 CPP) con la differenza che possono essere impiegati solo membri della polizia.

Art. 298d (nuovo) Fine e comunicazione

Di fatto la disposizione corrisponde a quella dell'articolo 297 CPP sull'inchiesta mascherata. Le differenze tra le due misure sono: le indagini in incognito non devono essere approvate dal giudice dei provvedimenti coercitivi, ma eventualmente dal pubblico ministero, e possono impiegare solo membri della polizia e non cittadini privati.

4 Ripercussioni finanziarie e sul personale

Le modifiche proposte non hanno alcuna ripercussione finanziaria o sul personale.

5 Costituzionalità

Sia le indagini in incognito che l'inchiesta mascherata sono misure volte a chiarire il sospetto di un reato, quindi si tratta di provvedimenti di procedura penale e non di

diritto di polizia. In virtù delle sue competenze normative nell'ambito della procedura penale (art. 123 cpv. 1 Cost.), la Confederazione è preposta all'emanazione di normative corrispondenti.