



Criminalità in rete

responsabilità penale dei provider
e
competenze della Confederazione
per il perseguimento di reati commessi mediante
reti di comunicazione elettronica

Rapporto del Consiglio federale

Febbraio 2008

1. Situazione attuale

1.1 Commissione peritale «Criminalità in rete»

Nell'estate del 1998, l'allora Polizia federale appurò che in Internet continuavano a circolare liberamente contenuti a sfondo razzista, sebbene in Svizzera fossero stati oggetto di condanne per violazione dell'articolo 261^{bis} CP. La Polizia federale indirizzò quindi una circolare agli offerenti svizzeri di prestazioni Internet (*Internet Service Provider*, ISP), invitandoli a vagliare la possibilità di bloccare l'accesso alle pagine incriminate. Tale intervento suscitò una certa agitazione tra i provider e sfociò nella creazione di un gruppo di contatto composto di rappresentanti degli organi federali interessati e dei provider.

Poiché in seno al gruppo di contatto non fu possibile chiarire la questione della responsabilità penale dei provider per contenuti illeciti, l'Ufficio federale di giustizia (UFG) fu incaricato di elaborare una perizia in materia. Nella sua perizia del 24 dicembre 1999¹, l'UFG confermò il principio della responsabilità sussidiaria ai sensi del diritto penale dei media anche per un semplice fornitore di accesso, a condizione che un'autorità inquirente lo avesse chiaramente reso attento dei contenuti illeciti. In caso di inapplicabilità del diritto penale dei media, i provider potevano comunque essere puniti in quanto complici del reato principale.

Non condividendo quanto emerso dalla perizia dell'UFG, i provider incaricarono i professori di diritto penale Niggli, Riklin e Stratenwerth di esaminare a loro volta la questione della responsabilità. L'esito della loro perizia dell'ottobre 2000² smentì le conclusioni cui era giunta la perizia dell'UFG. I tre professori giudicarono tuttavia poco chiara la situazione giuridica e sottolinearono la necessità di legiferare.

Il 14 dicembre 2000, il consigliere agli Stati Thomas Pfisterer presentò la mozione 00.3714³ (Criminalità cibernetica. Modifica delle disposizioni legali). L'obiettivo della mozione era quello di impedire gli abusi di Internet e di prevedere una sanzione penale per la criminalità in Internet, ma anche di tutelare gli interessi della piazza economica svizzera. A tale scopo il Consiglio federale veniva invitato a creare, nell'ambito del diritto penale o di eventuali altre singole disposizioni, una regolamentazione che favorisse la certezza del diritto, praticabile e armonizzata a livello internazionale. Nella motivazione l'autore della mozione raccomandò di ispirarsi alla direttiva della Comunità europea (CE) sul commercio elettronico⁴, formulando inoltre una proposta legislativa. Nel 2001 la mozione Pfisterer fu accolta dai due rami del Parlamento.

¹ Perizia pubblicata in GAAC 64 75; consultabile (nella versione tedesca) al seguente indirizzo: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.Par.0009.File.tmp/ga-acc-prov.pdf>

² Perizia riprodotta in medialex, numero speciale 1/2000.

³ Boll. Uff. 2001 S 27.

⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico» – «Direttiva sull'e-commerce»); GU L 178 del 17.7.2000, pag. 1). Consultabile all'indirizzo:

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/it/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717it00010016.pdf.

Il 22 novembre 2001, sulla base di tali sviluppi, l'allora capo del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) istituì una commissione peritale presieduta dall'allora vicedirettore dell'UFG, dott. Peter Müller, e composta da rappresentanti del mondo giuridico, dei provider e dell'Amministrazione federale. Il suo incarico consisteva nello studiare i mezzi per impedire o punire i reati commessi mediante Internet e, in particolare, per disciplinare la responsabilità penale in Internet. La commissione peritale «Criminalità in rete» ha presentato il suo rapporto nell'estate del 2003⁵.

1.2 Gruppo di lavoro «Genesis»

Nell'estate del 2002 i corpi di polizia della maggior parte dei Cantoni, in collaborazione con l'Ufficio federale di polizia (fedpol), condussero un'operazione col nome in codice «Genesis», contro la pedopornografia in Internet. Fu un'operazione organizzata su scala nazionale e di proporzioni mai viste prima in Svizzera. Il gran numero di procedimenti da avviare in parallelo e la loro distribuzione in tutta la Svizzera costituirono una novità per le autorità inquirenti svizzere. Per venire a capo, la Polizia giudiziaria federale (PGF) ne assicurò il coordinamento a livello nazionale, senza però disporre né di reali possibilità d'indagine nella prima fase procedurale precedente la designazione delle autorità inquirenti competenti, né della facoltà di impartire istruzioni. Compete infatti ai Cantoni perseguire i reati di pornografia (art. 197 CP) commessi attraverso Internet o in altro modo. L'operazione «Genesis» ha evidenziato per la prima volta la necessità di legiferare in materia di cooperazione tra la Confederazione e i Cantoni nei casi sottoposti alla giurisdizione cantonale e caratterizzati da un gran numero di persone implicate in vari Cantoni.

L'operazione «Genesis» ha suscitato vivo interesse nell'opinione pubblica e nel mondo politico, ambienti già particolarmente sensibili alle questioni legate alla pedopornografia in Internet e alla criminalità in Internet in generale⁶. Il 26 settembre 2002 l'allora consigliera nazionale Regine Aeppli Wartmann presentò l'iniziativa parlamentare 02.452 (Pornografia infantile su Internet. Servizio centrale d'inchiesta e di perseguimento penale), chiedendo di creare una competenza della Confederazione sul modello del «Progetto efficienza» (art. 340^{bis} vCP; risp. dall'1.1.2007 art. 337 CP) per perseguire la criminalità in rete⁷. L'11 dicembre 2003 il Consiglio nazionale ha dato seguito all'iniziativa.

Alla luce di tali fatti, nell'autunno 2002 il capo del DFGP incaricò fedpol di analizzare le condizioni quadro giuridiche e organizzative dell'operazione «Genesis» in vista di futuri casi simili e di elaborare proposte per migliorare la collaborazione tra la Confederazione e i Cantoni. A tale scopo fu creato il gruppo di lavoro «Genesis», composto di rappresentanti della polizia

⁵ Rapporto della commissione peritale «Criminalità in rete», DFGP, giugno 2003; consultabile (nella versione tedesca) al seguente indirizzo:

<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.Par.0008.File.tmp/ber-netzwerkkrim-i.pdf>

⁶ Si vedano in materia i seguenti interventi parlamentari: Mozione Aeppli Wartmann Regine (01.3196), Miglioramento della procedura nella lotta alla criminalità su Internet; Mozione Commissione degli affari giuridici CN (01.3012), Lotta contro la pedofilia; Interpellanza Tillmanns Pierre (00.3235), Lotta contro la pedofilia; Mozione Commissione speciale 00.16-CN (00.3206), Criminalità di ampie proporzioni. Criminalità elettronica; Interpellanza Freund Jakob (00.3059), Attività illegali su Internet. Ruolo di sorveglianza della Confederazione; In. cant. Ginevra (00.314), Lotta alla pedofilia; Mozione von Felten Margrith (98.3467), Criminalità su Internet. Responsabilità dei provider; Mozione Jeanprêtre Francine (97.3487), Lotta contro la pornografia infantile su reti di dati; Postulato Commissione affari giuridici CN (96.3005), Pedopornografia su Internet.

⁷ Boll. Uff. 2003 N 1967.

e delle autorità giudiziarie, della Conferenza dei comandanti delle polizie cantonali della Svizzera (CCPCS), della Conferenza delle autorità inquirenti svizzere (CAIS) nonché di organi federali (fedpol, Ministero pubblico della Confederazione e UFG). Il gruppo di lavoro «Genesis» ha presentato il suo rapporto nel novembre del 2003⁸.

2. Consultazione

2.1 *Rapporto e avamprogetti del Consiglio federale*

In base ai rapporti della commissione peritale «Criminalità in rete» e del gruppo di lavoro «Genesis», il Consiglio federale decise di porre in consultazione nel dicembre 2004 due avamprogetti di revisione del CP e del CPM con un rapporto esplicativo⁹.

L'avamprogetto A conteneva una normativa sulla responsabilità penale dei provider che corrispondeva alle proposte elaborate dalla commissione peritale «Criminalità in rete» (cfr. n. 1.1). Tale normativa sanciva in sostanza il principio secondo cui le disposizioni generali del Codice penale in materia di reità e di complicità si applicano ai provider che partecipano attivamente alla commissione di reati. In futuro, il provider (che mette a disposizione dei suoi clienti uno spazio di memoria sul suo elaboratore) sarà punibile se non interviene per impedire l'accesso a un contenuto illecito di cui viene a sapere o si accorge soltanto in un secondo tempo o se omette di informare le autorità inquirenti dei contenuti illeciti portati a sua conoscenza da terzi. Non è punibile il fornitore di accesso (access provider) che si limita a offrire accesso automatico a Internet.

L'avamprogetto B si fondava su proposte del gruppo di lavoro «Genesis» (cfr. n. 1.2) tese a creare una base giuridica per rafforzare la collaborazione tra Confederazione e Cantoni nell'ambito del perseguimento penale nei casi di criminalità in rete: il Ministero pubblico della Confederazione (MPC) e la Polizia giudiziaria federale (PGF) ottengono la possibilità di svolgere le prime indagini pressanti qualora sussista il sospetto che un reato sottoposto alla giurisdizione cantonale sia stato commesso con l'ausilio di reti di comunicazione elettronica e non sia ancora stato determinato il Cantone cui compete l'indagine. La PGF può inoltre coordinare le indagini impartendo istruzioni alle autorità cantonali di perseguimento penale. Tali competenze d'indagine del MPC e della PGF nella prima fase procedurale non fonderebbero alcuna giurisdizione federale, ma migliorerebbero la collaborazione tra Confederazione e Cantoni rendendo più efficace il perseguimento della criminalità in rete.

La procedura di consultazione si è conclusa il 30 aprile 2005.

⁸ Rapporto «Modello per un perseguimento penale efficiente in casi di criminalità in rete su scala intercantonale o internazionale», del gruppo di lavoro «Genesis», Berna, 12 novembre 2003; disponibile (nella versione tedesca) all'indirizzo

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0003.File.tmp/ber-genesis-d.pdf>

⁹ Rapporto e avamprogetto relativi alla modifica del Codice penale svizzero e del Codice penale militare concernente la responsabilità penale dei provider e le competenze della Confederazione per il perseguimento di reati commessi mediante reti di comunicazione elettronica (criminalità in rete, Berna, ottobre 2004, consultabile al seguente indirizzo:

<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0015.File.tmp/vn-ber-i.pdf>)

2.2 Risultati della consultazione

Il Consiglio federale aspettò prima di prendere atto ufficialmente dei risultati e di decidere in merito al seguito, poiché secondo l'articolo 18 capoverso 2 dell'ordinanza sulla consultazione entrata in vigore il 1° settembre 2005 (OCo, RS 172.061.1) è soltanto nei casi in cui il seguito è poco chiaro che il Consiglio federale deve emanare una decisione separata in proposito. Negli altri casi vanno sottoposti al Consiglio federale i risultati della consultazione assieme al messaggio. Visto che comunque nel 2005 non sussistevano dubbi sul seguito da dare all'avamprogetto B, il DFGP preparò il relativo messaggio. Durante la metà del 2006 si sono però resi necessari accertamenti completivi che hanno rallentato la procedura. Si trattava in particolare di chiarire il finanziamento delle risorse supplementari necessarie per la nuova competenza d'indagine della Confederazione e di chiarire la portata della disposizione prevista dall'articolo 27 capoverso 2 del Codice di procedura penale (CPP) sulla competenza d'indagine della Confederazione per i reati commessi interamente o parzialmente in più Cantoni o all'estero e per i quali non è ancora stato stabilito se il procedimento penale compete alla Confederazione o a un Cantone.

2.2.1 Risultati in generale

Dei 283 destinatari invitati a esprimere un parere, sono giunte 99 risposte, tra cui 13 rinunce esplicite a una presa di posizione materiale.

La maggioranza dei partecipanti ha accolto positivamente l'intenzione del Consiglio federale di impegnarsi maggiormente, con la presente revisione del CP/CPM, nella lotta contro i reati commessi mediante reti di comunicazione elettronica (criminalità in rete). Praticamente tutti i partecipanti hanno riconosciuto la necessità di un intervento da parte del legislatore. A tratti, la normativa proposta nell'avamprogetto A è stata giudicata molto controversa. Eccezion fatta per il diritto d'impartire istruzioni, la nuova competenza proposta nell'avamprogetto B ha incontrato invece il favore della maggioranza. Con un certo vigore, alcuni Cantoni, partiti e organizzazioni interessate hanno fatto riferimento agli aspetti internazionali della criminalità in rete e alla cooperazione internazionale, estremamente importante in tale contesto.

2.2.2 Avamprogetto A

L'avamprogetto A è stato accolto positivamente dal Tribunale penale federale, da 21 Cantoni¹⁰, sei partiti¹¹ e 50 organizzazioni interessate¹², mentre è stato respinto soltanto da FR, AG e JU e da quattro organizzazioni¹³. Questi ultimi partecipanti alla consultazione ritengono che nonostante la presenza delle basi legali necessarie, mancherebbero i mezzi tecnici, personali e processuali per realizzare l'avamprogetto. Pur non rifiutando il principio di una responsabilità penale dei provider, il Cantone AI ha ritenuto tuttavia che la presente normativa non sia ancora matura per il giudizio.

Singoli punti dell'avamprogetto A sono invece molto controversi. Ecco il riassunto delle criti-

¹⁰ ZH, BE, UR, SZ, SO, SH, TG, VS, BS, AR, SG, NW, BL, TI, OW, GR, LU, GL, NE, ZG, GE.

¹¹ PSS, PEV, PCS, PPD, PLS, UDC.

¹² allianceF, FRC, kf, Limita, Zetel, VIW, SIG, Cp, KKPKS, SKG, UNIGE, UNIL, SKGB, KSBS, VSEI, sgv, ricardo.ch, simsa, SUIA, eBay, COLT, SWISSFILM, Pro Juventute, AudioVision, Werft22, SRG, impressum, Swisscable, sunrise, PLP, SICTA, MC, cablecom, SWITCH, Swisscom, VSP, asut, GARP, FER, EKKJ, Orange, ifpi, SAV, SwissBanking, VSKB, economiesuisse, HSW, DJS, JCT, KD.

¹³ acin, COMAMAL, Comintel und SIUG.

che principali:

- la norma di cui all'articolo 322^{bis} AP-CP numero 1 comma 1 che sancisce la punibilità dell'*hosting provider* nel caso in cui quest'ultimo non intervenisse, pur avendone la possibilità tecnica e sebbene fosse ragionevolmente esigibile, per impedire la diffusione di informazioni illegali presenterebbe svariati problemi. Uno di questi problemi sarebbe costituito dall'espressione «sapendo con certezza», la quale renderebbe praticamente impossibile addurre le prove del reato. Causerebbero inoltre anche problemi il termine «tecnicamente» e l'espressione «lo si possa ragionevolmente pretendere». Inoltre la valutazione del carattere penale dei contenuti ospitati sul suo server da parte dell'*hosting provider*, deve rientrare nella competenza esclusiva delle autorità di perseguimento;
- ha suscitato inoltre opposizione l'obbligo dell'*hosting provider* di cui all'articolo 322^{bis} numero 1 comma 2 AP-CP di trasmettere alle autorità inquirenti i contenuti illeciti portati a sua conoscenza da terzi. Non sussisterebbe alcun motivo per fare capo agli *hosting provider* come mediatori tra le autorità di perseguimento penale e i privati. Tale obbligo di trasmissione equivarrebbe a un obbligo di denuncia, il quale è estraneo al nostro ordinamento giuridico. Con il proposto obbligo di trasmissione le autorità di perseguimento penale sarebbero inoltre sommerse di segnalazioni;
- è stata inoltre criticata l'equiparazione fra gestori di motori e *hosting provider*. È stato adottato che per i gestori di motori sarebbe impossibile valutare il contenuto di informazioni di terzi, poiché il loro link verrebbe creato in maniera automatica. Tale equiparazione potrebbe avere come conseguenza il trasferimento dei gestori di motori verso Paesi che non conoscono tale disciplinamento.
- diversi partecipanti hanno criticato l'impunità della fornitura d'accesso a una rete di comunicazione elettronica e quindi l'attività centrale del fornitore di accesso di cui all'articolo 27 capoverso 4 AP-CP. Tale disposizione è stata altresì criticata perché considera la memorizzazione intermedia e temporanea di informazioni di terzi da parte del fornitore d'accesso (il cosiddetto caching) una fornitura d'accesso che non implica sanzioni. Taluni partecipanti alla consultazione hanno auspicato che ci s'ispiri maggiormente alla direttiva della Comunità europea sul commercio elettronico¹⁴; altri non capiscono perché un fornitore d'accesso che si accorge soltanto in un secondo tempo di aver permesso l'accesso a contenuti illeciti non ne debba impedire l'utilizzo se ne ha i mezzi tecnici;
- è stata infine criticata la frequente presenza di nozioni vaghe nell'avamprogetto A. Il fatto che siano i tribunali ad occuparsi della loro interpretazione, non contribuirebbe a promuovere l'auspicata certezza del diritto nell'ambito della criminalità in rete. L'avamprogetto non rappresenterebbe inoltre una delimitazione rispetto al diritto penale dei media.

¹⁴ Cfr. nota a piè di pagina 4.

2.2.3 Avamprogetto B

La maggioranza dei partecipanti alla consultazione è favorevole alla nuova competenza d'indagine proposta dal Consiglio federale nell'articolo 344 capoverso 1 AP-CP. Una grande maggioranza degli interpellati, tra cui 23 Cantoni, è per contro contraria alla competenza della PGF d'impartire istruzioni di cui al capoverso 2. Questo rifiuto è motivato soprattutto con il fatto che, sulla base delle esperienze positive raccolte nel quadro delle ultime operazioni, un diritto d'impartire istruzioni non è giudicato né necessario né realizzabile e non sarebbe ammissibile che un'autorità federale di polizia impartisca istruzioni a giudici istruttori o procuratori pubblici cantonali e stabilisca le priorità nell'attività d'indagine. La flessibilità delle autorità cantonali inquirenti e istruttorie non dovrebbe essere limitata. Sette Cantoni¹⁵ temevano inoltre che la Confederazione obbligasse le autorità cantonali a condurre procedure costose che, in base alle proprie valutazioni, esse stesse non avvierebbero.

3. Conclusioni e raccomandazioni del Consiglio federale

3.1 Responsabilità penale dei provider (avamprogetto A)

La maggioranza degli interpellati accoglie sostanzialmente con favore il fatto di disciplinare in termini espliciti la responsabilità penale dei provider. Nel contempo tuttavia la revisione del CP/CPM proposta nell'avamprogetto A è stata giudicata molto controversa. Gli ulteriori lavori effettuati una volta la procedura di consultazione terminata hanno rivelato che un disegno modificato rispetto a tale base aprirebbe nuove questioni interpretative, non permettendo così di eliminare l'incertezza giuridica paventata anni fa nell'ambito della mozione Pfisterer (00.3714). Sembra anzi che determinerebbero soltanto nuove incertezze.

Occorre inoltre rilevare, alla luce della giurisprudenza emanata dal 2001, che i timori allora espressi non si sono concretizzati: le imprese svizzere non hanno subito svantaggi né in termini di concorrenza né di localizzazione e la lotta alla criminalità in rete non è stata messa in discussione dall'assenza di un disciplinamento esplicito della responsabilità in tale ambito. Anche la certezza giuridica non è stata compromessa da sentenze contraddittorie. Inoltre spetta generalmente a istanze supreme, ossia al Tribunale federale, dissipare questo genere di incertezze.

Anche se il diritto vigente sulla responsabilità penale dei provider non prevede disposizioni particolari, è possibile trovare soluzioni adeguate sulla base del diritto penale dei media (art. 28 segg. CP/ art. 27 segg. CPM) e dei principi generali sull'imputazione della colpa e sulla partecipazione (art. 24 segg. CP / art. 23 segg. CPM). Data la rapidità con la quale evolve la tecnologia nel campo della comunicazione elettronica, una disposizione tecnica sarebbe inoltre presto superata. Mantenere le disposizioni generali a tutti note è pertanto la decisione giusta.

In questo senso la situazione giuridica svizzera è comparabile a quella di tanti altri Stati europei (Norvegia, Svezia, Francia, Olanda) che non prevedono l'introduzione di disposizioni penali specifiche di responsabilità per i provider di servizi Internet.

Visto che con il diritto vigente non si sono concretizzate, neanche dopo anni, conseguenze

¹⁵ ZH, ZG, SO, BS, BL, AR, TG.

negative per i provider e per il perseguimento penale, non si vede l'esigenza di agire a livello legislativo.

Per questi motivi il Consiglio federale raccomanda al Parlamento di rinunciare a disciplinare la responsabilità penale dei provider. Nel quadro del «Rapporto del Consiglio federale Mozioni e postulati dei Consigli legislativi» chiederà lo stralcio della mozione Pfisterer 00.3714 (Criminalità cibernetica. Modifica delle disposizioni legali).

3.2 Nuova competenza d'indagine della Confederazione (avamprogetto B)

Contrariamente all'avamprogetto A, l'avamprogetto B ha raccolto il consenso di quasi tutti i partecipanti alla consultazione. Fin dall'inizio tuttavia il Consiglio federale si era reso conto che la competenza della Confederazione proposta andrebbe disciplinata nel Codice di procedura penale svizzero. Nel frattempo il CPP è stato approvato ed entrerà in vigore presumibilmente all'inizio del 2010 (legge sottoposta a referendum FF 2007 6327). L'articolo 27 capoverso 2 del CPP prevede la competenza d'indagine della Confederazione per i reati commessi interamente o parzialmente in più Cantoni o all'estero e per i quali non è ancora stato stabilito se il procedimento penale compete alla Confederazione o a un Cantone. Questa competenza d'indagine si applica a tutti i reati.

Considerata tale situazione il Consiglio federale raccomanda al Parlamento di rinunciare all'ulteriore procedura per l'attuazione dell'avamprogetto B. Nel quadro del «Rapporto del Consiglio federale Mozioni e postulati dei Consigli legislativi» viene chiesto lo stralcio della mozione Aepli Wartmann 01.3196 (Miglioramento della procedura nella lotta contro la criminalità su Internet) e della mozione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale 02.3012 (Lotta contro la pedofilia) nonché del postulato del gruppo democratico-cristiano 02.3522 (Competenza della Confederazione d'impartire istruzioni in merito a procedure penali che riguardano più Cantoni).