Codice penale

Ultima modifica: 03.11.2026

PDF creato il: 03.11.2026

COMMENTARIO ONLINE
IL COMMENTARIO GIURIDICO
IN OPEN ACCESS

INDICE

Art. 28 CP 5
Art. 179quater CP 31
Art. 197a CP 57
Art. 305ter CP 93
Art. 321ter CP 121
Art. 322ter CP 133
Art. 322quater CP 153
Art. 322quinquies CP 159
..... 165
Art. 322septies CP 169
Art. 322decies CP 177
Art. 329 CP 185
Art. 331 CP 193

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 28 CP

Un commentario di Lorena Gisler

CITAZIONE SUGGERITA

Lorena Gisler, Commentario all'art. 28 CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Gisler, art. 28 CP N. XXX.

6. Punibilità dei mass media

Art. 28

[1] Se un reato è commesso mediante pubblicazione in un mezzo di comunicazione sociale e consumato per effetto della pubblicazione, solo l'autore dell'opera è punito, fatte salve le disposizioni che seguono.

[2] Qualora l'autore dell'opera non possa essere individuato o non possa essere tradotto davanti a un tribunale svizzero, è punito il redattore responsabile giusta l'articolo 322bis. In sua mancanza, è punita giusta il medesimo articolo la persona responsabile della pubblicazione.

[3] Qualora la pubblicazione sia avvenuta all'insaputa o contro la volontà dell'autore dell'opera, è punito come autore del reato il redattore o, in sua mancanza, la persona responsabile della pubblicazione.

[4] Non soggiace a pena il resoconto veritiero di deliberazioni pubbliche e di comunicazioni ufficiali di un'autorità.

STRUTTURA

I. Scopo e finalità dell'art. 28 CP 8
II. Punibilità esclusiva dell'autore (cpv. 1) 9
A. Nozione di mezzo di comunicazione 9
1. Interpretazione del concetto nel contesto delle strutture mediatiche tradizionali 9
2. Interpretazione del concetto nel contesto dei social media 10
B. Pubblicazione 11
1. Necessità della pubblicità 11
2. Limitazione alla collaborazione specifica con i media 12
C. Esaurimento nella pubblicazione 14
D. Sulla punibilità dell'autore 15
III. Responsabilità sussidiaria a due livelli (cpv. 2) 16
A. Livello 1: Responsabilità del redattore responsabile 17
B. Livello 2: Responsabilità della persona responsabile della pubblicazione 17
1. Pubblicazione in generale 17
2. Pubblicazione su Internet 18
IV. Pubblicazione senza il consenso dell'autore (cpv. 3) 21
A. Pubblicazione all'insaputa 21
B. Pubblicazione contro la volontà 22
V. Impunità della cronaca veritiera (cpv. 4) 22
A. Motivo dell'impunità 22
B. Nozione di autorità 22
C. Cronaca veritiera 23
D. Procedimenti pubblici 24
E. Comunicazioni ufficiali 25
Bibliografia 25
I materiali 28

I. SCOPO E FINALITÀ DELL'ART. 28 CP

1 La disposizione speciale di diritto penale dei media contenuta nell'art. 28 CP tiene conto dell'elevata importanza dei **diritti fondamentali alla comunicazione** garantiti dalla Costituzione, in particolare della libertà di opinione e di stampa.

2 In base alla **libertà di opinione** sancita dall'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost., ogni persona ha il diritto di formarsi liberamente la propria opinione, nonché di esprimerla e diffonderla senza ostacoli. Tra gli aspetti centrali della libertà di espressione rientra anche la libertà dei media.

3 La **libertà dei media** ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 Cost. garantisce il libero flusso di informazioni e serve a tutelare il libero scambio di opinioni. Oltre all'attività di ricerca, essa comprende anche la messa a disposizione e la diffusione di informazioni e opinioni a un numero indefinito di destinatari. La **libertà di creazione mediatica** ad essa connessa è, in quanto «risorsa sociale fondamentale», un presupposto strutturale di uno Stato di diritto democratico.

4 In quanto vettori di informazione, i media svolgono la funzione di anello di congiunzione tra lo Stato e il pubblico. Nel loro **ruolo di sentinella**, devono poter denunciare senza ostacoli gli abusi nello Stato e nella società e contribuire al controllo delle attività delle autorità. Inoltre, la libertà di espressione e la conseguente pluralità delle pubblicazioni devono garantire il dibattito pubblico.

5 Da questa situazione di partenza costituzionale deriva la consapevolezza che i media, in quanto **veicoli di critica e controllo pubblico**, necessitano di un quadro giuridico specifico. La **responsabilità a cascata** di cui all'art. 28 CP e la conseguente concentrazione della responsabilità su una persona primariamente responsabile riducono in modo mirato il rischio di responsabilità penale per coloro che collaborano alla produzione e alla diffusione di prodotti mediatici. Questa modifica o limitazione delle norme relative all'autore e al complice impedisce una «catena» di responsabilità penale attraverso tutte le fasi della produzione e diffusione mediatica e crea un equilibrio tra la libertà dei media e l'esigenza di sanzioni penali.

6 Poiché nei reati mediatici spesso non è possibile stabilire in modo affidabile se e in che misura una persona abbia collaborato alla pubblicazione punibile,

per evitare procedimenti farraginosi e complicati volti ad accertare le responsabilità è inoltre opportuno, anche dal **punto di vista del diritto processuale penale**, che l'azione penale si concentri principalmente su una sola persona.

Senza la responsabilità a cascata obbligatoria ed esaustiva, sussisterebbe il rischio che la partecipazione alla diffusione di idee nuove e potenzialmente controverse venisse limitata o addirittura soppressa. Ciò priverebbe i media della loro ragion d'essere come istituzione della sfera pubblica democratica e della loro funzione di guardiani della società. L'art. 28 CP serve quindi a **evitare effetti deterrenti repressivi** e a tutelare la libertà di opinione e dei media. 7

Il senso e lo scopo esposti sollevano la questione se la disposizione speciale sviluppata per i media tradizionali sia o debba essere trasferibile anche ai **social media**. Data la generale accessibilità delle possibilità di pubblicazione su Internet e il mutato assetto mediatico, un trattamento privilegiato nell'ambito dell'art. 28 CP, secondo il diritto vigente, appare discutibile e richiede ulteriori approfondimenti. 8

II. PUNIBILITÀ ESCLUSIVA DELL'AUTORE (CPV. 1)

A. Nozione di mezzo di comunicazione

L'art. 28 CP presuppone la commissione di un atto punibile «mediante pubblicazione in un mezzo di comunicazione». L'applicabilità è quindi legata all'**utilizzo di un mezzo di comunicazione**. 9

1. Interpretazione del concetto nel contesto delle strutture mediatiche tradizionali

Il concetto di «stampa», determinante al momento della creazione della norma, comprendeva tutti i prodotti che potevano essere **riprodotti** in numero illimitato mediante un procedimento meccanico, come ad esempio opuscoli o manifesti. 10

Il legislatore ha basato la revisione del diritto penale dei media del 1996 su un'«ottica mediatica globale», adottando un'interpretazione ampia e flessibile del concetto di media per poter tenere conto dei rapidi sviluppi tecnologici. Ha previsto un'estensione del campo di applicazione a tutti i mezzi utilizzabili 11

per la comunicazione e quindi «a tutti i media». Ha tuttavia rinunciato a una definizione normativa del termine. Ne deriva una **concezione aperta** e **dinamica del concetto**, la cui concretizzazione è lasciata alla dottrina e alla giurisprudenza.

12 La maggior parte della dottrina attuale e la giurisprudenza partono da un **concetto funzionale di media**, che non si limita ai mass media, ma comprende tutti i mezzi fisici ed elettronici utilizzabili per la comunicazione. Oltre ai classici **veicoli di comunicazione**, quali giornali, riviste o radio, secondo il Tribunale federale sono considerati mezzi di comunicazione anche i **mezzi di comunicazione elettronici,** come ad esempio video, teletext o videotex. Non è richiesta una periodicità, per cui rientrano anche prodotti mediatici una tantum o irregolari, in particolare pubblicazioni in libri o film cinematografici. Allo stesso modo, è irrilevante se la riproduzione avvenga all'interno di un'azienda organizzata o al di fuori di essa.

2. Interpretazione del concetto nel contesto dei social media

13 L'avvento dei social media solleva la questione se anche questi rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 28 CP. La stragrande maggioranza della dottrina, basandosi su un'**ampia interpretazione del termine**, parte dal presupposto che i social media rientrino nella nozione di mezzo di comunicazione. Si levano tuttavia anche voci critiche che chiedono una limitazione alle imprese mediatiche organizzate a livello imprenditoriale o che, in linea di principio, non qualificano i social media come Facebook o Twitter come mezzi di comunicazione ai sensi dell'art. 28 CP.

14 I social media sono un **termine generico** che indica una moltitudine di infrastrutture e tecnologie digitali interconnesse che consentono la creazione, la modifica e la pubblicazione di contenuti online, facilitano l'accesso alle informazioni e la loro diffusione e favoriscono la partecipazione attiva e la cura delle relazioni tra le persone. I social media si presentano in diverse forme. Oltre ai social network, ai microblog, ai newsgroup, ai servizi di messaggistica istantanea e ai siti di media audiovisivi, sono possibili anche forme miste.

15 Questa interpretazione del termine chiarisce che la classificazione dei social media come categoria superiore non consente ancora di dedurre immediatamente se, in un caso concreto, sia presente un prodotto mediatico

rilevante ai sensi del diritto penale dei media in un mezzo di comunicazione contemplato dall'art. 28 CP. Il Tribunale federale sottolinea che l'ampia nozione di mezzo di comunicazione **non** comporta che i social media debbano essere qualificati **automaticamente come mezzo di comunicazione**. Esso relativizza il requisito autonomo del mezzo di comunicazione, subordinando l'applicabilità dell'art. 28 CP, nel caso concreto, al fatto che «il prodotto mediatico sia reso accessibile al pubblico». La delimitazione dell'ambito di applicazione si sposta così dal mero concetto di mezzo di comunicazione al requisito dell'effettiva messa a disposizione del pubblico.

Per evitare questo spostamento, la qualificazione come mezzo di comunicazione deve essere subordinata al fatto che, tramite un determinato strumento, contenuti concettuali o figurativi **possano essere resi accessibili** *a* una cerchia più ampia di persone non collegate tra loro personalmente e siano quindi *idonei* **alla diffusione pubblica**. Il requisito della pubblicazione, invece, comprende l'uso concreto del mezzo di comunicazione e deve essere valutato come presupposto separato. 16

B. Pubblicazione

1. Necessità della pubblicità

Il reato deve essere commesso mediante pubblicazione. Si ha pubblicazione quando un contenuto viene immesso in circolazione e quindi **sottratto** alla **sfera di controllo o di influenza** dell'autore, il quale non può più controllarne l'accesso da parte dei destinatari. 17

Il contenuto deve quindi essere **accessibile al pubblico**, in modo da poter essere percepito da un numero indefinito di persone o da una cerchia più ampia di persone non legate da rapporti personali. Non si considera quindi pubblicato un contenuto che rimane in ambito privato, dove per privato si intende la cerchia di familiari e amici o un rapporto di fiducia particolare. Ciò comprende in particolare la comunicazione tra singoli individui tramite e-mail o SMS. Con questo requisito della messa a disposizione del pubblico, l'ambito di applicazione viene distinto dalla comunicazione diretta, che non rientra nell'art. 28 CP. 18

19 Si considera pubblicazione anche il caso in cui il contenuto sia reso accessibile a una cerchia ristretta di destinatari, purché all'interno di tale cerchia possa essere **preso a conoscenza da qualsiasi persona interessata**. Ciò si verifica, ad esempio, quando in un comune viene distribuito un opuscolo in duecento copie.

20 Una **effettiva presa di conoscenza** del contenuto **non è presupposta**. La limitazione temporale dell'accessibilità non annulla la pubblicazione. Anche se i contenuti vengono successivamente ritirati o rimossi, essi si considerano pubblicati.

21 Per i **prodotti della stampa**, l'inizio della distribuzione, ad esempio mediante consegna alla posta, è determinante ai fini della pubblicazione. Per i **media elettronici**, il requisito della pubblicità è soddisfatto, oltre che per i siti web, anche per le comunicazioni nei newsgroup, tramite app o mediante diffusione tramite mailing list, purché queste siano rivolte a un vasto pubblico.

22 Per quanto riguarda le **piattaforme dei social media**, si presume in linea di principio che esse siano rivolte al pubblico. Si ha un'eccezione quando l'autore, tramite impostazioni individuali, rende consapevolmente accessibile un contributo solo a una cerchia ristretta di persone. I messaggi diffusi in circoli di comunicazione chiusi e legati da rapporti personali non rientrano quindi nel campo di applicazione dell'art. 28 CP. Un contributo può quindi essere considerato una pubblicazione su un mezzo di comunicazione se si rivolge a una **cerchia più ampia di persone non collegate personalmente**. Finora sono stati qualificati esplicitamente come pubblicazione su un mezzo di comunicazione i contributi sul social network più grande al mondo «Facebook» e sulla piattaforma di microblogging «Twitter».

2. Limitazione alla collaborazione specifica con i media

23 Una pubblicazione può richiedere non solo la **produzione**, ma anche la **diffusione** di un prodotto mediatico. Il numero di persone potenzialmente coinvolte in questo processo può essere elevato, poiché queste non devono necessariamente far parte di un'impresa mediatica.

24 Per limitare l'applicabilità dell'art. 28 CP, è necessaria una **collaborazione specifica nel settore dei media** alla produzione o alla diffusione del prodotto mediatico. Chi collabora a una pubblicazione all'interno della tipica catena di produzione e diffusione può invocare l'esclusiva punibilità

dell'autore. In caso di partecipazione al di fuori di tale catena, viene meno il riferimento specifico ai media e quindi il privilegio di responsabilità. In tal caso, la responsabilità penale per il reato mediatico in questione viene presa in considerazione secondo le regole generali sulla responsabilità dell'autore e della partecipazione, poiché è escluso il ricorso alla responsabilità a cascata ai sensi dell'art. 28 CP.

Occorre verificare caso per caso cosa rientri nella collaborazione specifica dei media. A tal proposito si pone la questione centrale, la cui risposta varia a seconda del mezzo di comunicazione, di quando una pubblicazione si consideri conclusa, poiché a partire da quel momento viene meno la possibilità di un'ulteriore collaborazione specifica dei media. Finché il processo di pubblicazione può ancora essere interrotto e quindi è possibile esercitare un'influenza o un controllo sul contenuto, l'atto non è completato. Solo quando l'espressione è visibile e percepibile da terzi, la pubblicazione si considera conclusa. 25

Le difficoltà di applicazione del criterio della partecipazione specifica al mezzo di comunicazione emergono in particolare nei **social media**. Il Tribunale federale ha recentemente affrontato questa questione in una decisione relativa a Facebook, senza tuttavia illustrare espressamente la tipica catena di produzione e diffusione. 26

Mentre **i retweet** (piattaforma X, ex Twitter) sono ancora considerati parte della diffusione tipica del mezzo a causa del concetto tecnico, un **repost corredato di un proprio commento** su Facebook è considerato una pubblicazione autonoma e non rientra quindi più nell'ambito di applicazione dell'art. 28 CP. A sostegno di tale argomentazione, il Tribunale federale sostiene che il post originale, una volta condiviso e commentato, sfugge al controllo dell'autore originario. Un repost corredato di un proprio commento può tuttavia essere considerato, in via eccezionale, come una collaborazione specifica dei media se, dal punto di vista del contenuto – in modo analogo a una citazione – si confronta con il contributo originale e l'intenzione del repost non è rivolta alla mera diffusione dell'espressione punibile, ma a una discussione del contributo specifica della piattaforma. 27

Non rientrano nella catena di produzione e diffusione specifica dei media altre forme di diffusione come ad esempio il **«Mi piace»**. L'**inserimento di un collegamento ipertestuale** rientra nella tipica catena di produzione e 28

diffusione solo in casi eccezionali, poiché chi inserisce il collegamento raramente è direttamente coinvolto nel processo di pubblicazione. Di norma, un collegamento rimanda semplicemente a contenuti già pubblicati.

C. Esaurimento nella pubblicazione

29 Il reato deve esaurirsi nella pubblicazione. Il campo di applicazione è quindi limitato ai **reati mediatici**. Con questo termine si intendono i fatti la cui consumazione si esaurisce **nella pubblicazione punibile**. Questo presupposto è soddisfatto in particolare nei reati di azione basati su un'espressione punibile di un pensiero. Sono quindi esclusi i fatti la cui consumazione richiede un risultato che vada oltre la pubblicazione.

30 I **reati di espressione di pensiero** soddisfano il requisito secondo cui il comportamento punibile si realizza esclusivamente attraverso la pubblicazione. Il caso d'applicazione classico è costituito dai reati contro l'onore ai sensi degli art. 173 segg. CP. Sono **rientranti** nell'art. 28 CP anche l'art. 162 CP (violazione del segreto di fabbricazione o d'affari), l'art. 259 CP (istigazione pubblica al crimine o alla violenza), l'art. 276 CP (istigazione e induzione alla violazione dei doveri militari), l'art. 293 CP (divulgazione di deliberazioni segrete), l'art. 320 segg. CP (violazione del segreto d'ufficio e professionale) e l'art. 3 in combinato disposto con l'art. 23 LCSl (concorrenza sleale).

31 I reati la cui consumazione presuppone una **partecipazione attiva** o il cui esito dipende da un **effetto psicologico sulla vittima** sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 28 CP, poiché la consumazione del reato non avviene già con la pubblicazione del contenuto. L'art. 28 CP non trova quindi **alcuna applicazione** all'art. 146 CP (frode), all'art. 156 CP (estorsione), all'art. 180 CP (minaccia), all'art. 181 CP (coercizione) e all'art. 258 CP (allarmismo). È controversa l'applicabilità dell'art. 28 CP alle disposizioni della LDA (violazioni del diritto d'autore).

32 Il Tribunale federale ha inoltre stabilito che **l'art. 28 CP si applica solo** se l'applicazione **non è in contrasto con lo scopo** perseguito dal legislatore con la sanzione del reato principale sottostante. Tale limitazione è motivata dal fatto che una norma penale volta proprio a impedire la pubblicazione di determinate espressioni o rappresentazioni – e quindi di contenuti illegali – verrebbe vanificata nel suo scopo legislativo da una valutazione dei

responsabili ai sensi dell'art. 28 CP. Sulla base di questo presupposto, l'applicazione dell'art. 28 CP è esclusa in particolare rispetto all'art. 135 CP (rappresentazioni di violenza), all'art. 197 cpv. 4 CP (pornografia dura) e all'art. 261bis (cpv. 4) CP (discriminazione e incitamento all'odio).

Questa limitazione dell'ambito di applicazione introdotta dal Tribunale federale in contrasto con la formulazione letterale è **criticata** dalla **dottrina prevalente,** poiché svuota in larga misura il diritto penale dei media. Per garantire la certezza del diritto si richiede, tra l'altro, che il legislatore sancisca per legge un elenco esaustivo dei reati mediatici.

D. Sulla punibilità dell'autore

Se sono soddisfatti i requisiti di cui all'art. 28 cpv. 1 CP, è responsabile – fatti salvi i capoversi da 2 a 4 – **esclusivamente l'autore**. Ciò deriva dal fatto che sia il controllo sui contenuti sia il potere decisionale in merito alla pubblicazione spettano a lui, a meno che la pubblicazione non sia avvenuta senza il suo consenso (cfr. art. 28 cpv. 3 CP).

Grazie all'esclusiva punibilità dell'autore, tutte le persone che hanno **collaborato al prodotto mediatico in modo specifico per quel mezzo** godono di un trattamento privilegiato rispetto all'autore. Esse sono soggette alla responsabilità a cascata e – in deroga alla dottrina generale sull'autore e sul complice – rimangono impunite o possono essere ritenute responsabili solo in via sussidiaria.

È considerato autore chi **determina** il **contenuto** del prodotto mediatico e 36
gli **attribuisce la forma esteriore**. Questo requisito si considera soddisfatto anche quando il contenuto viene ripreso in un nuovo documento o pubblicato online nell'ambito di un sito web. In questo senso, possono essere qualificati come autori anche i blogger e gli autori di lettere al direttore o di rubriche. Soddisfa il requisito di autore anche chi fa **redigere il contenuto da un terzo** o **si spaccia per autore** e se ne assume la responsabilità.

Non è considerato autore il **traduttore**, poiché non imprime autonomamente il contenuto intellettuale, a meno che non apporti modifiche al contenuto e la traduzione non contenga errori che ne alterino il senso. Non rientra in questa definizione nemmeno chi ripropone un comunicato d'agenzia citandone la fonte. Anche il gestore di un forum di discussione su Internet non è

considerato autore, poiché non cura personalmente il contenuto e non ne plasma il pensiero.

38 In caso di reato commesso congiuntamente da più autori, secondo i principi della complicità tutti gli autori possono essere ritenuti penalmente responsabili in qualità di autori.

39 A differenza del diritto penale, nel **diritto civile** non esiste una norma che limiti la responsabilità esclusivamente all'autore. La persona lesa può quindi avvalersi della via civile ai sensi dell'art. 28 cpv. 1 CC, secondo cui è possibile agire contro qualsiasi persona che abbia contribuito alla violazione della personalità.

III. RESPONSABILITÀ SUSSIDIARIA A DUE LIVELLI (CPV. 2)

40 L'art. 28 cpv. 2 CP **limita la cerchia dei potenziali responsabili** a una serie gerarchica di soggetti responsabili in via sussidiaria. Le imprese mediatiche sono tenute, ai sensi dell'art. 322 cpv. 1 CP, a rendere nota l'identità delle persone responsabili ai sensi dell'art. 28 cpv. 2 o 3 CP. Una parte della dottrina ne deduce che possa essere considerata persona responsabile in via sussidiaria solo chi opera all'interno dell'impresa mediatica in questione. Il Tribunale federale, invece, estende la responsabilità a cascata anche a persone che non appartengono a un'impresa mediatica.

41 I responsabili in via sussidiaria non sono punibili per il reato mediatico, ma – tenendo conto del principio di colpa – esclusivamente ai sensi dell'art. 322bis CP per il vero reato di omissione consistente nella **mancata prevenzione, dolosa o colposa, di una pubblicazione punibile**. Questo procedimento ha inizio d'ufficio se l'autore non può essere identificato o non può essere portato in giudizio in Svizzera.

42 La **mancata prevenzione di una pubblicazione** è da ritenersi sussistente quando una pubblicazione non è stata impedita nonostante esistesse la possibilità di farlo. Non sussiste invece alcun obbligo di intervenire contro pubblicazioni già avvenute, poiché a quel punto il reato è già stato consumato. Non è quindi più possibile una partecipazione al reato, il che esclude anche l'applicazione della responsabilità a cascata ai sensi dell'art. 28 CP.

43 Se il **reato mediatico commesso dall'autore è un reato perseguibile su querela**, la responsabilità sussidiaria ai sensi dell'art. 322bis cpv. 3 CP si

applica solo se è stata presentata tempestivamente una querela contro l'autore (sconosciuto).

A. Livello 1: Responsabilità del redattore responsabile

Se l'**autore non può essere identificato** o **non può essere portato in giudizio** in Svizzera, il redattore responsabile ne risponde in via sussidiaria al suo posto.

È considerato redattore responsabile la persona che detiene sia la **responsabilità dei contenuti** sia il **potere decisionale effettivo** sui contenuti destinati alla pubblicazione. La pubblicazione deve rientrare nella sua sfera di responsabilità, essendo determinante che egli abbia l'effettiva possibilità di rielaborarne il contenuto redazionale. La responsabilità sussidiaria del redattore responsabile si estende esclusivamente alle pubblicazioni dell'impresa mediatica per la quale opera.

Ai sensi dell'art. 322 cpv. 2 CP, i giornali e le riviste devono indicare un redattore responsabile nell'**impressum**. Quest'ultimo non deve tuttavia necessariamente coincidere con la persona indicata nell'impressum. È piuttosto determinante chi aveva effettivamente la possibilità di modificare o di non pubblicare il contenuto rilevante dal punto di vista penale.

B. Livello 2: Responsabilità della persona responsabile della pubblicazione

1. Pubblicazione in generale

In assenza di un redattore responsabile, cosa che si verifica soprattutto al di fuori delle imprese mediatiche, in una fase successiva è ritenuta responsabile la **persona responsabile** della pubblicazione ai sensi dell'art. 322bis CP.

La qualifica della persona responsabile presuppone un coinvolgimento, dal punto di vista dei contenuti o economico, nella decisione relativa alla pubblicazione. Rientrano in questa definizione anche coloro che sono soggetti a un **obbligo di vigilanza** specifico per i media e che dispongono dell'effettiva **possibilità** di **impedire una pubblicazione**. 48

2. Pubblicazione su Internet

49 In caso di pubblicazione su Internet sono regolarmente coinvolti **più attori** che possono essere considerati responsabili. Questa pluralità di soggetti complica l'attribuzione della responsabilità penale e solleva la questione se anche i provider di Internet ai sensi dell'art. 28 cpv. 2 CP possano essere ritenuti responsabili in via sussidiaria. La giurisprudenza del Tribunale federale finora non ha dato risposta a questa domanda.

50 A differenza delle imprese mediatiche, che producono contenuti propri, i **provider di Internet** mettono a disposizione in primo luogo l'infrastruttura tecnica per le pubblicazioni. Si possono distinguere grosso modo come segue:

- Content provider: offrono contenuti propri o informazioni riprese da terzi.
- Access provider: garantiscono l'accesso al web e ad altri servizi Internet.
- Host-provider: mettono a disposizione dei content-provider, su base contrattuale, spazio di archiviazione e infrastruttura server sul proprio server web.

51 Se questi attori possano essere qualificati come persone responsabili della pubblicazione è oggetto di controversia e dipende dalla loro **influenza** sul contenuto nonché dal loro **potere di impedire la pubblicazione**. Poiché i provider sono per lo più persone giuridiche, si pone l'ulteriore questione di quali criteri debbano essere utilizzati per identificare la persona fisica responsabile.

52 Per quanto riguarda i **content provider**, vi è consenso. Essi configurano i contenuti e prendono quindi decisioni redazionali. Ai fini della responsabilità non fa alcuna differenza se un'affermazione si trovi nei media tradizionali o su un sito web. I fornitori di contenuti sono quindi considerati **persone responsabili in via sussidiaria**.

53 Per contro, nel caso dei **fornitori di accesso e di hosting** sorgono questioni complesse. È controverso se questi siano o debbano essere soggetti alla responsabilità a cascata. Partendo dal presupposto che l'art. 322bis CP colleghi la responsabilità all'appartenenza a un'impresa mediatica, sono interessate esclusivamente le persone che operano all'interno di tale impresa in modo tipico per i media. Ne consegue che i provider Internet non rientrano in linea di principio nell'ambito di applicazione della responsabilità a cascata, a meno che non esercitino parallelamente funzioni tipiche dei media. Il messaggio e

un rapporto dell'Ufficio federale di giustizia hanno tuttavia sostanzialmente avallato la qualificazione dei provider di accesso e di hosting come soggetti responsabili in via sussidiaria ai sensi dell'art. 28 cpv. 2 CP. La dottrina, invece, respinge ampiamente tale interpretazione e ritiene giustamente che i provider di accesso e di hosting non rientrino nell'ambito di applicazione.

I provider di accesso forniscono esclusivamente l'accesso tecnico a Internet e consentono agli utenti di accedere a contenuti già pubblicati, senza esercitare alcuna influenza su di essi. 54

L'Ufficio federale di giustizia motiva la responsabilità sussidiaria con il fatto che i provider di accesso sono un «anello indispensabile della catena» per portare i contenuti creati dall'autore all'utente finale. Allo stesso tempo, ne limita la responsabilità: I fornitori di accesso sono considerati responsabili in via sussidiaria solo se hanno acquisito **conoscenza concreta e attendibile** dell'esistenza di un determinato contenuto illecito e hanno successivamente omesso intenzionalmente di rimuoverlo. Tale argomentazione trascura tuttavia il fatto che, ai sensi dell'art. 322bis, cpv. 1, CP, è punibile anche l'omissione colposa, il che presuppone la violazione di un obbligo di diligenza. Non sussiste alcun obbligo di controllo o sorveglianza (preventiva) capillare dei contenuti e tale obbligo va respinto. In mancanza di una base giuridica specifica, l'Ufficio federale di giustizia deduce in modo poco convincente il necessario obbligo di diligenza dal **principio generale del rischio**, poiché i media presentano un potenziale di pericolo particolare e i contenuti penalmente rilevanti non giungerebbero all'utente senza il provider di accesso. Dalla presunta motivazione della limitazione della responsabilità risulta chiaro che i provider di accesso, a causa di un comportamento negligente, dovrebbero essere qualificati come responsabili in via sussidiaria in quasi tutti i casi. Ciò va contestato. 55

La responsabilità sussidiaria presuppone l'esistenza di possibilità realistiche di **controllare i contenuti** e di **impedirne la pubblicazione.** Nel caso dei provider di accesso, tuttavia, ciò non è affatto vero. La fornitura dell'accesso serve esclusivamente agli utenti e non comporta alcuna responsabilità per i contenuti pubblicati. I provider di accesso **non** esercitano **alcuna attività editoriale** né dispongono di meccanismi di filtraggio attivi. Data l'enorme quantità di dati, **le possibilità di controllo sono di fatto escluse**. Essi non hanno quindi la possibilità di monitorare i contenuti o di impedirne la pubblicazione. Dal punto di vista tecnico possono solo interrompere 56

l'accesso. Inoltre, di norma non sussiste alcun rapporto diretto o contrattuale con l'autore. I provider di accesso non devono quindi essere qualificati come **persone responsabili in via sussidiaria**.

57 **I provider di hosting** gestiscono l'infrastruttura tecnica e provvedono regolarmente alla pubblicazione automatizzata dei contenuti. In questo contesto, i dati del provider di contenuti vengono memorizzati sul server del provider di hosting.

58 Secondo l'Ufficio federale di giustizia, nella catena di trasmissione tra autore e utente i provider di hosting sono funzionalmente **i più vicini** all'**autore**. In virtù del vincolo contrattuale con l'autore, essi potrebbero riservarsi diritti di controllo sui contenuti da loro trasmessi. Di conseguenza, sarebbero in grado di adottare, se necessario, le misure di blocco richieste. In tali circostanze, appare opportuno qualificare i provider di hosting come soggetti responsabili in via sussidiaria.

59 I provider di hosting **non partecipano in veste di supervisori** al processo di pubblicazione e **non esercitano alcuna attività editoriale**. È vero che dispongono dei mezzi tecnici per impedire una pubblicazione mediante misure di blocco. Non sussiste tuttavia un obbligo di sorveglianza, poiché non vi è alcun obbligo di impedire future violazioni del diritto. L'attività dei provider di hosting si limita alla messa a disposizione di spazio di memoria e alla pubblicazione automatizzata di informazioni. Da ciò non deriva alcuna responsabilità per i contenuti. I provider di hosting non devono quindi essere qualificati come **persone responsabili in via sussidiaria**.

60 A causa delle attuali incertezze relative al campo di applicazione dell'art. 28 CP e dell'art. 322bis CP, nel 2004 il Consiglio federale, in risposta a una mozione, ha incaricato una commissione di esperti di elaborare un progetto di revisione. Nel corso di questi lavori è stata proposta una norma di responsabilità per i provider che si distinguesse chiaramente dal campo di applicazione dell'art. 28 CP. Il Parlamento **ha tuttavia rinunciato** a **introdurre una normativa in tal senso**, poiché «sulla base del diritto penale dei media (...) e dei principi generali in materia di autore e complice (...) sono possibili soluzioni adeguate».

61 Anche nella gestione delle **piattaforme di social media** sorgono questioni specifiche relative all'imputabilità. I gestori delle piattaforme configurano l'ambiente di comunicazione e determinano le possibilità di comunicazione e

diffusione dei contenuti. Il Tribunale federale ha tuttavia negato l'esistenza di un obbligo di sorveglianza permanente di principio per i forum di discussione online. È tuttavia ipotizzabile che, in determinate circostanze, i gestori delle piattaforme siano tenuti a sorvegliare e impedire la diffusione di contenuti illeciti. Ciò è da presumersi in particolare quando una violazione di diritto è prevedibile in base alle circostanze, ad esempio in caso di violazioni ripetute da parte di un utente. Resta quindi aperta la questione se e a quali condizioni i gestori delle piattaforme di social media possano essere perseguiti in via sussidiaria, e ciò va valutato caso per caso a seconda del contesto.

IV. PUBBLICAZIONE SENZA IL CONSENSO DELL'AUTORE (CPV. 3)

Se la pubblicazione avviene all'insaputa o contro la volontà dell'autore, è punibile il **redattore responsabile** e, in via sussidiaria, la **persona responsabile della pubblicazione**. L'autore, invece, rimane impunito, poiché ha contribuito alla realizzazione del fatto senza dolo. 62

A differenza dell'art. 28 cpv. 2 CP, che deduce la punibilità da un'omissione ai sensi dell'art. 322bis CP, in caso di pubblicazione senza il consenso dell'autore del reato viene attribuita una **partecipazione attiva**. Il redattore e, in subordine, la persona responsabile sono quindi considerati autori del reato mediatico, per cui non si applica l'art. 322bis CP. Questa interpretazione, basata sul testo dell'art. 28 cpv. 3 CP, è considerata dalla maggioranza della dottrina come un errore del legislatore. 63

A. Pubblicazione all'insaputa

Si ha una pubblicazione all'insaputa dell'autore quando a quest'ultimo **manca completamente** la **conoscenza** della pubblicazione nel mezzo di comunicazione in questione. Non è invece sufficiente la mera ignoranza di singole modalità. L'insaputa dell'autore può riferirsi anche a **successivi interventi redazionali**, purché questi alterino in modo sostanziale il significato del contenuto e non si limitino a tagli o modifiche stilistiche del testo. 64

B. Pubblicazione contro la volontà

65 Si presume che vi sia una pubblicazione contro la volontà dell'autore quando questi ha espresso **esplicitamente** o **implicitamente** il proprio rifiuto alla pubblicazione. La pubblicazione avviene contro la volontà dell'autore anche nei casi in cui sussistano malintesi riguardo agli accordi stipulati. Se la pubblicazione di una bozza avviene prima che l'autore abbia potuto effettuare la revisione o l'adeguamento concordati, ciò deve essere qualificato come **comportamento contrario all'accordo** e quindi come pubblicazione contro la sua volontà o a sua insaputa.

V. IMPUNITÀ DELLA CRONACA VERITIERA (CPV. 4)

A. Motivo dell'impunità

66 Il motivo di giustificazione della cronaca veritiera di deliberazioni pubbliche e comunicazioni ufficiali sottolinea l'impegno a tutelare la libertà dei media ai sensi dell'art. 17 Cost. Nell'interesse della **formazione dell'opinione pubblica** e per promuovere il dibattito democratico, i media devono avere la facoltà di riferire sulle attività delle autorità. L'impunità svolge una **funzione di tutela democratica**, garantendo l'apertura del flusso di informazioni pubbliche e il libero dibattito e assicurando così il controllo del potere statale da parte dell'opinione pubblica.

B. Nozione di autorità

67 Sono considerate autorità tutti gli organi cui la legge attribuisce **poteri pubblici**. Le autorità contemplate non si limitano agli organi legislativi, ma si estendono a tutti gli organi che esercitano funzioni statali con competenza sovrana. Tra questi figurano in particolare gli organi costituzionali della Confederazione e dei Cantoni, i tribunali, i consigli comunali, le assemblee comunali, le Landsgemeinden e i sinodi. Sono comprese anche le autorità straniere.

68 In virtù del collegamento con i poteri d'ufficio, anche i **soggetti privati che agiscono in via sovrana** senza propria competenza decisionale, come ad esempio le persone soggette al segreto d'ufficio o, a livello federale, tutti gli organi federali soggetti alla legge sulla protezione dei dati, devono essere qualificati come autorità. Si pensi ad esempio alle FFS o alla SUVA.

L'applicazione della norma sull'immunità giornalistica alle **autorità giudiziarie** comporta il rischio che informazioni riservate diventino di dominio pubblico. Poiché nei procedimenti in questione spesso non sussiste un obbligo di veridicità assoluto e sono coinvolte parti con ruoli processuali diversi, sussiste un rischio considerevole di false dichiarazioni e di lesione dei diritti delle parti in causa o di terzi.

C. Cronaca veritiera

70 Si ha cronaca qualora sia **riconoscibile** al pubblico che i contenuti riportati siano stati pronunciati in un **processo pubblico** o derivino da una **comunicazione ufficiale**. Anche le registrazioni audio e video rientrano nel concetto di cronaca. L'impunità ai sensi dell'art. 28 cpv. 4 CP è tuttavia applicabile solo se la registrazione è consentita dal quadro giuridico.

71 Se l'udienza pubblica o il comunicato ufficiale non costituiscono essi stessi l'oggetto
del servizio giornalistico, ma vengono semplicemente utilizzati come **argomento complementare** in un servizio su una persona o su un altro fatto, non si ha **corrispondenza giornalistica**. Questa differenziazione costituisce la base del requisito della veridicità.

72 Un resoconto è veritiero nella misura in cui le dichiarazioni in esso contenute siano riportate correttamente **alla lettera** o **nel senso**. Non è richiesta una verifica sostanziale della correttezza dei contenuti.

73 Per la veridicità non è necessaria una riproduzione integrale. È determinante che la cronaca trasmetta al lettore un'idea adeguata del contenuto. L'omissione di singole dichiarazioni non costituisce di per sé una violazione della veridicità. In particolare nella cronaca di udienze pubbliche, sia le riproduzioni abbreviate che l'enfasi su aspetti diversi dall'accusa sono frequenti e non costituiscono di per sé una contrarietà alla verità.

La cronaca di procedimenti penali pendenti deve tuttavia tenere conto in modo imperativo della presunzione di innocenza. Deve essere sufficientemente riconoscibile che i fatti esposti non sono ancora provati e devono ancora essere accertati in modo vincolante dal tribunale. Ciò può essere espresso, ad esempio, con formulazioni quali «secondo la procura» o «secondo l'accusa».

74 La cronaca veritiera comprende anche commenti e critiche. In quanto espressione di opinione, la critica serve alla garanzia della qualità sociale e rientra quindi anch'essa nel privilegio dell'impunità. Poiché la veridicità di commenti e giudizi di valore non è dimostrabile, la loro ammissibilità si valuta in base al fatto che si fondino su una base fattuale sufficiente e appaiano giustificabili in tale contesto.

75 Solo le distorsioni tendenziose, che non trasmettono un quadro d'insieme corrispondente alla realtà, costituiscono una cronaca illegale. Il grado di diligenza richiesto per una cronaca veritiera, così come la portata della presentazione giornalistica, dipendono dalle peculiarità del mezzo di comunicazione in questione e dalle aspettative del pubblico. In questo contesto, possono essere ammesse anche presentazioni sensazionalistiche con titoli e immagini accattivanti. È invece inammissibile presentare affermazioni non espresse come presunte citazioni letterali mediante l'uso delle virgolette. I giudizi di valore eccessivi sono inammissibili, poiché contraddicono lo spirito e lo scopo dell'art. 28 cpv. 4 CP, che mira alla descrizione di fatti che, in teoria, ogni persona presente in aula potrebbe percepire con i «propri occhi e le proprie orecchie» o leggere in comunicazioni ufficiali.

D. Procedimenti pubblici

76 L'impunità per la cronaca di un procedimento si fonda sulla sua pubblicità. Essa è quindi concessa solo se un procedimento è accessibile a un pubblico potenzialmente illimitato. Rientrano in questa categoria anche le sedute delle autorità, anche se accessibili solo a una parte limitata del pubblico, purché non siano soggette all'obbligo di segretezza. Un'udienza è considerata pubblica anche se singole persone ne sono escluse per determinati motivi. Un'assemblea pubblica, aperta in linea di principio a tutti, non perde quindi il suo carattere pubblico per il fatto che una singola persona venga allontanata a posteriori.

77 Anche in assenza di un pubblico generale, il privilegio della cronaca veritiera permane, purché, ai sensi dell'art. 70 cpv. 3 CPP, i giornalisti accreditati siano ammessi all'udienza e non sussista alcun divieto legale di cronaca. Ne consegue, a contrario, che la cronaca di udienze segrete non è coperta dall'impunità (cfr. art. 293 CP).

E. Comunicazioni ufficiali

Le comunicazioni comprendono tutte le forme orali e scritte di comunicazione delle autorità, comprese le dichiarazioni ufficiali, i discorsi e le relazioni, incluse quelle sui social media. Sono tuttavia coperti dall'impunità solo i messaggi che sono ufficiali. 78

Il carattere ufficiale si basa sulla prassi informativa delle autorità, improntata all'uguaglianza giuridica e all'assenza di arbitrarietà, nella pubblicazione di fatti ufficiali, nonché sulle definizioni contenute nelle leggi sull'informazione e sulla trasparenza. La caratteristica centrale consiste quindi nel fatto che una comunicazione serva all'adempimento di un **compito pubblico** che spetta alla collettività. Sono quindi escluse, in particolare, le informazioni sulla vita privata dei funzionari. 79

L'impunità si applica esclusivamente quando le comunicazioni ufficiali vengono rese accessibili a un pubblico potenzialmente illimitato, ad esempio attraverso la pubblicazione d'ufficio di relazioni, studi o perizie. Rientrano in questa categoria anche le comunicazioni orali in occasione di **conferenze stampa** rivolte a un pubblico (mediatico) illimitato e che possono essere trasmesse al grande pubblico. La questione se **le informazioni verbali** e le **interviste** rientrino in questa categoria è controversa nella dottrina, poiché non sono necessariamente rivolte al pubblico. 80

Sono considerati comunicazioni ufficiali anche i documenti resi accessibili su **richiesta individuale**, a condizione che un obbligo legale o il principio di uguaglianza giuridica imponga alle autorità di consentirne la consultazione. 81

BIBLIOGRAFIA

Bähler Regula, Tweet und Retweet: Mitgegangen, mitgefangen – Aber nicht immer, Medialex 2017, S. 40–44.

Canonica Simon, Tücken der neuen Kaskadenhaftung, Medialex 2000, S. 63–64.

Corboz Bernard, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Corboz Bernard (Hrsg.), Les infractions en droit suisse, Volume II, Bern 2010.

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich 2022.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Hafter Ernst, Umfang des Pressedelikts und strafrechtliche Sonderstellung der Presse, ZStrR 40 (1927), S. 134–153.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019, S. 1–22.

Niggli Marcel Alexander/Schwarzenegger Christian, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 98/2002, S. 61–73.

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021.

Riedo Christof/Beglinger Robin, Ehrverletzungen im Internet – insbesondere auf Facebook, AJP 2021, S. 1249–1262.

Riklin Franz, Kaskadenhaftung – quo vadis?, Medialex 2000, S. 199–208 (zit. Kaskadenhaftung).

Riklin Franz, Schweizerisches Medienstrafrecht, in: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (Hrsg.), Medien, Kriminalität und Justiz, Chur et al. 2001, S. 67–90 (zit. Medienstrafrecht).

Riklin Franz, Schweizerisches Presserecht, Bern 1995 (zit. Presserecht).

Riklin Franz, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 2. Aufl., Zürich 2002 (zit. Strafrecht).

Roth Simon, Urteilsbesprechung, Nr. 26 Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, Urteil vom 26. Januar 2016 i.S. Hermann Lei gegen B., GG150250, forumpoenale 5 (2017), S. 290–294.

Salmina Edy, Medien. Die vierte Gewalt. Medienfreiheit | Medienverantwortung | Medienopfer, Einblicke eines Insiders, Bern 2018.

Schultz Hans, die unerlaubte Veröffentlichung – ein Pressedelikt?, ZStrR 109 (1991), S. 273–281.

Schwaibold Matthias, Lausanner Nebelpetarden zu Facebook, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 6B_440/2019 vom 18. November 2020, sui generis 2021, S. 1–11 (zit. Facebook).

Schwaibold Matthias, Warum «Twitter» kein Medium im Sinne des Strafrechts ist, sui generis 2017, S. 113–147 (zit. Twitter).

Schwarzenegger Christian, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322bis StGB), in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix/Arnold Irene/Käser Beatrice/Caspar Milena/Ivic Ingo (Hsrg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich et al. 2012, S. 165–188 (zit. Anwendungsbereich).

Schwarzenegger Christian, Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 217–231 (zit. Twibel).

Schwarzenegger Christian/Niggli Marcel Alexander, Über die Strafbarkeit des Hyperlink-Setzers – Zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2002, Medialex 2003, S. 26–32.

Sempach Niklaus, Strafbarkeit von Gewaltaufrufen in sozialen Medien, Medialex 09 (2023), DOI: https://doi.org/10.52480/ml.23.13.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

Stumpp Stefan/Michelis Daniel, Einführung in die Sozialen Medien, in: Stumpp Stefan/Michelis Denis/Schildhauer Thomas (Hrsg.), Social Media, 5. Aufl., Baden-Baden 2025, S. 21–34.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 2025.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 2025.

Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark/Simmler Monika, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 8. Aufl., Zürich et al. 2026.

Werly Stéphanie, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, 2. Aufl., Basel 2021.

Werly Stéphane, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, 2. Aufl., Basel 2025.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stefan (Hrsg.), Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Bern 2024.

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Zimmerli Ulrich, Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, Medialex 1999, S. 14–23.

I MATERIALI

Bericht der Expertenkommission «Netzwerkkriminalität», Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Juni 2003, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/76014.pdf, besucht am 5.1.2026 (zit. Bericht Expertenkommission).

Bericht des Bundesrates, Netzwerkkriminalität, Strafrechtliche Verantwortung der Provider und Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung von

Netzwerkdelikten, Februar 2008, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/77468.pdf, besucht am 5.1.2026 (zit. Bericht Bundesrat).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBI 1918 IV 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de, besucht am 1.1.2026 (zit. Botschaft 1918).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht vom 17.6.1996, BBI 1996 IV 525 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/4_525_533_449/de, besucht am 1.1.2026 (zit. Botschaft 1996)

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 24.12.1999, Art. 27 und 322bis StGB. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Internet-Access-Provider. JAAC 64.75, abrufbar unter https://entscheidsuche.ch/dok/CH_VB/CH_VB_003_JAAC-64-75--_1999-12-24.pdf, besucht am 2.1.2026 (zit. Bundesamt für Justiz).

Niggli Marcel Alexander/Riklin Franz/Stratenwerth Günter, Gutachten, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, erstellt im Auftrag des Verbandes Inside Telecom (VIT), 2000 (zit. Niggli/Riklin/Stratenwerth).

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031, besucht am 8.1.2026 (zit. E-Commerce Richtlinie).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 179quater CP

Un commentario di Marvin Stark

CITAZIONE SUGGERITA

Marvin Stark, Commentario all'art. 179quater CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Stark, art. 179quater CP N. XXX.

Violazione della sfera segreta o privata mediante apparecchi di presa d'immagini

Art. 179quater

Chiunque, con un apparecchio da presa, osserva o fissa su un supporto d'immagini un fatto rientrante nella sfera segreta oppure un fatto, non osservabile senz'altro da ognuno, rientrante nella sfera privata d'una persona, senza l'assenso di quest'ultima,

chiunque sfrutta o comunica a un terzo un fatto, del quale egli sa o deve presumere d'essere venuto a conoscenza mediante un reato secondo il capoverso 1,

chiunque conserva o rende accessibile a un terzo una presa d'immagini, che sa o deve presumere eseguita mediante un reato secondo il capoverso 1,

è punito, a querela di parte, con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

STRUTTURA

I. Rilevanza 34
II. Interesse giuridico tutelato 34
III. Genesi e telos storico 34
IV. Osservazione e registrazione (cpv. 1) 37
A. Fatti oggettivi 37
1. Cerchio degli autori del reato 37
2. Reato 39
a. Dispositivi di registrazione 39
b. Osservazione 40
c. Registrazione 40
3. Oggetto del reato 41
a. Fatti 41
b. Area segreta 41
c. Area privata non facilmente accessibile a tutti 42
B. Reato soggettivo 46
V. Atti successivi (paragrafi 2 e 3) 47
A. Reato oggettivo 47
1. Cerchia di autori del reato 47
2. Reato 47
a. Valutazione dei fatti (cpv. 2) 47
b. Rivelazione di fatti a terzi (cpv. 2) 48
c. Conservazione delle registrazioni (cpv. 3) 48
d. Rendere le registrazioni accessibili a terzi (cpv. 3) 48
3. Oggetto del reato 48
B. Reato soggettivo 49
VI. Motivi di giustificazione 50
VII. Applicazione e sanzione 50
VIII. Reati concorrenti 51
Bibliografia 52
I Materiali 55

I. RILEVANZA

1 L'art. 179quaterCP è stato emanato in un periodo in cui non aveva alcuna rilevanza pratica: Nei primi 20 anni di validità della disposizione penale (1969-1989), sono state pronunciate solo otto condanne in totale. Un reato che criminalizzava il semplice scatto di fotografie (e persino l'osservazione di altre persone) era una novità legislativa all'epoca e non era conosciuto dal Consiglio federale in nessun altro Paese. Negli ultimi decenni, tuttavia, si è registrato un **aumento significativo** delle accuse e delle condanne, che può essere dovuto in gran parte agli sviluppi tecnologici e all'ubiquità degli smartphone. Anche il fenomeno dell' *abuso sessuale basato sulle immagini* - ossia la creazione e/o la diffusione di immagini intime senza il consenso della persona ritratta - viene regolarmente trattato nell'ambito di questo reato.

II. INTERESSE GIURIDICO TUTELATO

2 L'art. 179quater CP protegge la **sfera segreta e privata** dall'abuso di dispositivi di registrazione ottica. L'interesse giuridico si basa sulla protezione della privacy ai sensi dell'art. 13 Cost. che si consolida in particolare nella protezione della personalità ai sensi del diritto civile. Questo diritto legale si basa sulla "convinzione che l'individuo può svilupparsi in una personalità solo se gli viene garantito uno spazio libero per farlo di fronte alla comunità e allo Stato, nonché di fronte ad altri individui". L'autorità legislativa ha anche parlato del diritto di ogni persona di comportarsi in modo diverso in un luogo in cui ritiene di non essere vista da nessuno rispetto al pubblico. Questi ritiri, o gli eventi che vi si svolgono, devono essere protetti in particolare dalla messa a disposizione di terzi sotto forma di immagini (in movimento). La protezione è indipendente dal contenuto specifico della vita; può riguardare anche fatti del tutto banali. Contrariamente al suo titolo marginale (violazione della sfera segreta e privata da parte di dispositivi di registrazione), il reato è un reato astratto di messa in pericolo.

III. GENESI E TELOS STORICO

3 L'art. 179quaterCP è stato introdotto dalla "Legge federale sul rafforzamento della tutela penale del segreto personale" del 20 dicembre 1968. La disposizione penale è entrata in vigore il 1° maggio 1969 insieme ad altri

cinque articoli (art. 179bis fino all'art. 179septies CP incluso). La legge federale risale a un postulato del 1° luglio 1966, che chiedeva la protezione della *privacy*da dispositivi di *intercettazione*nell'ambito del diritto penale. L'autorità legislativa si è concentrata principalmente sulle mini-spie, ossia sui piccoli dispositivi per l'intercettazione delle conversazioni altrui. Fa eccezione l'art. 179quater CP, che criminalizza l'osservazione e la rappresentazione mediante dispositivi di registrazione di immagini. Tuttavia, l'art. 179quater CP deve sempre essere inteso nel **contesto** degli altri reati della revisione parziale, in particolare dell'art. 179bis CP, di cui costituisce - nelle parole dei legislatori - la "controparte" e che è "in linea di principio strutturato nello stesso modo". L'art. 179bis CP criminalizza l'intercettazione e la registrazione di conversazioni private altrui. L'obiettivo dell'autorità legislativa è sempre stato quello di criminalizzare solo le minacce agli interessi legali che sono equivalenti, per gravità, all'intercettazione attraverso un dispositivo di ascolto.

L'autorità legislativa si è concentrata principalmente sulle interferenze della 4
stampa scandalistica, in particolare sul rischio di registrazione, riproduzione e diffusione di immagini da parte di membri della stampa. Non è stata presa in considerazione la penalizzazione di persone voyeuristiche o curiose. Il fatto che il reato sia stato comunque esteso alla semplice osservazione con dispositivi di registrazione (N. 12) è servito a evitare difficoltà probatorie.

In particolare, la **questione delle aree protette della vita** o dell'oggetto del 5
reato (N. 15 e segg.) ha portato a numerose discussioni in seno ai consigli. L'attuale formulazione della legge ("un fatto della sfera segreta di un'altra persona o un fatto della sfera privata di un'altra persona non facilmente accessibile a tutti") è una soluzione di compromesso tra il Consiglio degli Stati, che voleva proteggere solo la sfera segreta, e il Consiglio nazionale, che voleva coprire anche l'intera sfera privata. La formulazione aggiuntiva che ora limita la sfera privata ("un fatto che non sia facilmente accessibile a tutti") è ambigua e può essere interpretata in vari modi. Il significato storico della frase può essere ricavato dai materiali legali (per l'applicazione dell'interpretazione, si veda N. 24 e seguenti):

1. "fatto non [...] *accessibile* ': secondo il testo giuridico tedesco, si potrebbe concludere che 'non accessibile" significa che non c'è accesso (locale) al fatto, cioè in particolare non c'è accessibilità. Per un'interpretazione precisa del termine, tuttavia, è necessario un confronto con le versioni

francese e italiana della legge. Lì il termine si riferisce a un fatto impercettibile o non osservabile: “un fait ne pouvant être perçu” o “un fatto, non osservabile”. Uno sguardo sistematico all'art. 179bis CP, a cui l'art. 179quaterCP fa da controparte per i dispositivi di registrazione ottica secondo l'intenzione dei legislatori (N. 3), porta allo stesso risultato: l'art. 179bis CP richiede una conversazione non pubblica e con terzi. Una conversazione è non pubblica se i partecipanti alla conversazione hanno la ragionevole aspettativa che non possa essere ascoltata dal pubblico in generale senza ausili tecnici. Ciò vale indipendentemente dal luogo in cui si svolge la conversazione. Tenendo conto della definizione di cui sopra, la formulazione dell'art. 179quaterCP ha il seguente telos storico: un fatto è “inaccessibile” se la persona interessata può dimostrare la ragionevole aspettativa che non possa *essere visto* dal pubblico in generale. I materiali legislativi suggeriscono che anche i legislatori hanno dato per scontata una tale interpretazione della formulazione. Essi si sono regolarmente concentrati sulla visibilità dei fatti e sulla capacità della persona interessata di proteggersi dagli sguardi del pubblico in generale.

2. "fatto non accessibile a *tutti* ": il fatto non deve essere accessibile a tutti, cioè non al grande pubblico. Per quanto riguarda la controparte dell'Art. 179bis CP (N. 3), i fatti sono generalmente accessibili se sono “percepibili da un gruppo più ampio di persone non delimitato da relazioni personali”.
3. “fatto non [...] *facilmente* accessibile”: con questa formulazione, l'autorità legislativa intende dire che l'autore del reato deve “adottare particolari precauzioni” per superare la mancanza di visibilità dei fatti, sia attraverso “l'uso improprio di determinati dispositivi e strumenti” sia “con altri mezzi sofisticati”. Se, invece, un fatto è già generalmente riconoscibile, non è sufficiente che si debba superare solo un ostacolo morale per includerlo.

6 La questione delle aree protette della vita è regolarmente associata alla **teoria della sfera del diritto civile** . Questa teoria trae origine dai diritti della personalità e si basa sull'idea fondamentale che la personalità giuridica possa essere suddivisa in sfere che richiedono diversi gradi di protezione giuridica a seconda del loro grado di sensibilità. È probabile che la teoria delle sfere abbia ispirato il legislatore quando ha integrato i concetti di sfera segreta e privata nell'art. 179quater CP nel 1968. Tuttavia, per quanto riguarda l'interesse giuridico protetto (N. 2), non si è mai voluto utilizzare la teoria delle sfere per definire le aree protette. I legislatori hanno ripetutamente espresso la volontà

di non trasferire al diritto penale la dottrina del diritto civile, secondo la quale nella sfera pubblica esiste anche una sfera privata, caratterizzata dalla riservatezza dei contenuti specifici della vita. Di conseguenza, hanno deciso di limitare il concetto di sfera privata attraverso una formulazione aggiuntiva. L'aggiunta di "un fatto che non è facilmente accessibile a tutti" significa che - a differenza del diritto civile - indipendentemente dal contenuto dell'espressione vitale in questione (N. 2), viene presa in considerazione solo l'accessibilità del fatto (N. 5). Ciò significa che viene tutelata solo una vera e propria sfera privata visiva, che è fondamentalmente indipendente dal luogo in cui si svolgono i fatti di vita. L'unico fattore decisivo è che la persona interessata abbia in qualche modo protetto i fatti in questione (il cui contenuto è irrilevante) dallo sguardo del pubblico in generale. Anche la differenza tra sfera privata e segreta è stata quasi completamente annullata, poiché il criterio della visibilità dei fatti (N. 5, N. 24 s.) e il criterio della natura sconosciuta dei fatti (N. 19) generalmente si sovrappongono (per l'eccezione, si veda N. 19).

IV. OSSERVAZIONE E REGISTRAZIONE (CPV. 1)

A. Fatti oggettivi

1. Cerchio degli autori del reato

Si discute se possa essere autore di un reato solo l'**intruso** vero e proprio, 7
cioè chi entra nell'area protetta dall'esterno (extraneus), o anche chi si trova nell'area protetta con il consenso dell'interessato ma commette un reato senza consenso (intraneus). Corboz ritiene che sia punibile solo l'extraneus. Donatsch ritiene che le persone che condividono la stessa sfera privata non godano di protezione tra loro. Secondo Trachsler, anche l'intraneus può essere considerato un reo nella sfera segreta, a condizione che commetta il reato di *nascosto*. Altri ritengono che sia l'extraneus che l'intraneus siano possibili autori di reato in tutte le costellazioni. Finora la giurisprudenza ha affrontato solo marginalmente la questione di chi possa essere l'autore del reato. Il Tribunale federale ha stabilito che nelle aree di proprietà che possono essere utilizzate in modo paritario dalle parti residenti senza diritti di domicilio esclusivi, le parti non godono di alcuna protezione delle loro aree private. Tuttavia, chiunque sia ospite di un'area privata altrui può essere perseguito come intruso, anche se l'ingresso avviene apertamente. In una

recente decisione, l'Alta Corte di Zurigo ha ritenuto che l'intraneus possa essere un reato se registra *di nascosto* altre persone presenti nella sua abitazione privata e dotate di autorità domestica.

8 La questione se l'art. 179quater CP riguardi solo gli intrusi (extranei) o anche le persone che si trovano già nell'area protetta (intranei) come persone che commettono un reato può essere determinata dall'**interpretazione** della disposizione. Un'interpretazione storico-sistematica dell'art. 179quater CP potrebbe inizialmente indicare che la disposizione penale riguarda solo gli intrusi: L'articolo è concepito come un analogo dell'art. 179bis CP (N. 3), che punisce esclusivamente gli extranei per le intercettazioni e le registrazioni di conversazioni. Gli intranei, invece, sono coperti dall'Art. 179ter CP, che prevede una pena inferiore. Questa distinzione si basa sul fatto che l'organo legislativo ha classificato l'illecito degli Intranei come meno grave di quello degli Extranei. Si potrebbe quindi concludere che anche l'art. 179quater CP copre solo i reati più gravi commessi dagli intrusi. Tuttavia, uno sguardo all'interesse giuridico tutelato e allo scopo storico della disposizione mette in dubbio questa interpretazione: l'obiettivo dei legislatori era quello di garantire alle persone protette un'area di libero sviluppo e di sanzionare il trascinamento di fatti al di fuori di tale area nel pubblico dominio (N. 2). Tuttavia, questo libero sviluppo non è messo a repentaglio solo dagli intrusi, ma anche dalle persone di fiducia (intranei) se effettuano registrazioni senza consenso. Chiunque debba costantemente temere di essere registrato da persone con cui condivide questioni private non può svilupparsi liberamente. L'interesse giuridico tutelato è quindi messo a repentaglio indipendentemente dal fatto che la persona che commette il reato sia un intraneus o un extraneus. Anche la formulazione dell'art. 179quater CP è favorevole a questa interpretazione: A differenza dell'art. 179bis CP, non esclude esplicitamente gli intranei, ma permette invece di coprire entrambi i gruppi di persone. La distinzione sistematica tra l'art. 179bis e l'art. 179ter CP, che prevede una distinzione tra discorsi estranei e intranei, non può essere facilmente trasferita all'art. 179quater CP, poiché questo reato riguarda i dispositivi di registrazione di immagini e non l'intercettazione di conversazioni. In sintesi, l'interpretazione storico-teleologica suggerisce che l'art. 179quater CP contempli come autori sia gli Extranei che gli Intranei.

2. Reato

Ai sensi dell'art. 179quater cpv. 1 CP, commette reato chiunque osservi (b.) o registri (c.) un oggetto di reato (N. 15 e segg.) con un dispositivo di registrazione (a.) o su un supporto di immagini (c.). 9

a. Dispositivi di registrazione

Un **dispositivo di registrazione di immagini**, definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti come un dispositivo in grado di registrare immagini (in movimento) a scopo di trasmissione, memorizzazione o riproduzione, funge da mezzo per commettere il reato. Questa definizione si rivela inadeguata: ad esempio, includerebbe anche il software deepfake tra i dispositivi di registrazione delle immagini. I programmi deepfake catturano immagini per trasmetterle, memorizzarle o riprodurle. Tuttavia, essi utilizzano immagini e/o video esistenti per creare una nuova opera, ma non registrano se stessi, motivo per cui non possono essere intesi come dispositivi *di registrazione*. La definizione deve essere la seguente: Un dispositivo di acquisizione di immagini è un dispositivo che rappresenta visivamente e cattura un evento reale in tempo reale. La visione naturale dell'occhio umano è sostituita dal dispositivo di registrazione. I dispositivi di registrazione comprendono, in particolare, le telecamere che possono far parte di un altro dispositivo, in particolare le telecamere degli smartphone, le webcam, i droni con telecamera o gli smartglass. Anche le fotocopiatrici e gli scanner sono dispositivi di registrazione. Infine, anche i programmi possono essere dispositivi di registrazione. Il Tribunale federale ha ritenuto che la registrazione dello schermo di un'e-mail costituisca un reato ai sensi dell'art. 179quater cpv. 1 CP. Gli screenshot rappresentano e salvano ciò che si vede sullo schermo. Il programma crea quindi un'istantanea visualizzata di una situazione reale. I dispositivi o i programmi di localizzazione (servizi di localizzazione, pillole radio, direction finder, rilevatori termici, ecc.), invece, non sono dispositivi di registrazione, in quanto la localizzazione di una persona non è una rappresentazione di un evento reale, ma una rappresentazione grafica della posizione di una persona. 10

I **dispositivi di osservazione** pura (ad esempio binocoli, telescopi, periscopi, visori notturni, torce, occhiali da sub, specchi unidirezionali, specchi manuali) non sono dispositivi di registrazione e non sono quindi considerati strumenti. Questa restrizione è difficile da comprendere per quanto riguarda il reato di 11

osservazione con un dispositivo di registrazione (N. 12 f.). Il fatto che i fatti siano spiati con un dispositivo di osservazione o con un dispositivo di registrazione è irrilevante ai fini della messa in pericolo dell'interesse giuridico: Anche lo spazio di ritiro protetto dall'art. 179quater CP (N. 2) è compromesso dall'uso di dispositivi di osservazione, poiché la persona interessata non può più comportarsi come se non fosse osservata. La minaccia all'interesse giuridico è ancora più grave se i fatti ottenuti nell'area protetta vengono valutati o diffusi - un comportamento che è punibile ai sensi del cpv. 2 solo quando si utilizza un dispositivo di registrazione delle immagini, ma non quando si utilizza un dispositivo di osservazione (cfr. N. 29 e segg., N. 37).

b. Osservazione

12 L'uso di un dispositivo di registrazione per osservare gli oggetti del reato (senza effettuare registrazioni) è già considerato un atto di reato. Si parla di osservazione se la persona che commette il reato percepisce attivamente e visivamente l'oggetto dell'attacco. Il dispositivo di registrazione funge da mezzo con cui l'autore del reato osserva i fatti in questione. Chiunque acceda alla webcam o alla fotocamera dello smartphone di un'altra persona tramite hacking (il cosiddetto camfecting), ad esempio, può intromettersi nella sua area protetta osservando se la fotocamera viene semplicemente attivata ma l'evento non viene registrato.

13 L'intraneus, che si trova nell'area protetta con il consenso dell'interessato (cfr. N. 7 s.), ha già visto i fatti e può al massimo mettere in pericolo gli interessi legali dell'interessato se registra i fatti su un supporto di immagini senza consenso. Il reato di osservazione deve quindi essere teleologicamente ridotto ai veri e propri **intrusi** o extranei.

c. Registrazione

14 Nella seconda variante del reato, l'apparecchio di registrazione viene utilizzato per memorizzare gli oggetti del reato su un supporto di immagini analogico o digitale. La registrazione deve **raffigurare** l'oggetto del reato, cioè renderlo visivamente visibile. Un video in cui si riconosce solo il nero e si sentono voci e suoni di piacere non è quindi soggetto all'art. 179quater CP. La registrazione è un reato anche se viene copiata o riprodotta un'immagine esistente dell'area protetta. Non importa se la registrazione viene effettuata di

nascosto o apertamente. È anche possibile che il dispositivo di registrazione funzioni automaticamente in assenza dell'autore del reato.

3. Oggetto del reato

L'oggetto del reato è costituito da fatti (a.) avvenuti nell'area segreta di un'altra persona (b.) o nell'area privata di un'altra persona non facilmente accessibile a tutti (c.). L'area interessata varia a causa della formulazione aggiuntiva restrittiva nel caso dell'area privata, di solito puramente dovuta alla giustificazione dogmatica (cfr. N. 6). 15

La giurisprudenza del Tribunale federale si spinge troppo in là, secondo cui anche **i defunti** godono della protezione della loro sfera segreta o privata almeno fino alla loro sepoltura. 16

a. Fatti

Il concetto di **fatti** deve essere inteso in senso ampio: Include tutti gli eventi o le condizioni presenti o passate relative all'area protetta della persona spiata, che assumono qualsiasi forma visivamente percepibile e sono accessibili alla prova. La dimostrabilità implica che la qualifica di fatto non dipende dalla veridicità dell'evento o della condizione. 17

b. Area segreta

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, affinché un fatto possa essere classificato, deve essere un **segreto** in senso penale, caratterizzato da tre caratteristiche cumulative: Si tratta di una situazione di fatto che gode di una relativa oscurità, che il portatore del segreto desidera mantenere segreta e per la quale ha un interesse legittimo alla segretezza. Tenendo conto della formulazione inequivocabile in tutte le versioni linguistiche e del sistema giuridico generale, il collegamento con il concetto di segreto sembra avere senso in linea di principio. Tuttavia, questo vale solo finché rimane in linea con l'interesse giuridico protetto che mira a proteggere i luoghi di ritiro da interferenze, indipendentemente dal loro contenuto (N. 2). Poiché il legittimo interesse alla segretezza è una questione di contenuto, ossia se la protezione del segreto debba essere concessa anche ad atti o circostanze illecite, questo criterio non deve essere preso in considerazione nel determinare se un fatto appartenente alla sfera segreta di un'altra persona sia presente. Neppure l'intimità del fatto in questione può giocare un ruolo. Pertanto, si deve tenere 18

conto solo della natura sconosciuta del fatto e dell'intenzione di mantenere il segreto.

19 Un fatto è relativamente **sconosciuto** se il suo contenuto è noto solo a poche persone ben definite. Questo criterio significa che, nella maggior parte dei casi, la qualificazione di un fatto come appartenente alla sfera del segreto dipende esclusivamente dalla sua percepibilità: non appena un fatto - per quanto intimo possa essere - può essere percepito da un numero indeterminato di persone per qualsiasi motivo, diventa noto e non è più un segreto ai sensi del diritto penale. Ne consegue che l'area segreta - così come l'area privata protetta - riguarda in definitiva spesso solo la visibilità dei fatti (cfr. N. 5, N. 24 s.). Di conseguenza, la distinzione tra le due aree è spesso irrilevante. Esistono tuttavia costellazioni in cui la distinzione tra area segreta protetta e area privata protetta è rilevante: un fatto che l'interessato deve presumere sia visibile al pubblico in generale - cioè a un gruppo più ampio di persone non delimitato da relazioni personali (N. 24 s.), ma che nel caso specifico è percepito solo da un gruppo ristretto e precisamente definito di persone, appartiene solo all'area segreta, ma non all'area privata.

20 Per **volontà di segretezza** si intende "la manifestazione di quegli sforzi [...] che mirano a sottrarre un fatto alla percezione e alla conoscenza altrui". Può essere espressa esplicitamente o implicitamente. Alcuni supporti di informazione sono "per loro natura destinati a una cerchia ristretta" - ad esempio i diari o le lettere - e in alcuni luoghi ci si aspetta di poter svolgere un'attività in segreto - ad esempio nei bagni o nei guardaroba. Il desiderio di segretezza viene regolarmente espresso o rafforzato se i portatori di informazioni o i luoghi sono chiusi a chiave. Anche un capo di abbigliamento può rappresentare l'intenzione di mantenere segreto ciò che si nasconde sotto di esso.

c. Area privata non facilmente accessibile a tutti

21 Poiché la **sfera privata** è troppo ampia per una norma di diritto penale secondo la concezione del diritto civile, è stata concettualmente limitata nel processo legislativo dalla formulazione aggiuntiva "non facilmente accessibile a tutti", che ha portato a un effettivo indebolimento del concetto (N. 6). L'interpretazione della formulazione aggiuntiva è controversa:

Il **Tribunale federale** interpreta l'espressione aggiuntiva "non facilmente accessibile a tutti" in modo molto ampio: In conformità con la dottrina prevalente, limita l'area protetta in linea di principio alla cosiddetta sfera privata in senso stretto, ossia a tutti i locali e i luoghi protetti dalla vista esterna e in cui "i fatti oggetto della controversia possono in effetti essere prontamente percepiti solo da persone strettamente collegate". Tuttavia, amplia quest'area: i fatti non sono *facilmente* accessibili se possono essere percepiti solo superando "ostacoli fisici [...] o legali/morali". Definisce quest'ultimo come un "confine immaginario, cioè fisicamente non apparente [...] che, secondo gli usi e i costumi generalmente riconosciuti in questo Paese, non viene attraversato senza il consenso della persona interessata". In base a questa concezione, chiunque si intrometta nell'"area privata protetta dal reato di violazione di domicilio di cui all'art. 186 CP" o vi si trattenga per commettere un reato è perseguibile penalmente. Tuttavia, questo confine locale di sconfinamento non deve necessariamente essere attraversato fisicamente: Poiché è sufficiente superare un "ostacolo giuridico-morale", le persone sono protette da questo spazio anche in aree non chiuse. La persona che commette il reato oltrepassa quindi il confine psicologico di una persona mediamente rispettabile se osserva altre persone *davanti alla* propria casa con un dispositivo di registrazione o le registra su un supporto di immagini - questo vale anche se la persona può essere vista da un luogo accessibile al pubblico. 22

L'interpretazione del Tribunale federale deve essere **criticata**: Il Tribunale federale estende il campo di applicazione dell'art. 179quater CP con criteri che non emergono dal testo della legge né corrispondono all'intenzione dei legislatori (N. 5). Ciò che avviene nell'area non recintata davanti a una casa è generalmente visibile e quindi non costituisce un'area protetta dall'interesse giuridico. I due criteri problematici che portano a questa interpretazione devono essere analizzati più in dettaglio: 23

1. Il legame con la *violazione di domicilio*: il fatto che l'area protetta dall'art. 179quater cpv. 1 CP coincida sostanzialmente con quella dell'art. 186 CP è stato adottato dalla Corte Suprema Federale a partire da Noll, che all'epoca era l'unico a sostenere questa tesi. Guardando solo alla formulazione tedesca dell'art. 179quater cpv. 1 CP, sembra evidente il collegamento con la violazione di domicilio: il termine "accessibile" implica che l'area possa essere penetrata (N. 5). Tuttavia, se si considerano anche le versioni in

lingua francese e italiana, l'interesse giuridico tutelato e il telos storico (N. 2, N. 5), risulta evidente che il collegamento con l'Art. 186 CP non ha alcuna giustificazione. La violazione di domicilio protegge l'autorità domestica di una persona, ossia il diritto di decidere chi può trovarsi nei propri locali. I luoghi in cui si applica il diritto di domicilio sono elencati in modo esaustivo nell'art. 186 CP. L'art. 179quater CP, invece, tutela un interesse giuridico completamente diverso, ovvero la sfera segreta e privata dall'abuso di dispositivi di registrazione ottica (N. 2). A differenza dell'art. 186 CP, l'art. 179quater cpv. 1 CP non contiene un elenco di aree protette. L'ambito di protezione dell'art. 179quater CP non è limitato alle persone che hanno un diritto di domicilio. Piuttosto, tutte le persone che si trovano in un luogo protetto dalla vista hanno in linea di principio diritto alla protezione ai sensi della disposizione (N. 5, N. 24 s.). Infine, il legislatore non ha mai menzionato la violazione di domicilio, sebbene il reato facesse già parte del CP all'epoca. Non è quindi possibile stabilire una relazione diretta tra i due reati.

2. L'espressione *"ostacolo giuridico-morale"*: il Tribunale federale ha ripreso questo criterio di demarcazione da Riklin, ma non ha riconosciuto che l'autore ha utilizzato questo termine nel contesto di osservazioni generali sulla teoria delle sfere (N. 6) e con riferimento alla letteratura sul diritto privato. Nel caso della sfera privata più ristretta del diritto penale, egli stesso riteneva che ci dovesse essere una protezione fisica dalla vista. Ciò corrisponde al telos storico, secondo il quale non è sufficiente superare solo un ostacolo morale per ammettere un fatto già generalmente visibile (N. 5). Di conseguenza, Riklin ha criticato anche l'interpretazione eccessiva del Tribunale federale. Ora dipende praticamente solo dalle idee morali del giudice dare al reato contorni sufficientemente chiari. Ciò è già visibile nella prassi della Corte Suprema Federale: ad esempio, la fotografia di un uomo sulla soglia di casa da parte di un giornalista è stata punita come registrazione della sfera privata protetta, mentre l'osservazione di una donna che passa l'aspirapolvere sul suo balcone da parte di un investigatore assicurativo è rimasta impunita. Quest'ultima riguardava fatti "accessibili senza superare una barriera fisica o psicologica". L'evidente disparità di trattamento delle due decisioni è resa ancora più *assurda* dalla motivazione che "non si trattava di scene particolarmente personali, ma di attività quotidiane svolte volontariamente". In conformità con l'interesse giuridico tutelato (N. 2), il Tribunale federale dichiara invece giustamente:

> "Non è necessario che il comportamento osservato o raffigurato sia di natura particolarmente personale [...]".

Il **vero significato** della formulazione aggiuntiva può essere accertato attraverso un'interpretazione storico-sistematica e allo stesso tempo teleologica (cfr. N. 5). Di conseguenza, un "fatto non facilmente accessibile a tutti" sussiste se la persona interessata può dimostrare la *ragionevole aspettativa* che il fatto in questione non sia visibile al pubblico in generale (N. 25 s.) senza la necessità di sforzi particolari (N. 27). In questo contesto, il termine "pubblico generale" si riferisce a un gruppo più ampio di persone che non è delimitato da relazioni personali. Anche con questa interpretazione secondo il vero significato della disposizione, rimane una zona grigia che deve essere colmata dal giudizio morale del giudice. Tuttavia, questa zona grigia è notevolmente ridotta rispetto alla delimitazione secondo i criteri del Tribunale federale. 24

La ragionevole aspettativa che un determinato fatto non sia facilmente accessibile al pubblico sorge se la persona interessata ha preso delle precauzioni per proteggersi dalla vista di un gruppo più ampio di persone non delimitate da relazioni personali. Tale rifugio è solitamente creato da uno **schermo fisico** tra il fatto in questione e il pubblico in generale, come una siepe, un muro, persiane, porte, tende, cassetti, una tenda, una busta o un capo di abbigliamento. D'altra parte, chi non si protegge adeguatamente dalla vista del pubblico perde la legittima aspettativa di non essere visto dal pubblico. I fatti che sono in piena vista pubblica non godono di protezione. D'altro canto, ciò che è visibile solo a un gruppo limitato di persone attraverso relazioni personali, ad esempio dalla casa di un vicino, rimane protetto. Ad esempio, tutto ciò che può essere visto dalla strada pubblica, anche attraverso una siepe che perde o una finestra, è "facilmente accessibile a tutti". Se uno schermo efficace per la privacy esiste in linea di principio, ma presenta una lacuna (ad esempio il buco di una serratura) o viene temporaneamente rimosso contro la volontà dell'interessato, rimane la legittima aspettativa di non essere visti dal pubblico. 25

I fattori che rendono difficile la visione, come le grandi distanze, l'oscurità o l'acqua, non costituiscono di per sé una protezione visiva efficace che crea una ragionevole aspettativa da parte dell'interessato di non essere visto dal pubblico. Sebbene sia possibile superare questi ostacoli grazie alle funzioni di miglioramento della visione degli apparecchi di registrazione, sono molto 26

diffusi apparecchi di osservazione con le stesse funzioni, il cui uso è esente da pena (N. 11). Di conseguenza, l'interessato non può giustificare il fatto che i fatti del caso non siano visibili al pubblico in generale. Deve aspettarsi che altre persone utilizzino dispositivi di osservazione per rendere visibili i fatti. In linea di principio, quindi, è necessario un ulteriore schermo fisico (N. 25), che deve essere superato dall'autore del reato (N. 27). Tuttavia, esistono eccezioni in cui la persona interessata può legittimamente presumere di non essere vista anche senza protezione visiva fisica. Un caso eccezionale esiste se la legittima aspettativa nel caso specifico è particolarmente forte a causa delle circostanze, ad esempio il luogo specifico e/o l'ora del giorno. In questi casi, si deve valutare se una persona media nella stessa situazione avrebbe dovuto aspettarsi di essere vista dal pubblico.

27 Alla luce della storia legislativa della disposizione penale, l'espressione “non prontamente” si riferisce al **superamento della mancanza di visibilità** (N. 5). Se l'autore del reato è un extraneus (N. 7 s.), supera la barriera visiva fisica tra il fatto in questione e il pubblico in generale (N. 25) attraverso sforzi tecnici e/o fisici. In questo caso, un dispositivo di registrazione (N. 10) viene nascosto nell'area schermata, attivato tramite hacking nell'area schermata (camfecting), posizionato sopra o sotto lo schermo, oppure utilizzato dopo aver rimosso o eliminato con la forza lo schermo. Se la persona interessata può legittimamente ritenere di non essere vista dal pubblico nonostante la mancanza di protezione fisica visiva dovuta a ostacoli visivi, l'Extraneus supera questi ostacoli utilizzando funzioni di miglioramento della visione dei dispositivi di registrazione (N. 26). Se la persona che commette il reato è un intraneus (N. 7 s.), occorre innanzitutto verificare se si trova nell'area protetta con il consenso dell'interessato, dove tale area è separata dal pubblico in generale da uno schermo fisico o da fattori qualificati che ne compromettono la visibilità. In tal caso, è sufficiente che la persona che commette il reato registri l'evento (apertamente o segretamente) (N. 14). Poiché in questo caso il reato consiste nella violazione della fiducia (N. 8), non sono necessari ulteriori sforzi tecnici e/o fisici.

B. Reato soggettivo

28 Il **dolo (contingente)** è richiesto negli elementi soggettivi del reato. La persona che commette il reato deve almeno ritenere possibile e accettare che

il fatto di osservare o registrare con un dispositivo di registrazione sia segreto o non facilmente visibile al pubblico.

V. ATTI SUCCESSIVI (PARAGRAFI 2 E 3)

I paragrafi 2 e 3 rendono punibili gli atti successivi che comportano l'utilizzo o la divulgazione ad altre persone dei fatti (cpv. 2) o delle registrazioni (cpv. 3) provenienti dalle aree protette. Questo crea un rischio maggiore per l'interesse giuridico protetto (cpv.2) rispetto al cpv. 1. 29

A. Reato oggettivo

1. Cerchia di autori del reato

I fatti successivi di cui ai paragrafi 2 e 3 sono **reati generali**. Possono quindi essere commessi sia dalle persone che hanno ottenuto i fatti o le immagini attraverso un reato di cui al paragrafo 1, sia da qualsiasi altra persona. Sebbene questa interpretazione corrisponda all'intenzione dell'autorità legislativa, porta a risultati eccessivi, in quanto chiunque sfrutti o diffonda fatti o immagini già diffusi pubblicamente e basati su un reato di cui al cpv. 1 può essere perseguito senza limitazioni. Alcuni studiosi ritengono che la responsabilità penale cessi di applicarsi non appena un fatto è divenuto di dominio pubblico, "poiché a quel punto non vi è più alcuna necessità di punire". Altri vorrebbero basare la loro decisione *praeter legem* sul fatto che la persona interessata abbia ancora un interesse degno di tutela alla riservatezza dei fatti nel momento in cui questi vengono utilizzati. 30

2. Reato

Gli atti successivi comprendono vari reati che si riferiscono a diversi oggetti del reato (cfr. N. 36 s.). L'analisi e la divulgazione a terzi (cpv. 2) riguardano i fatti, mentre la conservazione e la messa a disposizione di terzi (cpv. 3) riguardano le registrazioni. 31

a. Valutazione dei fatti (cpv. 2)

Come chiarisce il testo giuridico francese ("tyre profit"), "sfruttare" significa che l'autore del reato utilizza i fatti a suo **vantaggio**. Il vantaggio non deve necessariamente essere di natura monetaria. Per soddisfare la variante del reato di sfruttamento ai sensi del cpv. 2, sarebbe quindi sufficiente che 32

qualcuno sia divertito dal fatto acquisito o che questo susciti qualche altro sentimento positivo. Di conseguenza, nella stragrande maggioranza dei casi, la conoscenza del fatto costituirebbe già uno sfruttamento. Per la persona che osserva o registra il reato, la semplice conoscenza di solito coincide con il reato di cui al cpv. 1 e costituisce un reato successivo non punibile. Se l'autore del reato è una persona diversa da quella che ha commesso il cpv. 1, il termine deve essere interpretato in modo molto restrittivo. Anche in questo caso non è sufficiente la semplice conoscenza del fatto.

b. Rivelazione di fatti a terzi (cpv. 2)

33 Il secondo tipo di reato di cui al cpv. 2 si configura quando il fatto viene rivelato a una persona che non è né l'autore del reato né l'interessato, ossia tramite un racconto o un SMS. Il reato si perfeziona nel momento in cui il terzo ha la possibilità di prendere atto dell'informazione divulgata, ad esempio al momento della ricezione della lettera, dell'e-mail o del messaggio.

c. Conservazione delle registrazioni (cpv. 3)

34 La conservazione si riferisce alle registrazioni di immagini o video che ritraggono le aree protette. Le registrazioni si trovano su qualsiasi oggetto fisico. L'obiettivo della variante di reato è quello di prevenire la possibilità che l'area segreta o privata di una persona venga nuovamente messa a rischio. Secondo Legler, è necessario un certo periodo di possesso delle registrazioni per poter parlare di conservazione.

d. Rendere le registrazioni accessibili a terzi (cpv. 3)

35 La registrazione è messa a disposizione di terzi se viene mostrata, riprodotta o consegnata o trasmessa in originale o in copia.

3. Oggetto del reato

36 L'oggetto del reato è costituito da fatti (cpv. 2, per la definizione si veda il N. 17) o registrazioni (cpv. 3, per la definizione si vedano i nn. 10 e 14) riconducibili a un atto punibile ai sensi del cpv. 1. Il reato deve essere stato commesso intenzionalmente. Il reato deve essere stato commesso intenzionalmente e senza giustificazione, ma non è necessario che l'autore abbia agito in modo colposo. Le registrazioni (cpv. 3) possono essere digitali o fisiche e possono anche essere copie.

L'oggetto del reato presenta due **lacune giuridiche** difficili da comprendere alla luce dell'interesse giuridico protetto (N. 2): In primo luogo, i fatti ottenuti tramite dispositivi di osservazione possono essere analizzati o divulgati a terzi senza conseguenze penali (N. 11). In secondo luogo, secondo l'art. 179quater cpv. 2 o 3 CP, chiunque diffonda immagini o fatti della sfera segreta o privata di un'altra persona senza il suo consenso rimane impunito se questi sono stati ottenuti con il suo consenso. Le lacune della legge possono essere spiegate dalla storia legislativa della disposizione, che mostra come i legislatori fossero principalmente preoccupati dell'interferenza della stampa scandalistica (N. 4). Oggi, tuttavia, queste restrizioni appaiono superate, poiché l'interferenza da parte della stampa è diventata meno importante, mentre le autorità preposte all'applicazione della legge si trovano sempre più spesso di fronte a trasgressori che agiscono con intenti voyeuristici o comunque dannosi e diffondono le loro registrazioni online. La distribuzione di tali contenuti su Internet, in particolare, ha cambiato radicalmente la situazione della minaccia - uno sviluppo che non poteva essere previsto dalle autorità legislative. In risposta a questo nuovo problema, almeno una delle lacune è stata parzialmente colmata: dall'introduzione dell'art. 197a CP, il 1° luglio 2024, la diffusione di contenuti sessuali originariamente registrati con il consenso della persona interessata è punibile. 37

B. Reato soggettivo

Nel reato soggettivo è richiesto **il dolo (contingente)** . L'espressione “sa o deve presumere” significa che i requisiti per provare il dolo sono meno severi del solito. È sufficiente che la persona che commette il reato fosse a conoscenza di motivi di sospetto in base ai quali avrebbe dovuto convincersi dell'origine illecita dei fatti o delle registrazioni. È difficile stabilire quando tali circostanze sussistano, soprattutto nel settore della pornografia (soft), dove esiste un gran numero di registrazioni la cui produzione segreta è semplicemente simulata. Inoltre, bisogna considerare che spesso una persona non è più in grado di riconoscere che un fatto o una registrazione è stata ottenuta penalmente se le è arrivata attraverso diversi intermediari. Nel caso di atti successivi ai sensi del cpv. 2, in molti casi non è possibile riconoscere se i fatti sono stati ottenuti illegalmente, poiché l'osservazione con dispositivi di osservazione non è punibile, mentre l'osservazione con dispositivi di registrazione è punibile (N. 11 s.). 38

VI. MOTIVI DI GIUSTIFICAZIONE

39 La disposizione penale può essere giustificata con le consuete motivazioni. Il consenso è espressamente menzionato nel reato. Non è chiaro se si tratti di un consenso che esclude il reato o di un motivo di giustificazione, poiché è irrilevante per l'applicazione pratica. Inoltre, la giustificazione della tutela degli interessi legittimi è di importanza pratica.

40 La differenziazione tra Extranei e Intranei (cfr. N. 7 s.) è di importanza decisiva per valutare se il **consenso** è stato dato o meno. Nel caso di reati estranei, in genere non vi è alcun consenso da parte dell'interessato fin dall'inizio. Tuttavia, quest'ultimo di solito non si accorge nemmeno del reato, in quanto il comportamento è nascosto o eseguito di nascosto. Un reato ai sensi del cpv. 1 viene spesso notato solo dopo che si è già verificato un successivo atto ai sensi del cpv. 2. Ciò vale anche per le registrazioni nascoste di Intranei. Nel caso di registrazioni aperte di intranei, in moltissimi casi esiste la giustificazione del consenso (implicito). Tuttavia, questo non vale per tutti i casi: Soprattutto in aree della vita caratterizzate dalla vergogna, le persone colpite spesso reagiscono alle aggressioni inaspettate con una risposta passiva o addirittura con l'immobilità tonica. In questo caso, non sono in grado di dare il proprio consenso. È importante anche considerare a cosa si riferisce il consenso: Il consenso a che un'altra persona veda un fatto non include anche il consenso a che venga fotografata. Allo stesso modo, il consenso a fotografare un fatto non include anche la registrazione video di quel fatto.

41 La giustificazione della **protezione degli interessi legittimi** può servire nei casi dell'art. 179quater CP, in quanto le registrazioni provenienti da aree protette sono regolarmente idonee a far valere gli interessi legittimi, soprattutto se rivelano che qualcuno sta tenendo un comportamento illegale. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il motivo di giustificazione non è applicabile se è possibile contattare un'autorità competente.

VII. APPLICAZIONE E SANZIONE

42 L'art. 179quater CP è un reato a richiesta perché “non sempre la parte lesa ha interesse a che vengano aperti fascicoli o dossier su fatti personali o che questi diventino ancora più noti in seguito al [procedimento]”. Tutte le persone il cui segreto protetto o la cui sfera privata sono interessati hanno il diritto di presentare un'istanza. Se l'area protetta riguarda più persone, ogni

individuo è autorizzato a presentare una denuncia penale. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, anche i parenti di una persona deceduta la cui sfera riservata o privata è stata violata hanno diritto a presentare un'istanza.

Come sanzione, la legge prevede una pena pecuniaria (art. 10 cpv. 2 CP) di reclusione fino a tre anni o una multa. Il giudice può anche ordinare la confisca o la cancellazione delle registrazioni illegali (art. 69 CP). Anche il dispositivo di registrazione deve essere confiscato o distrutto se sono soddisfatti i requisiti dell'Art. 179sexies CP. Se dagli atti di sfruttamento di cui all'Art. 179quater cpv. 2 CP è derivato un guadagno economico, questo deve essere confiscato ai sensi dell'Art. 70 CP. 43

VIII. REATI CONCORRENTI

Chiunque osservi e registri fatti provenienti dall'area protetta soddisfa l'art. 179quater cpv. 1 CP una sola volta. In caso di più atti successivi ai sensi del cpv. 2 o 3, il reato viene adempiuto nuovamente ogni volta. Esiste inoltre un vero e proprio concorso tra i reati punibili ai sensi dell'art. 179quater cpv. 1 CP e i reati successivi ai sensi del cpv. 2 e della messa a disposizione di terzi ai sensi del cpv. 3. Se l'atto di sfruttamento consiste unicamente nel prendere conoscenza, costituisce un reato successivo punibile in relazione al cpv. 1 (cfr. N. 32). Anche il semplice atto di memorizzazione ai sensi del cpv. 3 è un reato successivo co-penalizzato rispetto al cpv.1 e agli altri reati di cui all'art. 179quater CP. 44

Se una registrazione di immagini ai sensi dell'art. 179quater cpv. 1 CP comporta anche una **conversazione non pubblica** ai sensi dell'art. 179bis cpv. 1 CP (**intercettazione e registrazione di conversazioni altrui**) o dell'art. 179ter cpv. 1 CP (**conversazione non autorizzata**). 1 CP (registrazione non autorizzata di conversazioni), i due reati sono in vero e proprio concorso tra loro, poiché l'art. 179bis f. CP, con l'imparzialità delle dichiarazioni orali e la riservatezza della conversazione, protegge una parte diversa della sfera segreta e privata rispetto all'art. 179quater CP. Anche i reati successivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 179bis CP sono in vero e proprio concorso con i reati successivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 179quater CP, secondo le regole sopra citate (N. 44). 45

46 Chiunque registri fatti avvenuti in un'area protetta senza il consenso dell'interessato e li trasmetta a terzi può anche essere colpevole del reato di cui all'art. 197a CP (**trasmissione di contenuti sessuali**) se le registrazioni sono di natura sessuale. In questo caso, si tratta di tre reati, tutti in vero e proprio concorso tra loro: Art. 179quater cpv.1 CP (registrazione), Art. 179quater cpv.3 (messa a disposizione di terzi), Art. 197a CP. Nel caso di quest'ultimo articolo, a seconda del grado di diffusione, si soddisfa il cpv. 1 (trasmissione a terzi) o il cpv. 2 (messa a disposizione del pubblico).

BIBLIOGRAFIA

Abo Youssef Omar, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020.

Aebi-Müller Regina, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Habil. Bern, Bern 2005.

Aebi-Müller Regina/Eicker Andreas/Verde Michel, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 3.5.2010.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3. Aufl., Bern 2010.

Donatsch Andreas, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich et al. 2018.

Druey Jean Nicolas, Privat-/Geheimsphäre – was liegt drin?, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderung Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 3–15 (zit. Druey, FS Vischer).

Druey Jean Nicolas, Geheimsphäre des Unternehmens, Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Habil. Freiburg 1975, Basel 1977 (zit. Druey, Habil.).

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie, Petit commentaire CP, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erni Lorenz, Die Verletzung der «Vertraulichkeit des Wortes» als Straftat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, Diss. Hamburg 1981, Diessenhofen 1981.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Henzelin Marc/Massrouri Maryam, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017.

Hug Markus, Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht, in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix/Arnold Irene/Käser Beatrice/Caspar Milena/Ivic Ingo (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich 2012, S. 681–702.

Hurtado Pozo José, Droit pénal, Partie spéciale, Zürich et al. 2009.

Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, S. 133a–261a.

Legler Thomas, Vie privée, image volée, La protection pénale de la personnalité contre les prises de vues, Diss. Genf 1996, Bern 1997.

McGlynn Clare/Rackley Erika, Image-Based Sexual Abuse, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017) III, S. 534–561.

Metzger Hubert Andreas, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahmegeräte, Diss. Bern 1971, Winterthur 1972.

Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Muskens Louis, Strafrecht BT, Basel 2023.

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Auflage, Bern 2021.

Noll Peter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983.

Pieth Mark/Simmler Monika, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

Ramel Raffael/Vogelsang André, Kommentierung zu Art. 179bis StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Ramel Raffael/Vogelsang André, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Riklin Franz, Strafloser «Kamerablick» in die Privatsphäre eines anderen, Ein Beitrag zur Tragweite von Art 179quater StGB, medialex 2019 I (zit. Riklin, medialex).

Riklin Franz, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild, in: Dicke Detlev-Christian/Fleiner-Gerster Thomas (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Festschrift für Leo Schürmann, zum 70. Geburtstag, Freiburg 1987, S. 535–556 (zit. Riklin, FS Schürmann).

Riklin Franz, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1968 (zit. Riklin, Diss.).

Schleifer Sven, Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB, sui generis 2024, S. 51–63.

Schubarth Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984.

Schultz Hans, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, SJZ 67 (1971) XX, S. 301–308.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022.

Tag Brigitte/Wyss Martin, Die strafrechtliche Einordnung von pornografischen Deepfakes, Jusletter 29.4.2024.

Trachsler Walter, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 179bis StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Wohlers Wolfgang/Gunhild Godenzi/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020.

I MATERIALI

Amtliches Bulletin, Band II, Sommersession, 11. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 26.6.1968, AB 1968, S. 335 ff.

Amtliches Bulletin, Band III, Herbstsession, 1. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Ständerat vom 17.9.1968, AB 1968, S. 185 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 1. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 3.12.1968, AB 1968, S. 629 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 6. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Ständerat vom 16.12.1968, AB 1968, S. 299 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 7. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 17.12.1968, AB 1968, S. 669.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 21.2.1968, BBl 1968 585 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10043956&action=open.

Bundesamt für Justiz, Die Strafurteile in der Schweiz 1969–1984 (16 Dokumente).

Bundesamt für Justiz, Tabellen zu Verurteilungen nach Strafgesetzbuch, Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone (1984–2007).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 197a CP

Un commentario di Marvin Stark

CITAZIONE SUGGERITA

Marvin Stark, Commentario all'art. 197a CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Stark, Art. 197a CP N. XXX.

5. Condivisione indebita di contenuti sessuali non pubblici

Art. 197*a*

[1] Chiunque trasmette a terzi contenuti sessuali non pubblici, segnatamente scritti, registrazioni sonore o visive, immagini, oggetti o rappresentazioni senza il consenso della persona che vi è riconoscibile, è punito, a querela di parte, con una pena detentiva sino a un anno o con una pena pecuniaria.

[2] Se l'autore ha reso pubblici i contenuti, la pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria

STRUTTURA

I. Contesto 59
A. Abuso sessuale basato sulle immagini 59
1. Definizione 59
2. Fenomeno 60
B. Cronistoria 64
II. Bene giuridico protetto 66
III. Fatto oggettivo 67
A. Soggetto del reato 67
B. Oggetto del reato 68
1. Contenuto sessuale 68
2. Non pubblico 71
3. Riconoscibilità 73
4. Supporti 75
C. Fatto 79
1. Inoltro (cpv. 1) 79
2. Pubblicazione (cpv. 2) 80
D. Mancanza di consenso 81
IV. Elementi soggettivi 81
V. Denuncia (cpv. 1) e sanzione 82
VI. Concorrenza 82
Bibliografia 84
I materiali 90

I. CONTESTO

A. Abuso sessuale basato sulle immagini

1. Definizione

Secondo i materiali legislativi, l'articolo 197a del CP è stato creato in riferimento al fenomeno del cosiddetto *«revenge porn»* («pornografia vendicativa»). In origine, questo termine indicava una situazione specifica che si verifica dopo la fine di una relazione di coppia: una persona diffonde senza il consenso dell'altra immagini di nudo, sexting o rapporti sessuali realizzate di comune accordo durante la relazione, al fine di esporla al pubblico ludibrio e vendicarsi così di un suo presunto comportamento scorretto. Nel corso del tempo, tuttavia, il termine si è evoluto in una sorta di denominazione collettiva con cui vengono descritte anche altre situazioni simili, ad esempio quando materiale fotografico a sfondo sessuale viene ottenuto tramite hacking, utilizzato a scopo di ricatto o registrato e diffuso segretamente con intento voyeuristico. È stato inoltre adottato in numerose lingue ed è diffuso a livello internazionale. Il termine è utilizzato principalmente nel discorso mediatico e politico; nel dibattito scientifico è prevalentemente rifiutato a causa della sua imprecisione e delle valutazioni problematiche. Entrambe le componenti del termine sono oggetto di critiche: il termine «vendetta» è riduttivo, poiché nella pratica gli autori dei reati perseguono spesso altri motivi, come l'esercizio del potere, la valorizzazione del proprio status sociale o interessi finanziari. Inoltre, questo termine implica una reazione a un comportamento scorretto della persona interessata e concentra quindi l'attenzione sulla prospettiva dell'autore del reato piuttosto che sulle conseguenze dannose per la vittima. Anche il termine «pornografia» è impreciso: definisce erroneamente «pornografici» i contenuti diffusi nell'ambito di questo fenomeno, anche se ciò non corrisponde alla definizione giuridica del termine. Spesso si tratta di semplici immagini di nudo, la cui pubblicazione può tuttavia causare un notevole imbarazzo. Inoltre, il termine «pornografia» ha una connotazione morale negativa ed è potenzialmente stigmatizzante. Nella ricerca si propone quindi di denominare questo fenomeno **«abuso sessuale basato su immagini»**. Questo termine ha un significato più ampio e descrive la produzione, la registrazione o la diffusione non consensuale di immagini o video a carattere sessuale (N. 4), 1

compresi i media modificati o generati artificialmente, nonché la minaccia di diffondere tale materiale. Se la minaccia è collegata a una richiesta concreta – ad esempio la consegna di ulteriori registrazioni, l'esecuzione di atti sessuali o il pagamento di somme di denaro – si parla di «sextortion».

2 Sebbene il termine «pornografia vendicativa» sia stato in parte messo in discussione durante il processo legislativo, è stato adottato senza critiche dalla maggior parte dei partecipanti o confuso con il termine generico **«cyberbullismo»**, ovvero «l'esposizione sistematica di una persona mediante l'uso di mezzi di comunicazione elettronici». L'uso dei termini «cybermobbing» o «cyberbullismo» nei casi di «abuso sessuale basato su immagini» è giustamente criticato, poiché termini come «bullismo» o «mobbing» sono spesso associati a comportamenti scorretti degli adolescenti, con il rischio di minimizzare la gravità del comportamento. Ciò è problematico, poiché l'uso improprio di contenuti sessuali riguarda persone di tutte le età e può avere gravi conseguenze, che possono arrivare fino al suicidio delle persone coinvolte (N. 7). È stato inoltre criticato il fatto che il termine mescoli diversi temi complessi e si basi in particolare su un semplice contesto di esposizione o diffamazione, facendo passare in secondo piano la dimensione sessuale di tali aggressioni (cfr. N. 4). Ciò è emerso anche nel dibattito politico, in cui il carattere specificamente sessuale di tali violazioni è stato in parte sottovalutato e sono state trattate come semplici reati di diffamazione (cfr. N. 8, 10). Sebbene l'*abuso sessuale basato sull'immagine* possa in singoli casi essere parte di una costellazione di *cyberbullismo*, il fenomeno non è limitato a questo né può essere qualificato concettualmente come un semplice sottocaso di esso, tanto più che si verifica regolarmente al di fuori delle situazioni di *bullismo* giovanile e rappresenta una forma specifica di aggressione sessuale. A ciò si aggiunge il fatto che il termine *cyberbullismo* esclude qualsiasi azione che avvenga senza l'ausilio di strumenti digitali (cfr. N. 6).

2. Fenomeno

3 I risultati di studi internazionali suggeriscono che il fenomeno dell'*abuso sessuale basato sull'immagine* è **specifico al genere**: è emerso che sono colpite in particolare le donne e le persone LGBTQI+ e che queste ultime ne subiscono maggiormente le conseguenze. Al contrario, gli autori dei reati sono prevalentemente di sesso maschile. Il fatto che le vittime percepite

come donne siano particolarmente colpite è spiegato come espressione di strutture sociali in cui le donne vengono stigmatizzate se vivono apertamente la loro sessualità. Inoltre, sono particolarmente spesso vittime del *victim blaming*, ovvero un ribaltamento del rapporto vittima-autore del reato, in cui non viene criticata la persona che ha diffuso una registrazione senza consenso, ma la donna stessa. Le viene quindi rimproverato di essere responsabile della diffusione perché ha creato una registrazione sessualizzata di se stessa, anche se questa registrazione è stata realizzata a sua insaputa, è stata rubata o hackerata (N. 5) e la sua diffusione è avvenuta senza il suo consenso. Proprio per i motivi sopra citati, tali violazioni fungono da mezzo efficace di intimidazione, punizione o controllo e non sono quindi solo violazioni individuali, ma anche espressione di disuguaglianza strutturale.

Un aspetto centrale del fenomeno dell'*abuso sessuale basato sulle immagini* è 4
che si tratta di **violazioni dei confini sessuali**. È quindi essenziale limitare la definizione ai contenuti sessuali – più precisamente: sessualizzati –, in particolare alle rappresentazioni di nudità (soprattutto dei genitali e del seno femminile)
e di atti sessuali (per la regolamentazione di cui all'art. 197a CP, cfr. N. 16 e segg.). Per contro, le riprese che ritraggono momenti privati o vulnerabili – come volti in lacrime, ricoveri ospedalieri o conversazioni private – ma che non presentano un potenziale sessualizzante comparabile, non rientrano in questo fenomeno. Questa limitazione contenutistica è determinante per diversi motivi: da un lato, le immagini sessualizzate raggiungono una portata particolarmente ampia su Internet, vengono diffuse più frequentemente e fanno parte di un mercato di sfruttamento commerciale. D'altra parte, tali immagini hanno conseguenze particolarmente gravi per le persone interessate, poiché la loro pubblicazione invade profondamente la sfera intima e *allo stesso tempo* viola l'autodeterminazione sessuale (cfr. N. 11). Anche la diffusione di contenuti sensibili non sessualizzati può causare notevoli stress, ma rimane nettamente inferiore alla diffusione di immagini sessualizzate in termini di portata e intensità dell'intervento. La ricerca sottolinea quindi sempre più che la diffusione non consensuale di immagini sessualizzate deve essere considerata una forma di reato sessuale, i cui effetti sono strutturalmente paragonabili a quelli di altre violazioni sessuali. Questa valutazione è supportata dagli studi attuali: gli effetti della diffusione di immagini sessualizzate sono stati ampiamente studiati (cfr. N. 7) e presentano evidenti parallelismi con le conseguenze delle violenze sessuali classiche.

Anche le vittime stesse spesso percepiscono questi atti come violenze sessuali.

5 L'**origine dei contenuti** diffusi nell'ambito dell'*abuso sessuale basato su immagini* è molteplice: in alcuni casi si tratta di immagini realizzate consensualmente nel contesto di una relazione di coppia o nell'ambito del sexting, sia dalla persona interessata stessa che dal suo partner. Anche le registrazioni destinate esclusivamente a un pubblico pagante (ad es. contenuti condivisi su *OnlyFans*) possono essere diffuse senza autorizzazione (il cosiddetto *content leakage*, cfr. per la punibilità N. 19, 21). Esistono inoltre casi in cui i contenuti sono stati ottenuti tramite hacking. Secondo i risultati degli studi condotti finora, nella maggior parte dei casi le registrazioni diffuse provengono da situazioni in cui sono state realizzate senza consenso e rappresentano quindi esse stesse il risultato di una violenza sessuale basata su immagini. La gamma dei possibili contesti di origine è ampia: le vittime vengono riprese senza il loro consenso, di nascosto o apertamente, durante atti sessuali consensuali o non consensuali (cfr. in merito alla punibilità N. 16 seg., 19 seg.). Regolarmente vengono anche riprese persone nude in spazi privati o pubblici con telecamere nascoste o hackerate (*spycams* o *camfecting*) (cfr. N. 18, 20 sulla punibilità). Ma anche le persone vestite, in particolare le donne, possono essere riprese in modo sessualizzato in spazi pubblici, ad esempio attraverso le cosiddette *creepshots*, in cui vengono fotografate o filmate in modo mirato la regione genitale, i glutei o il seno, attraverso il *downblousing*, ovvero la ripresa di una scollatura, o attraverso l'*upskirting*, ovvero la fotografia o la ripresa sotto le gonne (cfr. in merito alla punibilità N. 18, 20). Inoltre, vengono create e diffuse immagini artificiali, in particolare la cosiddetta pornografia *deepfake* (video o immagini generati con l'intelligenza artificiale in cui i volti di persone reali vengono inseriti in scene pornografiche), *deepnudes* (immagini in cui gli abiti delle persone raffigurate vengono rimossi digitalmente tramite intelligenza artificiale) o semplici fotomontaggi in cui persone reali vengono inserite a posteriori in contesti sessualizzati o pornografici (cfr. N. 22, 30 per quanto riguarda la punibilità). Gli esempi citati illustrano una caratteristica tipica del fenomeno: situazioni quotidiane vengono trasferite in un contesto sessualizzato, spesso completamente distaccato dal contesto originale. Anche azioni come la cura del corpo, andare in bagno o prendere il sole possono diventare il punto di partenza per l'*abuso sessuale basato sulle immagini*.

La **diffusione di immagini sessualizzate** avviene in vari modi, ma con l'aumentare del numero di destinatari aumenta anche la gravità della violazione dei beni giuridici. Le immagini in questione possono essere inizialmente mostrate ad altri senza il loro consenso, ad esempio tramite lo schermo di un proprio dispositivo (per quanto riguarda la punibilità, cfr. N. 34). Inoltre, le immagini in questione vengono diffuse fisicamente, ad esempio per posta, o digitalmente tramite messaggi di chat, e-mail o livestream (per quanto riguarda la punibilità, cfr. N. 33 e segg.), in alcuni casi in modo mirato all'ambiente personale della vittima. Particolarmente grave è la pubblicazione in cui i contenuti sono resi accessibili a un pubblico ampio e incontrollabile (sulla punibilità N. 35), ad esempio sui social media o su piattaforme online specializzate. In alcuni casi le registrazioni vengono pubblicate a nome della vittima, ad esempio tramite profili falsi, per dare l'impressione che sia stata lei stessa a condividere i contenuti. Spesso la diffusione è accompagnata dal *doxing*, ovvero la divulgazione di dati personali, nonché da commenti offensivi e accusatori. 6

Le aggressioni sessuali basate su immagini possono avere **effetti** gravi e duraturi sulle persone coinvolte. Nell'introduzione dell'articolo 197a CP, il legislatore ha fatto riferimento anche a queste conseguenze, formulando affermazioni che possono essere confermate da studi scientifici: è stato sottolineato in particolare il fatto che, una volta diffuse, le registrazioni si moltiplicano rapidamente e in modo incontrollabile su Internet. Nella maggior parte dei casi non è possibile cancellarle (completamente) (con strumenti di diritto civile) e diventano così parte integrante dell'identità digitale della persona interessata, in particolare se sono stati divulgati anche dati personali (*doxing*, cfr. N. 6). Le vittime perdono il controllo della propria immagine e della propria (auto)rappresentazione all'esterno. Questa forma di aggressione non è legata a un luogo o a un momento specifico, ma ha un effetto permanente, globale e onnipresente. A seguito della vittimizzazione, le persone danneggiate sono spesso esposte a ulteriori molestie da parte di altri, che si verificano anche al di fuori della sfera online (ad esempio sotto forma di stalking, molestie sessuali o minacce). Questi atti hanno spesso ripercussioni anche sulla vita sociale e lavorativa delle vittime: alcune perdono il lavoro o lo lasciano volontariamente, altre riferiscono di avere notevoli difficoltà a trovare un nuovo impiego. L'*abuso sessuale basato sulle immagini* ha quindi anche una componente che influenza il comportamento: le vittime si vedono regolarmente costrette ad adottare misure drastiche, come cambiare il 7

proprio nome o il proprio aspetto o ritirarsi completamente dai social media. Di conseguenza, molte vittime riferiscono di una svolta percepita come «devastante» con conseguenze di vasta portata sulla loro immagine di sé, sulle loro relazioni e sulla loro vita quotidiana. Quasi tutte le vittime riferiscono di provare intensi sentimenti negativi come rabbia, impotenza, umiliazione, shock, paura, senso di colpa e vergogna. Sviluppano disturbi d'ansia, depressione, disturbi da stress post-traumatico e una profonda perdita di autostima; nei casi più gravi si verificano comportamenti autolesionistici o tendenze suicide. Questi atti hanno inoltre un effetto isolante, poiché molte vittime, oltre a sviluppare problemi di fiducia, hanno la sensazione di non essere al sicuro né su Internet né in pubblico, motivo per cui evitano determinati siti web e luoghi, modificano il loro comportamento e limitano consapevolmente la loro libertà di movimento. Anche le vittime di *deepfake* pornografici riferiscono di effetti psicologici e sociali simili. Una forma particolarmente grave di diffusione non autorizzata di immagini sessualizzate si ha quando si tratta di immagini o video di violenza sessuale reale. La diffusione di queste immagini ripete continuamente gli eventi, perpetuando il loro carattere umiliante e offensivo e invitando un pubblico più ampio a partecipare alla violazione. Ciò può avvenire, ad esempio, attraverso commenti che approvano l'atto o contengono ulteriori insulti. In questo modo, il trauma di queste aggressioni sessuali viene rivissuto e amplificato più e più volte.

B. Cronistoria

8 Già nel 2010 e nel 2016 erano state presentate al Consiglio nazionale delle istanze parlamentari con cui si chiedeva al Consiglio federale di valutare la necessità di un intervento legislativo in merito alla diffusione senza consenso di immagini intime o pornografiche. In entrambi i casi, il Consiglio federale ha fatto riferimento ai reati di lesione dell'onore esistenti e alla protezione della personalità prevista dal diritto civile, negando espressamente la necessità di una revisione della legge. Nel quadro della consultazione sulla revisione del diritto penale in materia sessuale, entrata in vigore il 1° luglio 2024, cinque partecipanti hanno chiesto esplicitamente che il fenomeno del *«revenge porn»* fosse disciplinato dal diritto penale (per una critica del concetto e una fenomenologia cfr. N. 1 ss.). La Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati ha accolto questa richiesta e ha integrato il suo progetto con un nuovo articolo 197a CP, che punisce la diffusione non autorizzata di

contenuti sessuali non pubblici. Entrambe le Camere erano sostanzialmente d'accordo sulla necessità di una nuova normativa per la diffusione illegale di determinati contenuti intimi non pubblici. Tuttavia, il contenuto concreto della normativa era controverso: vi era disaccordo in merito alla portata materiale, alla collocazione sistematica nella legge e al testo della nuova norma. La maggioranza del Consiglio degli Stati ha chiesto di limitare la norma penale ai contenuti sessuali e di inserirla sistematicamente nel diritto penale in materia sessuale. La maggioranza del Consiglio nazionale ha invece sostenuto una soluzione alternativa: voleva sopprimere l'art. 197a CP e di inserire un art. 179^{undecies} nel titolo terzo («Reati contro l'onore e la sfera segreta o privata»). Quest'ultimo avrebbe punito la diffusione di tutti i contenuti idonei a ledere gravemente la reputazione di una persona, compresi quindi anche i filmati compromettenti o imbarazzanti di altro tipo senza carattere specificamente sessuale. Il Consiglio degli Stati ha deciso di mantenere l'articolo 197a CP e ha chiesto la soppressione del nuovo articolo 179^{undecies} proposto. Alla fine, la posizione minoritaria nel Consiglio nazionale è riuscita a ottenere la maggioranza. Si è così affermata l'opinione di limitare la norma penale ai contenuti sessuali e di inserirla sistematicamente nel **diritto penale in materia sessuale**. Di conseguenza, l'organo legislativo ha deciso anche *contro* una disposizione che tutela la «sfera segreta e privata». Considerato il bene giuridico interessato dell'autodeterminazione sessuale (N. 11) e la particolare gravità della violazione, comprovata da studi scientifici (N. 7), che è caratterizzata essenzialmente dalla dimensione sessuale del fenomeno (cfr. N. 4), questa decisione legislativa si rivela appropriata e coerente, una decisione la cui *ratio legis* deve ora essere applicata in modo coerente dalla giurisprudenza.

9 Va notato che l'articolo 197a del CP punisce esclusivamente la **diffusione non autorizzata di contenuti sessuali** senza il consenso della persona raffigurata o citata. Ciò significa che continua a sussistere una lacuna normativa da non sottovalutare, in particolare per quanto riguarda la *creazione* non consensuale di tali contenuti. Nei casi di creazione non autorizzata di immagini a carattere sessuale, si applica regolarmente anche l'art. 179^{quater} CP, ma questo non è senza dubbio adeguato all'illecito tipico dell'*image-based sexual abuse*. Dalla revisione del diritto penale in materia sessuale, l'articolo 198 cpv. 1 variante 2 CP comprende anche le molestie sessuali basate su immagini e quindi alcuni aspetti del fenomeno. Infine, l'articolo 179^{decies} CP punisce l'uso dell'identità di un'altra persona se ciò avviene con l'intento di causare un danno o di

ottenere un vantaggio, il che può essere particolarmente rilevante nel caso della diffusione di pornografia *deepfake* o *deepnudes*.

II. BENE GIURIDICO PROTETTO

10 Sebbene il bene giuridico protetto non sia mai stato espressamente menzionato o definito dogmaticamente nel **processo legislativo** relativo all'articolo 197a CP, il dibattito politico verteva proprio su questo punto: la questione centrale era se il nuovo reato dovesse essere collocato nel titolo terzo («Reati contro l'onore e la sfera segreta o privata») o nel titolo quinto («Reati contro l'integrità sessuale») (N. 8). In definitiva, la controversia verteva su quale bene giuridico fosse prioritario: si trattava di una violazione della «reputazione» o dell'onore, ovvero di una violazione della sfera intima o segreta – quindi dei beni giuridici del titolo III – oppure di una violenza a sfondo sessuale? La decisione del legislatore di inserire la norma nel titolo V non lascia dubbi: non si tratta di proteggere l'onore o la sfera segreta e privata, ma l'integrità sessuale e con essa l'autodeterminazione sessuale della persona interessata (cfr. N. 11). I termini «sfera intima» e «senso di pudore (sessuale)» utilizzati nei dibattiti politici non cambiano nulla. Sebbene questi termini possano essere utili per descrivere la dimensione soggettiva dell'ingiustizia, non sono adatti come beni giuridici penali:

1. il termine «sfera intima» deriva dal diritto civile della personalità e nel contesto penale viene spesso erroneamente equiparato al bene giuridico riconosciuto della sfera privata. Sebbene quest'ultimo possa essere certamente interessato dai fatti contemplati dall'art. 197a CP, esso descrive solo una dimensione più generale della violazione della personalità, ma non la specifica violazione dell'autodeterminazione sessuale che l'art. 197a CP contempla con la sua posizione sistematica nel titolo V. E anche se si considerasse la «sfera intima» come un nuovo bene giuridico autonomo in materia penale, la sua classificazione nel titolo V contraddirebbe il fatto che essa sia protetta dall'articolo 197a CP. Infatti, non tutto ciò che è «intimo» è necessariamente anche «sessuale».
2. Il «senso di pudore (sessuale)» non è né un bene giuridico riconosciuto né un interesse meritevole di tutela penale, ma solo una reazione emotiva regolarmente osservabile alla perdita di controllo sulla propria sessualità o a una violazione dell'autodeterminazione sessuale.

L'articolo 197a CP tutela l'**autodeterminazione sessuale** della persona raffigurata o citata. Questo bene giuridico è tradizionalmente legato al corpo e comprende, da un lato, la libertà positiva di compiere atti sessuali secondo i propri desideri e, dall'altro, la libertà negativa di non essere coinvolti in interazioni sessuali contro la propria volontà. Tuttavia, nella recente evoluzione del diritto penale si riconosce sempre più che anche le forme non fisiche di sessualizzazione – come quelle che si verificano in particolare nell'*abuso sessuale basato su immagini* – possono costituire una violazione dell'autodeterminazione sessuale e meritano quindi protezione penale. Ciò non è una novità nella concezione svizzera dei beni giuridici: già diversi reati sessuali proteggono l'autodeterminazione sessuale da violazioni non fisiche. Nel campo di applicazione dell'articolo 197a CP, il bene giuridico si concretizza nella protezione del diritto di disporre delle rappresentazioni sessualizzate. La persona interessata deve poter decidere autonomamente se, in quale forma e a chi rivelare contenuti a carattere sessuale che la riguardano. L'autodeterminazione sessuale comprende quindi anche il diritto di decidere in merito alla diffusione o alla messa a disposizione del pubblico di contenuti sessuali. Ciò include in particolare i dettagli della propria vita sessuale, le registrazioni della stessa e le immagini di parti intime del corpo (genitali, glutei, seno femminile). La decisione legislativa di basarsi su una soluzione di consenso nell'articolo 197a CP sottolinea l'importanza centrale del bene giuridico: A differenza dei reati sessuali fisici (art. 189, 190 CP), per i quali è sufficiente l'assenza di opposizione (soluzione dell'opposizione), l'art. 197a CP presuppone un consenso esplicito e informato (cfr. N. 36 s.). 11

III. FATTO OGGETTIVO

Soddisfa la fattispecie oggettiva chi (N. 13 seg.) trasmette o pubblica (N. 33 seg.) un oggetto del reato (N. 15 seg.) senza il consenso della persona raffigurata (N. 36 seg.). 12

A. Soggetto del reato

L'art. 197a CP è un **reato generale**. In linea di principio, è irrilevante il modo in cui l'autore del reato è entrato in possesso dei contenuti. Anche se li ha ricevuti in modo molesto da un'altra persona – ad esempio una cosiddetta *Dick Pic* – può essere perseguibile penalmente se diffonde i contenuti a terzi senza il consenso della persona raffigurata o citata (cfr. N. 36). 13

14 In caso di inoltro non autorizzato di un oggetto del reato ai sensi del cpv. 1 (N. 33 seg.), può formarsi una **catena di diffusione** oppure il contenuto può essere pubblicato ripetutamente e senza autorizzazione da diverse persone ai sensi del cpv. 2 (N. 35). Si pone quindi la questione di chi debba essere considerato autore del reato e dove finisca la responsabilità penale. La dottrina sostiene giustamente che ogni persona che trasmette un oggetto del reato senza il consenso della persona interessata e agisce intenzionalmente (cfr. N. 38) deve essere qualificata come autore autonomo del reato. Ciò vale in linea di principio anche nell'ambito di applicazione della fattispecie qualificata ai sensi del cpv. 2. La sussistenza della fattispecie rimane quindi anche se un contenuto originariamente non pubblico (N. 19) è già stato pubblicato una volta. Tale punto di vista è indispensabile per mantenere l'effetto protettivo della norma: in caso contrario, i contenuti già pubblicati potrebbero essere diffusi senza restrizioni. È tuttavia necessario richiedere, a titolo restrittivo, che il nuovo inoltro o la nuova pubblicazione raggiungano un pubblico potenzialmente *nuovo* e che l'autore del reato ne sia consapevole. Chi inoltra un oggetto del reato nella cerchia di amici in cui esso circola già o lo pubblica su un sito web in cui è già stato consultato frequentemente non può essere qualificato come autore del reato. Se invece la diffusione è mirata a persone che non conoscono ancora il contenuto o se la pubblicazione raggiunge un nuovo gruppo più ampio di persone, ad esempio tramite il caricamento su un altro sito web, la persona che diffonde il contenuto può essere considerata un autore autonomo.

B. Oggetto del reato

15 L'oggetto del reato sono contenuti sessuali (N. 16 ss.) che non sono pubblici (N. 19 ss.), sono collocati su un determinato supporto (N. 26 ss.) e sui quali la persona interessata è riconoscibile (N. 23 ss.).

1. Contenuto sessuale

16 La caratteristica del contenuto sessuale rappresenta una difficoltà centrale dell'art. 197a CP ed è stata anche l'elemento che ha suscitato le maggiori preoccupazioni nel processo legislativo. In generale, è stato stabilito che il termine deve essere inteso in senso più ampio rispetto a quello di pornografia e comprende tutti i contenuti che hanno un **riferimento sessuale** o *caractère sexuel*. Nella dottrina, per la definizione del termine si ricorre in

parte ai criteri della definizione di pornografia di cui all'art. 197 CP. Tuttavia, tale approccio – che si basa ad esempio sull'effetto sessualmente provocatorio per gli spettatori – manca lo scopo della norma, che mira a proteggere l'autodeterminazione sessuale della persona raffigurata, e deve quindi essere respinto. L'effetto provocatorio del contenuto per gli altri è irrilevante per la vittima, i cui contenuti sessuali vengono diffusi senza autorizzazione. Sebbene ogni rappresentazione pornografica sia un contenuto sessuale ai sensi dell'articolo 197a CP, non tutti i contenuti sessuali sono pornografia ai sensi dell'articolo 197 CP. Per i contenuti sessuali è necessaria una definizione autonoma, orientata alla *ratio legis*. I materiali citano due forme esemplari di contenuti sessuali: atti sessuali (N. 17) e nudità (parziale) (N. 18).

Il fatto che le rappresentazioni di **atti sessuali** rientrino nella fattispecie è desumibile dai materiali legislativi ed è anche unanimemente sostenuto dalla dottrina. Ogni volta che si verifica un atto sessuale, la sua rappresentazione o descrizione è sufficiente per presumere un contenuto sessuale – non è necessario un particolare risalto della zona genitale. Per l'interpretazione del termine «atto sessuale», secondo la volontà del legislatore, occorre fare riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale. Di conseguenza, si ha un atto sessuale quando un comportamento presenta, in base al suo aspetto esteriore, un chiaro riferimento sessuale e può essere considerato rilevante in relazione al bene giuridico protetto, ovvero, nel contesto in esame, in relazione all'autodeterminazione sessuale per quanto riguarda la rappresentazione sessuale del proprio corpo (N. 11). Il criterio della rilevanza garantisce che i reati sessuali più gravi, che hanno il carattere di crimini o delitti, siano chiaramente distinti dai reati meno gravi, in questo caso dalle molestie sessuali verbali o visive ai sensi dell'articolo 198 cpv. 1 variante 2 CP. Particolarmente problematico è il requisito di un riferimento sessuale chiaramente riconoscibile dall'esterno. Poiché la definizione di «sessuale» si basa su un riferimento sessuale, la definizione del termine rimane circolare in termini di contenuto; non vi è una precisazione concettuale più rigorosa. Ciò è comprensibile nella misura in cui la sessualità è un fenomeno complesso, individualmente diverso e culturalmente influenzato. L'ipotesi di una presunta «oggettiva» univocità non tiene conto del fatto che tali valutazioni sono in ultima analisi soggette a valori sociali e temporali e sono quindi sempre influenzate anche dalle idee individuali della persona che giudica. Il Tribunale federale cerca di ovviare a questo problema con concretizzazioni basate su

17

gruppi di casi. Sono considerati chiaramente sessuali i rapporti sessuali, anali o orali. Altri comportamenti che comportano il contatto con caratteristiche sessuali primarie o secondarie o l'introduzione di oggetti nelle aperture del corpo richiedono invece un'attenta delimitazione, poiché possono verificarsi anche in contesti infermieristici o medici. Nel campo di applicazione dell'articolo 197a CP, la giurisprudenza sviluppata a questo proposito è tuttavia rilevante solo in misura limitata, per due motivi: in primo luogo, le rappresentazioni di atti sessuali coprono solo la parte superiore dello spettro dei reati; spesso sono sufficienti contenuti visivi che mostrano (parziale) nudità (N. 18). In secondo luogo, la valutazione non si concentra sulla violazione dell'integrità sessuale attraverso l'atto stesso, ma sulla minaccia alla libertà di scelta della persona interessata per quanto riguarda la propria rappresentazione sessuale.

18 Secondo la volontà del legislatore, anche le rappresentazioni di **(parziale) nudità** sono considerate contenuti sessuali. In questo contesto, tuttavia, le mere descrizioni non dovrebbero essere sufficienti; è probabilmente necessaria una rappresentazione visiva. Secondo il Consiglio federale, nel caso della nudità (parziale) è addirittura necessario che «sia stabilito un riferimento sessuale, ad esempio attraverso la postura o la rappresentazione». Nella dottrina rimane in gran parte aperta la questione se tale requisito debba essere applicato. Si afferma semplicemente che sono contemplati i caratteri sessuali primari e secondari (parzialmente) scoperti – più precisamente: genitali, glutei e seni femminili – nella misura in cui sia possibile stabilire un riferimento sessuale. Non viene tuttavia specificato quando ciò sia applicabile. Una differenziazione in base al grado di nudità appare appropriata:

1. in caso di nudità *parziale* – l'esempio riportato nei materiali legislativi è «un'immagine che mostra una donna con una scollatura esagerata» – il criterio del Consiglio federale può essere utilizzato come elemento distintivo. È determinante la composizione dell'immagine: solo quando l'angolazione della telecamera, la postura o l'abbigliamento con connotazioni sessuali focalizzano chiaramente l'attenzione sui genitali, sui glutei o sul seno femminile, la ripresa assume carattere sessuale. A tal proposito, non ha importanza se tale attenzione – ad esempio nel contesto di un autoritratto – sia stata scelta dalla persona raffigurata stessa o determinata contro la sua volontà da una terza persona, come nel caso dei *creepshots*, *downblousing* o *upskirting* (cfr. N. 5). La disposizione del

Consiglio federale relativa alla contestualizzazione della nudità appare in questo caso appropriata e compatibile con lo scopo di protezione dell'articolo 197a CP.

2. In caso di *completa* esposizione dei genitali, dell'ano o dei capezzoli femminili, vi sono molte ragioni per ritenere che anche una rappresentazione apparentemente neutra sia sufficiente per essere qualificata come contenuto sessuale, anche senza un'attenzione particolare alle parti del corpo in questione. Si tratta di zone del corpo alle quali la percezione sociale attribuisce un significato sessuale, cosicché la loro rappresentazione non autorizzata in stato di nudità appare, indipendentemente dal contesto concreto, come un atto di sessualizzazione e potenzialmente come una violazione dell'autodeterminazione sessuale (cfr. N. 4). Se allo stesso tempo sono soddisfatti gli altri requisiti di fatto – in particolare il requisito della non pubblicità (cfr. N. 19 f.) –, anche la visualizzazione involontaria di queste parti del corpo, indipendentemente dalla modalità concreta di rappresentazione, può costituire una violazione di un bene giuridico. Ciò è esemplificato dalle riprese voyeuristiche negli spogliatoi, nei solarium o nelle saune, in cui la nudità delle persone interessate viene strumentalizzata per il consumo sessuale da parte di terzi. Un'interpretazione restrittiva, che richiederebbe inoltre un'attenzione specifica alle parti del corpo scoperte, avrebbe invece come conseguenza che tali riprese senza elementi di messa a fuoco non sarebbero contemplate, nonostante il loro carattere chiaramente invasivo e il loro evidente potenziale di violare l'autodeterminazione sessuale in caso di diffusione non autorizzata. Una tale visione non sembrerebbe né appropriata né compatibile con lo scopo di protezione dell'articolo 197a CP.

2. Non pubblico

Secondo l'articolo 197a CP, il contenuto sessuale deve essere «non pubblico», 19
il che, secondo la volontà del legislatore, si applica in particolare quando il contenuto «è stato creato per uso puramente privato secondo la volontà della persona riconoscibile in esso». Da ciò si potrebbe dedurre che la vittima avrebbe dovuto almeno acconsentire alla creazione o esserne a conoscenza. Ciò non può essere inteso in questo modo, tanto più che i materiali riconoscono che il fenomeno punibile comprende anche la diffusione di

contenuti creati *senza consenso*. Appare quindi più convincente l'interpretazione proposta da Scheidegger, secondo cui è determinante il fatto che la persona interessata non abbia attribuito **alcun scopo pubblico** al contenuto sessuale, ovvero che «non abbia voluto renderlo accessibile a un pubblico potenzialmente indeterminato». Secondo questo punto di vista, in caso di dubbio si deve presumere che i contenuti sessuali non siano «pubblici».

20 Nel caso di **contenuti prodotti senza consenso**, come ad esempio uno stupro filmato o riprese voyeuristiche, manca per definizione uno scopo pubblico da parte della persona raffigurata. Tenuto conto dello scopo della norma, non dovrebbe avere alcuna rilevanza il fatto che i fatti in questione si siano verificati in uno spazio pubblico o meno. Nel corso del processo legislativo è stato esplicitamente sottolineato che l'art. 197a CP potrebbe avere una portata più ampia rispetto all'art. 179^{quater} CP, che in linea di principio non offre alcuna protezione in pubblico. Poiché l'articolo 197a CP non tutela la sfera segreta o privata, ma l'autodeterminazione sessuale, esso deve essere valutato secondo criteri diversi dall'articolo 179^{quater} CP. Chi si mostra (parzialmente) nudo in un luogo (semi)pubblico – ad esempio in uno spogliatoio, su un prato o in un bagno – dovrebbe poter aspettarsi, nonostante le condizioni locali, che non vengano diffuse immagini di tale situazione, in considerazione dello scopo protettivo dell'art. 197a CP. La tutela dell'autodeterminazione sessuale non cessa alla soglia della sfera pubblica, purché non vi sia stata una divulgazione consapevole o implicita a un pubblico indeterminato. Ciò è ipotizzabile solo in casi eccezionali, ad esempio quando si corre nudi durante una partita di calcio pubblica o quando si mostrano volontariamente i seni davanti alla telecamera durante un concerto pubblico.

21 La valutazione è più difficile nel caso di **contenuti creati (e diffusi) di comune accordo**. Secondo il parere qui espresso, in tali casi è necessaria una valutazione complessiva basata sul contesto, che tenga conto, ad esempio, delle dimensioni e dell'anonimato del gruppo di destinatari, nonché delle barriere di accesso esistenti tra il contenuto e il pubblico in generale. Ostacoli tecnici come paywall, protezione con password o funzioni anti-screenshot possono servire come indizi di un intento di utilizzo privato. A tal proposito, non dovrebbero essere posti requisiti eccessivi; anche una protezione inadeguata contro la diffusione dei propri contenuti è un indizio di un intento privato. Anche l'utilizzo di piattaforme come *OnlyFans* (N. 5) non costituisce

quindi un consenso illimitato alla diffusione, ma deve essere inteso come una divulgazione mirata a una cerchia ristretta di utenti. La vera pubblicità inizia solo al di là di questa sfera protetta da barriere di accesso e condizioni d'uso, ad esempio inviando immagini a un ampio gruppo di persone arbitrarie o condividendo un contenuto su un social network pubblico.

Si discute se anche i **contenuti sessuali prodotti artificialmente** – in particolare i *deepfake* pornografici o i *deepnude* (N. 5) – rientrino nella caratteristica di contenuto «non pubblico» ai sensi dell'art. 197a CP, se sono stati generati da registrazioni originariamente accessibili al pubblico. Una formulazione nei materiali legislativi, secondo cui la vittima è «raffigurata», «nominata» o «presa di mira» nei contenuti sessuali, suggerisce che dovrebbero essere inclusi anche i contenuti manipolati artificialmente. Inoltre, il testo della legge, che oltre alle «riprese video» menziona espressamente anche le «raffigurazioni», indica un'intenzionale inclusione dei contenuti generati artificialmente. È vero che le immagini di partenza della *pornografia deepfake* provengono regolarmente da fonti accessibili al pubblico, come i social network o i siti web professionali. Tuttavia, alla luce dello scopo di protezione, non dovrebbe essere determinante la pubblicità del materiale fotografico originale, ma piuttosto la mancanza di finalità pubblica del prodotto finale generato con contenuto sessuale. Tali prodotti artistici sono prodotti autonomi, di norma realizzati senza consenso, il cui contenuto sessuale è chiaramente contrario alla volontà riconoscibile della persona interessata. Quest'ultima non aveva alcun motivo di supporre che la foto che la ritraeva sarebbe stata trasferita in un contesto sessualizzato e utilizzata in modo improprio. Per questo motivo, sembra opportuno qualificare la pornografia *deepfake* e i *deepnudes* come «non pubblici» ai sensi dell'art. 197a CP. 22

3. Riconoscibilità

Secondo il testo della legge, la persona lesa deve essere «riconoscibile» nell'oggetto del reato (art. 197a cpv. 1 CP). Nella letteratura questo termine è spesso equiparato a «identificabile», da cui si deduce che la punibilità sussiste solo se terzi possono identificare la vittima concreta sulla base del contenuto sessuale. Le rappresentazioni pixelate o altrimenti rese anonime non costituirebbero quindi un reato. Tuttavia, questa equiparazione tra «riconoscibile» e «identificabile» deve essere messa in discussione. 23

«Riconoscibile» e «identificabile» non sono infatti sinonimi: mentre l'identificabilità presuppone che la persona interessata sia individuabile da terzi, per la riconoscibilità è sufficiente che la persona sia percepibile come tale nell'oggetto del reato – ad esempio attraverso un corpo visibile o una voce –, anche se non è possibile trarre conclusioni sulla sua identità concreta. Vi sono indicazioni che il legislatore avesse in mente un'identificabilità in senso stretto: la versione francese utilizza infatti il termine «identifiable» e anche le dichiarazioni del Consiglio federale indicano un'interpretazione più restrittiva del termine. La versione italiana, invece, utilizza il termine «riconoscibile», che corrisponde piuttosto al tedesco «erkennbar». Tuttavia, sono decisive l'interpretazione sistematica e teleologica: nella maggior parte dei casi citati nell'articolo 197a capoverso 1 CP, non è possibile identificare in modo univoco la persona interessata, ma è possibile percepirla come rappresentazione di una persona reale e non solo fittizia. Gran parte dei casi punibili sarebbe esclusa se la punibilità fosse subordinata alla possibilità di identificare la vittima da parte di terzi sulla base del contenuto. Nel caso delle riprese fotografiche (N. 28), ad esempio, l'identificabilità è regolarmente esclusa se sono visibili solo il corpo, ma non il viso o altre caratteristiche individuali. Si pensi alle immagini di sexting di singole parti del corpo (ad es. seno, pene), alle riprese di atti sessuali in cui è visibile solo il corpo ma non il viso o altre caratteristiche individuali, alle riprese *upskirting* o ai video *spycam* ripresi dai water. Un criterio di identificabilità rigoroso escluderebbe tali gruppi di casi essenziali e sarebbe contrario all'intenzione del legislatore. La riconoscibilità non richiede quindi l'identificabilità, ma solo la **percepibilità di una persona reale**. In che misura sia inoltre necessaria un'attribuzione plausibile alla persona interessata risulta solo dalle rispettive varianti di reato (per l'inoltro ai sensi del cpv. 1, cfr. N. 24, per la pubblicazione ai sensi del cpv. 2, cfr. N. 25).

24 La **trasmissione** (N. 33 f.) ai sensi dell'art. 197a cpv. 1 CP è un reato perseguibile su querela (N. 39) . La protezione penale si applica quindi solo se la persona interessata si riconosce nell'oggetto del reato e sporge denuncia. A tal fine è sufficiente che l'attribuzione del contenuto sessuale alla persona concretamente interessata appaia plausibile sulla base delle circostanze complessive della diffusione, sia che si tratti del volto visibile della vittima, di un testo di accompagnamento che nomina la vittima o di indicazioni provenienti dall'ambiente sociale. Ciò vale in linea di principio anche quando la persona interessata viene erroneamente associata a un contenuto sessuale

che in realtà è attribuibile a un'altra persona, una situazione espressamente menzionata dall'autorità legislativa. Si pensi ad esempio alla pornografia *deepfake* o alle immagini contrassegnate con il nome di un'altra persona. Il presupposto è tuttavia che l'attribuzione errata abbia una certa credibilità all'esterno. Infatti, l'effetto sulla vittima può essere altrettanto gravoso indipendentemente dall'identità effettiva della persona raffigurata, purché terzi presumano che si tratti della persona interessata (cfr. N. 30). Non è quindi necessario stabilire con certezza l'identità della persona raffigurata, tanto più che nella pratica ciò spesso non è possibile. Se invece l'attribuzione è palesemente errata, ad esempio perché la persona raffigurata è chiaramente un'altra o si tratta chiaramente di un falso, occorre invece valutare la punibilità ai sensi dell'art. 198 cpv. 1 var. 2 CP (molestie sessuali verbali o basate su immagini).

La **pubblicazione** (N. 35) ai sensi dell'art. 197a cpv. 2 CP è un reato perseguibile d'ufficio (N. 40). Di conseguenza, dovrebbe essere sufficiente che le autorità vengano informate della pubblicazione da terzi. Se è dimostrabile o evidente che il contenuto è stato pubblicato senza il consenso della persona raffigurata o nominata, il reato può essere considerato commesso anche se la persona interessata non ne viene mai a conoscenza. In ogni caso, rimane necessario un collegamento plausibile con una persona reale, non necessariamente identificabile in modo concreto, anche se la sua identità non è nota. La pubblicazione di falsificazioni chiaramente riconoscibili non costituisce invece un reato ai sensi dell'art. 197a CP. 25

4. Supporti

I possibili supporti di contenuti sessuali citati nell'art. 197a CP si basano sull'elenco di cui all'art. 197 CP (pornografia) e comprendono in particolare scritti, registrazioni sonore o visive, immagini, oggetti e rappresentazioni. Se non sussiste una diversa direzione di protezione in relazione al bene giuridico, è possibile fare riferimento alla giurisprudenza e alla letteratura sviluppate in relazione all'art. 197 CP. Sebbene l'elenco non sia esaustivo, esso dovrebbe comprendere gran parte dei supporti rilevanti nella pratica. Va notato che un contenuto sessuale può essere incorporato contemporaneamente in più tipi di supporti, ad esempio in una registrazione video (N. 28) di una chat scritta (N. 27). Sono inclusi sia gli oggetti fisici che quelli digitali. È sempre determinante che il contenuto sessuale possa essere plausibilmente attribuito a una persona 26

reale (cfr. N. 24 e segg.): mentre nel caso della trasmissione ai sensi del cpv. 1 è necessaria un'attribuzione credibile alla persona concretamente interessata, nel caso della pubblicazione ai sensi del cpv. 2 è sufficiente un'attribuzione plausibile a una persona reale, ma non necessariamente identificabile. In quest'ultimo caso, deve inoltre risultare dalle circostanze che la persona interessata non ha acconsentito alla pubblicazione (cfr. N. 25).

27 In primo luogo, la legge menziona **scritti** non pubblici di contenuto sessuale. Questa categoria si allontana chiaramente dal contesto basato sulle *immagini* e, a mio avviso, deve essere interpretata in modo restrittivo. Un'interpretazione ampia potrebbe portare a considerare come reato anche le voci già trasmesse per iscritto sulla vita sessuale di una persona, ad esempio nell'ambito di una chat. Tuttavia, tale estensione non corrisponde all'intenzione del legislatore. Come oggetti del reato possono quindi essere considerati solo i contenuti scritti che sono stati redatti dalla vittima stessa o per i quali esiste la credibile apparenza che siano stati redatti dalla vittima stessa (cfr. N. 24 f.). Forme più lievi di riferimento scritto alla sessualità di una persona possono essere eventualmente ricondotte all'art. 198 cpv. 1 var. 2 CP (molestie sessuali verbali). Un esempio tipico di applicazione dell'art. 197a CP è la diffusione di registrazioni autentiche o falsificate di chat a sfondo sessuale tra la vittima e una terza persona.

28 Il nucleo centrale della disposizione è costituito dalle **riprese video della vittima**. Si tratta di registrazioni visive di eventi reali in tempo reale, in particolare foto e video, generate e memorizzate con un dispositivo di registrazione di immagini. Questi ultimi contengono regolarmente anche una traccia audio, motivo per cui possono essere anche registrazioni audio (N. 29). Ai fini della punibilità ai sensi del cpv. 1 non è necessario che la persona interessata sia identificabile da terzi. È sufficiente che si riconosca e appaia credibilmente come destinataria del contenuto sessuale rappresentato. La riconoscibilità può derivare dall'immagine stessa, ad esempio dalla raffigurazione visibile della persona interessata, o dal modo in cui viene diffusa, in particolare se le informazioni che l'accompagnano consentono di attribuirla in modo credibile alla persona interessata (cfr. N. 24). Per le pubblicazioni di cui al cpv. 2 è invece sufficiente che dalle circostanze risulti che le immagini sono state pubblicate in modo evidente senza il consenso della persona raffigurata (cfr. N. 25). Ciò è evidente, ad esempio, nella pubblicazione di riprese voyeuristiche da uno spogliatoio o da una toilette di

un luogo pubblico noto o nella pubblicazione di riprese *OnlyFans* originariamente destinate solo a un gruppo chiuso di utenti.

Anche le **registrazioni audio** sono considerate possibili supporti di contenuti sessuali. Ciò include in particolare le registrazioni acustiche di rumori sessuali (ad es. gemiti) o conversazioni a contenuto sessuale (ad es. sesso telefonico) tra la vittima e una terza persona. Sono quindi incluse solo le rappresentazioni uditive di atti sessuali e le registrazioni audio della loro descrizione verbale. L'identificabilità della vittima (N. 23 ss.) deriva in questo caso in particolare da una voce acusticamente simile a quella della vittima o da un'attribuzione altrimenti credibile alla persona interessata, ad esempio attraverso la menzione del suo nome o le circostanze della diffusione. 29

La forma di rappresentazione delle «**immagini**» di cui all'articolo 197a CP chiarisce che anche i contenuti generati artificialmente possono essere contemplati dal reato. Si pensi in particolare ai *deepfake* pornografici o ai *deepnude*, che rappresentano eventi fittizi. Nella letteratura è in parte sostenuta l'opinione che un'interpretazione sistematica sia contraria all'inclusione di tali rappresentazioni, poiché l'articolo 197a CP – a differenza dell'articolo 197 CP – non fa alcuna distinzione tra la riproduzione di atti «reali» e «non reali». Tuttavia, questa argomentazione non è convincente. Infatti, le due disposizioni perseguono obiettivi di protezione diversi: il divieto di pornografia dura di cui all'art. 197 cpv. 4 e 5 CP serve, nel caso di rappresentazioni *reali*, in particolare a proteggere i minori raffigurati, che possono essere concretamente messi in pericolo dalla produzione dei contenuti, a impedire la creazione di strutture di mercato e a fornire una protezione generale contro l'effetto «corruttore» dei contenuti. Quest'ultimo si basa sul presupposto che la pornografia hard aumenti la disponibilità degli spettatori a imitare gli eventi rappresentati. Nel caso di rappresentazioni *fittizie*, ad esempio disegni o animazioni, la protezione della persona raffigurata viene meno a causa dell'assenza di soggetti reali coinvolti; non viene perseguita la protezione delle persone effettivamente coinvolte. L'articolo 197a CP persegue invece un approccio completamente diverso: in questo caso viene protetta l'autodeterminazione sessuale della persona raffigurata, ovvero quella persona concreta il cui aspetto viene utilizzato in un contesto sessuale senza il suo consenso. Considerando gli effetti comparabili a quelli delle riprese reali in caso di diffusione non autorizzata di pornografia *deepfake* (cfr. N. 7) e la difficoltà empiricamente dimostrata della popolazione 30

svizzera nel distinguere in modo affidabile i *deepfake* dalle riprese reali, una limitazione dell'effetto protettivo alle riprese reali non sarebbe oggettivamente giustificabile. Il termine «raffigurazioni» è stato creato proprio per tali contenuti generati artificialmente (cfr. N. 22). Un'interpretazione contraria sarebbe in contrasto sia con il testo che con lo scopo della norma. Affinché sia soddisfatto il criterio di riconoscibilità (N. 23 ss.), è sufficiente un'attribuzione oggettivamente plausibile e credibile all'esterno a una persona reale; non è necessaria l'identificabilità. Ai fini della trasmissione ai sensi del cpv. 1, è determinante che la persona interessata si riconosca e appaia credibilmente come destinataria del contenuto sessuale (N. 24). Per la pubblicazione ai sensi del cpv. 2 è invece sufficiente che dalle circostanze risulti che la rappresentazione è stata pubblicata in modo evidente senza il consenso della persona reale raffigurata, che non deve necessariamente essere identificabile in modo concreto (N. 25). Per la credibilità dell'attribuzione è necessaria una falsificazione molto realistica. Ciò è particolarmente ipotizzabile nel caso di *deepfake* pornografici o *deepnude*, ma può verificarsi anche nel caso di fotomontaggi sessualizzati molto realistici. Se invece manca un'attribuzione credibile all'esterno, ad esempio nel caso di immagini palesemente false o riconoscibilmente manipolate, occorre invece esaminare l'art. 198 CP (cfr. N. 24).

31 Meno rilevanti nella pratica, ma espressamente menzionati dalla legge, sono gli **oggetti** che rappresentano contenuti sessuali. Si intendono in particolare oggetti con connotazioni sessuali che possono essere associati alla vittima, come una collezione di giocattoli sessuali o oggetti feticistici. Anche in questo contesto è necessaria un'attribuzione credibile alla vittima (cfr. N. 23 ss.).

32 La categoria delle **rappresentazioni** comprende spettacoli dal vivo di atti sessuali o nudità (parziale). Esempi classici sono lo striptease o gli spettacoli sessuali dal vivo. Per il campo di applicazione dell'articolo 197a CP sono rilevanti soprattutto i live streaming in cui i contenuti sessuali vengono trasmessi in tempo reale. In assenza di memorizzazione, non si tratta di riprese video in senso stretto, ma soddisfano comunque il concetto di «esibizione». Per quanto riguarda la riconoscibilità della vittima, valgono fondamentalmente gli stessi requisiti delle riprese video (cfr. N. 28); tuttavia, la percezione e quindi l'attribuibilità plausibile (N. 24 segg.) avvengono in questo caso in tempo reale.

C. Fatto

1. Inoltro (cpv. 1)

Commette un reato ai sensi dell'articolo 197a cpv. 1 CP chi trasmette un oggetto del reato senza il consenso della persona riconoscibile (n. 23 segg.) ad almeno una terza persona. Non costituisce invece reato ai sensi dell'articolo 197a CP l'atto di inviare il contenuto esclusivamente alla persona raffigurata o descritta. Il termine «trasmettere», così come utilizzato nel testo di legge tedesco, è linguisticamente infelice. Potrebbe dare l'impressione errata che siano contemplati solo i contenuti che l'autore del reato ha ricevuto in precedenza da un'altra persona (ad esempio direttamente dalla vittima). Una tale restrizione non corrisponde tuttavia all'intenzione del legislatore. Dovrebbero infatti essere inclusi anche i contenuti creati dall'autore del reato stesso, in cui la vittima riconoscibile è raffigurata o descritta. Anche le versioni francese e italiana («transmet» e «trasmette») non sono ideali, ma riflettono in modo più accurato la volontà del legislatore: Si intende qualsiasi forma di **messa a disposizione visiva o acustica** di contenuti sessuali a terzi, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga fisicamente (ad es. tramite stampe o supporti dati) o digitalmente (ad es. tramite servizi di messaggistica, social network, livestream o cloud storage). La trasmissione termina con il completamento dell'atto di trasmissione. Ciò vale anche se la persona destinataria era già in possesso dei contenuti in questione (cfr. N. 34). Non è necessario che la terza persona riceva effettivamente il contenuto o ne prenda conoscenza. Anche una trasmissione ripetuta nell'ambito di una diffusione a catena può costituire un reato (cfr. N. 14). 33

Nella letteratura è controverso se anche la **semplice visualizzazione** di contenuti sessuali – senza trasferimento del potere di disposizione – costituisca una «trasmissione». Si intendono ad esempio i live streaming, i messaggi che si cancellano automaticamente o la visualizzazione di una registrazione sul proprio dispositivo. Come sottolinea giustamente Scheidegger, questa domanda trova risposta affermativa alla luce del testo e della sistematica della norma. L'art. 197a CP comprende espressamente anche le proiezioni (N. 32) in cui è concettualmente escluso che vi sia un trasferimento di possesso o di disposizione del materiale audiovisivo mostrato. Ne consegue logicamente che anche la semplice visualizzazione di un contenuto costituisce un possibile reato ai sensi dell'art. 197a cpv. 1 CP. 34

2. Pubblicazione (cpv. 2)

35 L'articolo 197a, cpv. 2, CP prevede una qualificazione quando l'atto consiste nella pubblicazione dell'oggetto del reato, vale a dire in particolare quando esso viene «reso accessibile a un numero indeterminato di persone, ad esempio tramite Internet». Le difficoltà di delimitazione sorgono in particolare quando i contenuti sono resi accessibili a un gruppo di persone più ampio, ma comunque non illimitato, poiché «con le nuove tecnologie sono nate numerose "semipubblicità"». I confini tra divulgazione non pubblica e divulgazione pubblica sono diventati così fluidi che è difficile formulare una definizione conclusiva del termine «pubblicare». Una parte della dottrina ritiene che la condivisione in una chat di gruppo con 30 persone possa già essere considerata una pubblicazione ai sensi della disposizione. Altri sostengono invece che occorra concentrarsi maggiormente sullo scopo protettivo della norma. Secondo tale opinione, la qualificazione penale dovrebbe dipendere dall'ampiezza e dall'arbitrarietà del gruppo di destinatari, poiché più questo gruppo è ampio, anonimo e incontrollabile, più grave è la violazione dei diritti della persona interessata (cfr. anche N. 6). Dal punto di vista sistematico, sembra inoltre opportuno orientarsi ai criteri di delimitazione utilizzati anche nel quadro della determinazione dell'elemento costitutivo del reato «non pubblico» per i contenuti creati e diffusi di comune accordo (cfr. N. 19, 21). Secondo tale criterio, l'autore del reato deve perseguire uno **scopo pubblico** quando diffonde il contenuto (originariamente non pubblico). I fattori decisivi sono in particolare il numero di destinatari, il loro grado di notorietà o anonimato nei confronti dell'autore del reato e la presenza o l'assenza di barriere (tecniche) all'accesso. Tornando all'esempio di una chat di gruppo con 30 partecipanti, la sua valutazione dipende quindi fortemente dal contesto: se si tratta di un gruppo chiuso su *WhatsApp* con persone conosciute personalmente, di norma la pubblicazione dovrebbe essere negata. Il caso è diverso se si tratta di una chat su *Telegram* a cui chiunque può partecipare senza restrizioni di accesso: in questo caso si presume che si tratti di uno spazio potenzialmente pubblico. Il semplice rischio astratto che un contenuto originariamente non pubblico venga diffuso in modo incontrollato, ad esempio perché qualcuno potrebbe fare una cattura dello schermo del contenuto, *non* è sufficiente per la qualificazione. Tuttavia, l'atto qualificato è già concluso quando l'autore del reato crea la possibilità concreta che il contenuto sia accessibile al pubblico, indipendentemente dal fatto che vi sia stato effettivamente accesso. Anche la pubblicazione multipla

dello stesso oggetto del reato, ad esempio attraverso una seconda pubblicazione su un'altra piattaforma, può costituire un reato (cfr. N. 14).

D. Mancanza di consenso

La caratteristica centrale dell'art. 197a CP è la mancanza di consenso alla concreta diffusione. A differenza dei reati fisici contro l'autodeterminazione sessuale ai sensi dell'art. 189 f. CP, non è determinante la presenza di una volontà contraria della persona interessata (soluzione del dissenso), ma piuttosto se sia stato dato un consenso esplicito o almeno implicito alla divulgazione del contenuto (**soluzione del consenso**). Il consenso deve sempre riferirsi all'atto concreto di diffusione. Il fatto che una persona abbia acconsentito a una registrazione o l'abbia trasmessa volontariamente a una determinata persona o gruppo di persone non è sufficiente per dedurne il consenso a una diffusione più ampia. Ciò vale anche se la prima trasmissione è avvenuta in modo invadente o molesto, come nel caso di *Dick Pics* inviate senza richiesta. Il consenso deve sempre essere contestualizzato. Gli autori di reati che ricevono di comune accordo contenuti sessuali e erroneamente presumono che ciò li «autorizzi» a inoltrarli a terzi non sono soggetti a un errore di fatto, ma a un errore di diritto ai sensi dell'articolo 21 CP. 36

In accordo con una parte della dottrina, il «consenso» ai sensi dell'art. 197a CP deve essere inteso come **consenso** che presuppone capacità di discernimento, volontarietà e un minimo di informazione. Un consenso ottenuto con la coercizione, l'inganno o lo sfruttamento di un rapporto di dipendenza è quindi inefficace. Un consenso successivo non può eliminare l'illecito della diffusione già avvenuta. Viceversa, la revoca di un consenso precedentemente concesso deve essere presa in considerazione se era nota alla persona che ha effettuato la diffusione al momento della trasmissione. Se in un contenuto sessuale non pubblico sono raffigurate o menzionate più persone, la trasmissione o la pubblicazione è lecita solo se tutte le persone riconoscibili hanno effettivamente acconsentito alla diffusione concreta. 37

IV. ELEMENTI SOGGETTIVI

Per soddisfare gli elementi soggettivi dell'art. 197a CP è necessario il dolo, anche se è sufficiente il dolo eventuale. L'intenzionalità deve riferirsi in particolare al fatto che non vi è il consenso della vittima alla concreta diffusione. Nel caso della qualificazione della pubblicazione (cpv. 2), l'autore 38

del reato deve almeno accettare che il contenuto diventi accessibile a un numero indeterminato o almeno considerevole di persone, ovvero «rinuncia consapevolmente al controllo sulla portata del contenuto». Non è richiesto un motivo particolare, come ad esempio la vendetta, l'intenzione di arricchirsi o di diffamare, ma può essere preso in considerazione nella determinazione della pena.

V. DENUNCIA (CPV. 1) E SANZIONE

39 Il reato di base della diffusione ai sensi dell'articolo 197a, cpv. 1, CP è un **reato perseguibile su denuncia**. Il termine per la denuncia decorre dal giorno in cui la persona legittimata a sporgere denuncia viene a conoscenza dell'autore del reato (art. 31 CP). Si tratta di un delitto (art. 10 cpv. 2 CP) punibile con una pena detentiva fino a un anno o con una pena pecuniaria.

40 Il reato qualificato di pubblicazione ai sensi dell'articolo 197a cpv. 2 CP costituisce invece un **reato perseguibile d'ufficio**. Anche in questo caso si tratta di un reato ai sensi dell'articolo 10 cpv. 2 CP, ma con una pena più severa, ovvero una pena detentiva fino a *tre* anni o una pena pecuniaria.

VI. CONCORRENZA

41 Nella sua relazione, la **Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati** ha sì fatto riferimento a possibili rapporti di concorrenza, ma solo in modo sintetico e impreciso e senza fare riferimento ai beni giuridici protetti. Dopo aver elencato diversi reati che potrebbero essere applicati anche in casi analoghi, ha concluso sommariamente: «In tali casi prevalgono i reati più specifici, che esauriscono il contenuto illecito dell'atto. Nella maggior parte dei casi prevedono anche una pena più severa». Questa affermazione è da valutare criticamente per diversi motivi: in primo luogo, i reati di altri titoli non costituiscono una *lex specialis* rispetto all'art. 197a CP, poiché tutelano altri beni giuridici: mentre l'art. 197a CP ha lo scopo di proteggere l'autodeterminazione sessuale della persona raffigurata (N. 11), i reati contro l'onore o il patrimonio, ad esempio, riguardano altre dimensioni di illecito. I reati con diversi orientamenti di protezione sono fondamentalmente in concorrenza tra loro, a meno che nessuno di essi copra in modo completo l'intero illecito. L'autodeterminazione sessuale nel senso di un potere di disposizione sui propri contenuti sessuali non è già compresa nei beni

giuridici di altri titoli. In secondo luogo, una pena più severa non costituisce di per sé un motivo per presumere una concorrenza impropria o una consumazione. Finché sono interessati beni giuridici diversi, dall'entità della pena non è possibile dedurre alcuna conclusione sulla portata dell'ingiustizia o sulla sua completa copertura. Alla luce della storia legislativa dell'articolo 197a CP, che mira a sanzionare in modo autonomo un illecito specifico, ovvero la violazione dell'autodeterminazione sessuale attraverso la diffusione di contenuti sessuali, la constatazione generica della Commissione giuridica non risulta sostenibile. Un'analisi differenziata dei possibili rapporti di concorrenza mostra piuttosto un quadro diverso:

se le registrazioni vengono ottenute prima della loro diffusione mediante **reati contro il patrimonio** (in particolare art. 139 CP e art. 143 CP) o se si ricatta una persona per ottenere una somma di denaro sulla base di un contenuto sessuale (art. 156 CP) e successivamente diffuso, si presume una reale concorrenza con l'art. 197a CP a causa dei diversi beni giuridici protetti. 42

Oltre all'art. 197a CP, si verificano regolarmente – anche se non necessariamente – **reati contro l'onore e la sfera segreta o privata**, ovvero reati contro l'onore (art. 173 segg. CP), reati di intercettazione o registrazione non autorizzata (art. 179bis segg. CP) o furto di identità (art. 179^{decies} CP). Poiché queste norme tutelano beni giuridici diversi, l'art. 197a CP è in vero concorso con tutti i reati di questo titolo. La violazione dell'autodeterminazione sessuale costituisce un illecito autonomo che non è contemplato dalle disposizioni citate. 43

Anche i **reati contro la libertà**, tipicamente commessi in relazione alla *sextortion* (N. 1) – in particolare la minaccia (art. 180 CP) o la coercizione (art. 181 CP) – non sono reati presupposto punibili in relazione all'art. 197a CP se sono stati commessi prima della diffusione delle immagini. Se la pubblicazione del materiale fotografico avviene dopo una tale minaccia o se in seguito vengono richiesti determinati atti in cambio della cancellazione, si configura una violazione autonoma dell'autodeterminazione sessuale. In questi casi, l'art. 197a CP è in vero concorso con i reati contro la libertà. La componente restrittiva della libertà intensifica l'ingiustizia complessiva, ma non la assorbe. 44

Se i contenuti diffusi costituiscono **pornografia** ai sensi dell'art. 197 CP, si verifica un rapporto di concorrenza tra l'art. 197a e l'art. 197 CP. Poiché tutte le 45

varianti dell'art. 197 CP perseguono un diverso obiettivo di protezione (cfr. N. 30), i due reati sono in vero concorso tra loro. Se i giovani condividono tra loro contenuti pornografici propri, per i giovani che sono capaci di discernimento ai sensi dell'art. 197a CP si può fare riferimento al loro consenso o alla sua assenza. Anche se i giovani capaci di discernimento acconsentono alla diffusione e quindi non sussiste punibilità ai sensi dell'art. 197a CP, può comunque sussistere punibilità ai sensi dell'art. 197 cpv. 4 CP.

BIBLIOGRAFIA

Ajder Henry/Patrini Giorgio/Cavalli Francesco/Cullen Laurence, Deeptrace, The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact, Amsterdam 2019.

Alisobhani Nassim, Female Toplessness: Gender Equality's Next Frontier, UC Irvine Law Review 8 (2018) II, S. 299–329.

Balsam Rosemary H., Sexuality and Shame, Journal of the American Psychoanalytical Association 57 (2009) III, S. 723–739.

Bloom Sarah, No Vengeance for ‹Revenge Porn› Victims: Unraveling Why this Latest Female-Centric, Intimate-Partner Offense is Still Legal, and Why We Should Criminalize It, Fordham Urban Law Journal 41 (2014) I, S. 233–289.

Burghardt Boris/Schmidt Anja/Steinl Leonie, Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor nicht-körperlichen Beeinträchtigungen, JuristenZeitung 77 (2022), S. 502–511.

Cancio Meliá Manuel, Patterns of Criminalization of Intimate Image Abuse, Continental Approaches and Foundations, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 193–217.

Chan Ryan, Creepshots – A Persistent Difficulty in the Australian Privacy Landscape, University of Tasmania Law Review 39 (2020) II, S. 83–98.

Chesney Bobby/Citron Danielle, Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security, California Law Review 107 (2019) VI, S. 1753–1820.

Citron Danielle Keats, Sexual Privacy, The Yale Law Journal 128 (2019) VII, S. 1870–1960.

Citron Danielle Keats/Franks Mary Anne, Criminalizing Revenge Porn, Wake Forest Law Review 49 (2014) I, S. 345–391.

Crofts Thomas, Refining the Contours of Intimate Image Abuse Offences, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 121–140.

Cyber Civil Rights Initiative, End Revenge Porn, A Campaign of the Cyber Civil Rights Initiative, Inc., Revenge Porn Statistics, Coral Gables 2014, https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf, besucht am 20.6.2025.

DeKeseredy Walter S./Schwartz Martin D., Thinking Sociologically About Image-Based Sexual Abuse: The Contribution of Male Peer Support Theory, Sexualization, Media, & Society 2 (2016) IV, S. 1–8.

Dodge Alexa, Punishing «Revenge Porn»: Legal Interpretations of and Responses to Non-Consensual Intimate Image Distribution in Canada, Diss. Ottawa 2019 (zit. Diss.).

Dodge Alexa, Digitizing rape culture: Online sexual violence and the power of the digital photograph, Crime Media Culture 12 (2016) I, S. 65–82 (zit. CMC).

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich et al. 2022.

Donatsch Andreas/Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Graf Damian K, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 12. Aufl., Zürich et al. 2025.

Dunn Suzie, Legal Definitions of Intimate Images in the Age of Sexual Deepfakes and Generative AI, McGill Law Journal 69 (2024) IV, S. 395–416.

Eaton Asia A./Jacobs Holly/Ruvalcaba Yanet, Cyber Civil Rights Initiative, 2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration, A Summary Report, Miami 2017.

Fairbairn Jordan/Bivens Rena/Dawson Myrna, Sexual violence and social media: Building a framework for prevention, Technical Report, Ottawa 2013.

Flynn Asher/Cama Elena/Powell Anastasia/Scott Adrian J., Victim-blaming and image-based sexual abuse, Journal of Criminology 56 (2023) I, S. 7–25.

Franklin Zak, Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites, California Law Review 102 (2014) V, S. 1303–1335.

Franks Mary Anne, The Crime of «Revenge Porn», in: Alexander Larry/Kessler Ferzan Kimberly (Hrsg.), The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law, Cham 2019, S. 661–692 (zit. Handbook).

Franks Mary Anne, Redefining «Revenge Porn» Reform: A View From the Front Lines, Florida Law Review 69 (2017) V, S. 1251–1337 (zit. FLR).

Gärtner Kathrin, Sexualität, Sexpositivität und Scham, Journal für Psychologie 32 (2024) I, S. 95–116.

Godenzi Gunhild, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024.

Greif Jessica, Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen, Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse, Diss. München 2022, Berlin 2023.

Henry Nicola/Flynn Asher, Image-Based Sexual Abuse: Online Distribution Channels and Illicit Communities of Support, Violence Against Women 25 (2019) XVI, S. 1932–1955.

Henry Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, Responding to ‹revenge pornography›: Prevalence, nature and impacts, Report to the Criminology Research Advisory Council, Grant: CRG 08/15-16, Canberra 2019.

Henry Nicola/McGlynn Clare/Flynn Asher/Johnson Kelly/Powell Anastasia/Scott Adrian J., Image-based Sexual Abuse, A Study on the Causes and Consequences of Non-consensual Nude or Sexual Imagery, Abingdon et al. 2021.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 197 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Kelly Liz, Surviving Sexual Violence, Minneapolis 1988.

Kirchengast Tyrone/Crofts Thomas, The Legal and Policy Contexts of «Revenge Porn» Criminalization: The Need for Multiple Approaches, Oxford University Commonwealth Law Journal 19 (2019) I, S. 1–29.

Krumm Jürg/Gambino Luca, Unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten (Art. 197a revStGB), AJP 33 (2024) VI, S. 551–563.

Maddocks Sophie, From Non-consensual Pornography to Image-based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names, Australian Feminist Studies 33 (2018) XCVII, S. 345–361.

Maier Philipp, Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht, Konkretisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens aus juristischer und sexualwissenschaftlicher Sicht, AJP 8 (1999) XI, S. 1387–1401.

McGlynn Clare/Johnson Kelly/Rackley Erika/Henry Nicola/Gavey Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, ‹It's Torture for the Soul›: The Harms of Image-Based Sexual Abuse, Social & Legal Studies 30 (2021) IV, S. 541–562.

McGlynn Clare/Rackley Erika, Image-Based Sexual Abuse, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017) III, S. 534–561 (zit. OJLS).

McGlynn Clare/Rackley Erika, More than «Revenge Porn»: Image-Based Sexual Abuse and the Reform of Irish Law, Irish Probation Journal 14 (2017), S. 38–51 (zit. IPJ).

McGlynn Clare/Rackley Erika/Houghton Ruth, Beyond «Revenge Porn»: The Continuum of Image- Based Sexual Abuse, Feminist Legal Studies 25 (2017) I, S. 25–46.

Mckinlay Tahlee/Lavis Tiffany, Why did she send it in the first place? Victim blame in the context of ‹revenge porn›, Psychiatry, Psychology and Law 27 (2020) III, S. 386–396.

Mortreux Colette/Kellard Karen/Henry Nicola/Flynn Asher, Understanding the attitudes and motivations of adults who engage in image-based abuse, Melbourne 2019.

Muggli Sandra, Sexualdelikte im und über das Internet, insb. «Sexting», «Revenge Porn» und «Cyber Grooming», forumpoenale 5 (2025), S. 353–360.

Pieth Mark/Simmler Monika, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

Powell Anastasia/Henry Nicola, Technology-Facilitated Sexual Violence Victimization: Results From an Online Survey of Australian Adults, Journal of Interpersonal Violence 34 (2019) XVII, S. 3637–3665 (zit. JIV).

Powell Anastasia/Henry Nicola, Sexual Violence in a Digital Age, London 2017 (zit. Sexual Violence).

Powell Anstasia/Henry Nicola/Flynn Asher, Image-based sexual abuse, in: DeKeseredy Walter S./Dragiewicz Molly, Routledge Handbook of Critical Criminology, 2. Aufl., Abingdon et al. 2018, S. 305–315.

Powell Anastasia/Scott Adrian J./Flynn Asher/Henry Nicola, Image-Based Sexual Abuse: An International Study of Victims and Perpetrators, A Summary Report, Melbourne et al. 2020.

Rackley Erika/McGlynn Clare/Johnson Kelly/Henry Nicola/Gavey Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, Seeking Justice and Redress for Victim-Survivors of Image-Based Sexual Abuse, Feminist Legal Studies 29 (2021), S. 293–322.

Rigotti Carlotta/McGlynn Clare, Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse, New Journal of European Criminal Law 13 (2022) IV, S. 452–477.

Scheidegger Nora, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Gomm Peter/Weber Jonas/Lehmkuhl Marianne/Pruin Ineke (Hrsg.), Opferhilferecht, 5. Aufl., Bern 2025 (zit. OH).

Scheidegger Nora, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, 2. Aufl., Bern 2025 (zit. AK).

Scheidegger Nora, Image Based Sexual Abuse, Kontextualisierung und Analyse des neuen Art. 197a StGB, in: Wenk Jan/Lehmkuhl Johanna Marianne (Hrsg.), Cybercrime und Strafrecht, Zürich et al. 2025, S. 191–208 (zit. Image-Based Sexual Abuse).

Scheidegger Nora, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf, Diss. Bern 2018, Baden-Baden et al. 2018 (zit. Diss.).

Scheidegger Nora, Ist das noch Kinderpornografie?, ZStrR 132 (2014) III, S. 318–343 (zit. ZStrR).

Schmidt Anja, The Abuse of Sexual Images between Liberal Criminal Law and the Protection of Sexual Autonomy, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 103–120 (zit. Sexual Autonomy).

Schmidt Anja, «Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem», Verfassungsblog, 19.7.2021, DOI: 10.17176/20210719-140024-0 (zit. Verfassungsblog).

Soneji Ananta/Hamilton Vaughn/Doupé Adam/McDonald Allison/Redmiles Elissa M., «I feel physically safe but not politically safe»: Understanding the Digital Threats and Safety Practices of OnlyFans Creators, Proceedings of the 33rd USENIX Security Symposium, Philadelphia 2024.

Stark Marvin, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wenk Jan (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Version: 21.12.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/stgb179quater (besucht am 20.6.2025), DOI: 10.17176/20241221-073942-0.

Tag Brigitte/Wyss Martin, Die strafrechtliche Einordnung von pornografischen Deepfakes, in: Jusletter 29.4.2024.

Thommen Marc/Stark Marvin, Ist das Versenden von «Dick Pics» strafbar?, sui generis 2024, S. 1–10, https://doi.org/10.21257/sg.246.

Valentiner Dana-Sophia, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Diss. Hamburg 2020, Baden-Baden 2021.

Vogler Daniel/Rauchfleisch Adrian/de Seta Gabriele, Wahrnehmung von Deepfakes in der Schweizer Bevölkerung, in: Karaboga Murat/Frei Nula/Puppis Manuel/Vogler Daniel/Raemy Patric/Ebbers Frank/Runge Greta/Rauchfleisch Adrian/de Seta Gabriele/Gurr Gwendolin/Friedewald Michael/Rovelli Sophia (Hrsg.), Deepfakes und manipulierte Realitäten, Technologiefolgenabschätzung und Handlungsempfehlungen für die Schweiz, Bern 2024, S. 125–151.

Vuille Joëlle/Perrier Depeursinge Camille/Arnal Justine, Cybercriminalité et infractions pénales, in: Perrier Depeursinge Camille/Métille Sylvain/Vuille Joëlle (Hrsg.), Lutter contre la cybercriminalité en Suisse, Bern 2024, S. 27–53.

I MATERIALI

Bundesamt für Justiz BJ, Bundesgesetz zu einer Revision des Sexualstrafrechts, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 8.8.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-ergebnis-vernehmlassungsverfahren-revision-des-sexualstrafrechts-d.pdf, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht BJ 2021).

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17.2.2022, BBl 2022 687 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/687/de, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht RK-S 2022).

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17.2.2022, Stellungnahme des Bundesrates vom 13.4.2022, BBl 2022 1011 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1011/de, besucht am 20.6.2025 (zit. Stellungnahme BR 2022).

Amtliches Bulletin, Sommersession 2022, 5. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 13.6.2022, AB 2022 S 498 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57459, besucht am 20.6.2025.

Bundesrat, Ergänzungen betreffend Cybermobbing im Strafgesetzbuch, Bericht des Bundesrates vom 19.10.2022, in Erfüllung des Postulats 21.3969, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, vom 25.6.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20213969/Bericht%20BR%20D.pdf, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht BR 2022).

Amtliches Bulletin, Wintersession 2022, 8. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Nationalrat vom 5.12.2022, AB 2022 N 2111 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59063, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Frühjahrssession 2023, 6. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 7.3.2023, AB 2023 S 109 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59905, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Sommersession 2023, 3. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Nationalrat vom 1.6.2023, AB 2023 N 985 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=60744, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Sommersession 2023, 5. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 5.6.2023, AB 2023 S 441 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=60787, besucht am 20.6.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 305ter CP

Un commentario di André Tanner / Madeleine von Rotz

CITAZIONE SUGGERITA

André Tanner/Madeleine von Rotz, Commentario all'art. 305ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Tanner/von Rotz, art. 305ter CP N. XXX.

Carente diligenza in operazioni finanziarie e diritto di comunicazione

Art. 305ter

1 Chiunque, a titolo professionale, accetta, prende in custodia, aiuta a collocare o a trasferire valori patrimoniali altrui senza accertarsi, con la diligenza richiesta dalle circostanze, dell'identità dell'avente economicamente diritto, è punito con una pena detentiva sino ad un anno o con una pena pecuniaria.

2 Le persone menzionate nel capoverso 1 hanno il diritto di comunicare all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro dell'Ufficio federale di polizia gli indizi che permettono di sospettare

che valori patrimoniali provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato ai sensi dell'articolo 305bis numero 1bis.

STRUTTURA

I. Cpv. 1 - Mancanza di diligenza nelle transazioni finanziarie 96
A. Introduzione 96
1. Scopo 96
2. Tipologia di reato 97
3. Importanza pratica 97
B. Reato obiettivo 98
1. Oggetto del reato 98
2. Reato 99
C. Reato soggettivo 101
D. Pena e prescrizione 101
E. Concorrenza 102
II. Cpv. 2 - Diritto di cronaca 102
A. Introduzione 102
1. Scopo 102
2. Importanza pratica 103
B. Persone autorizzate a segnalare 104
C. Sospetto che giustifica la segnalazione 104
1. Oggetto del sospetto 104
2. Soglia più bassa e "semplice sospetto 105
3. Soglia superiore e "ragionevole sospetto 105
a. Il Tribunale federale sul "semplice sospetto 105
b. Consultazione parlamentare sull'inserimento di una definizione 107
c. Definizione ai sensi dell'art. 9 cpv. 1quater LRD 108
d. Valutazione della certezza del diritto della nuova definizione 108
D. Divieto di informazione 109
E. Comunicazione in caso di cessazione della relazione d'affari 109
F. Destinatario e forma della notifica 111
G. Termine per l'analisi dei rapporti 112
Bibliografia 112
I Materiali 116

I. CPV. 1 - MANCANZA DI DILIGENZA NELLE TRANSAZIONI FINANZIARIE

A. Introduzione

1. Scopo

1 Al fine di evitare che la lotta al riciclaggio di denaro si riveli vana fin dall'inizio, è necessario uno standard che imponga obblighi di identificazione, documentazione e tenuta dei registri alle persone che operano nel settore finanziario. Dal 1990, l'**art. 305ter cpv. 1 del CP** protegge dal punto di vista penale un **obbligo fondamentale** nella lotta contro il riciclaggio di denaro: l'**obbligo** di stabilire l'identità del beneficiario effettivo. Con l'entrata in vigore della Legge sul riciclaggio di denaro nel 1998, ulteriori obblighi sono stati uniformati per legge sotto la minaccia di sanzioni penali.

2 L'introduzione del reato di riciclaggio di denaro (art. 305bis CP) è avvenuta nello stesso anno dell'art. 305ter cpv. 1 CP e ha creato un potenziale dilemma per gli intermediari finanziari. Se i conti sono stati congelati e le accuse penali archiviate a causa di un sospetto di riciclaggio di denaro, l'intermediario finanziario rischiava di **violare l'obbligo di riservatezza**. Di conseguenza, nel 1994 è stata creata una giustificazione con il diritto di segnalazione standardizzato all'**art. 305ter cpv. 2 CP**. In questo modo si è aperta la possibilità per le persone che lavorano nel settore finanziario di denunciare senza esitazione i reati penali se, ad esempio, sorge il sospetto di riciclaggio di denaro nell'ambito delle indagini ai sensi dell'Art. 305ter cpv. 1 CP.

3 Storicamente, l'art. 305ter CP non è stato incluso nel Codice penale svizzero per combattere il riciclaggio di denaro. Sebbene l'art. 305ter CP sia stato introdotto come parte della legislazione sul riciclaggio di denaro, esso era destinato all'applicazione di una norma di vigilanza finanziaria centrale (*Know Your Customer, KYC*). Il nesso con la lotta al riciclaggio di denaro è stato stabilito solo successivamente dal GAFI, qualificando l'obbligo di identificazione come standard minimo globale per la lotta al riciclaggio di denaro.

2. Tipologia di reato

L'art. 305ter cpv. 1 CP è un **reato di pericolo astratto** che serve a far rispettare l'obbligo di identificazione e quindi a proteggere la *traccia cartacea*. Di conseguenza, l'art. 305ter cpv. 1 CP non è un reato di riciclaggio di denaro in senso stretto. Il fatto che i beni connessi all'obbligo di identificazione siano di natura legale o illegale è irrilevante ai fini della responsabilità penale ai sensi dell'art. 305ter cpv. 1 CP. 4

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, **l'amministrazione della giustizia** è l'interesse giuridico da tutelare ai sensi dell'art. 305ter cpv. 1 CP, in quanto la mancata identificazione dell'avente diritto economico mette a rischio la pretesa dello Stato alla confisca. Pieth nega questa affermazione e giustamente classifica il reato come una "norma atipica di diritto penale amministrativo inserita nel CP per imporre la trasparenza nel rapporto con il cliente". 5

3. Importanza pratica

I temi del diritto tributario e della lotta al riciclaggio di denaro sono diventati sempre più esplosivi negli ultimi tempi, anche a causa delle varie rivelazioni del consorzio internazionale di giornalisti investigativi. Anche la questione degli effettivi beneficiari dei beni, strettamente legata a questi due temi, è salita alla ribalta. L'**identificazione del titolare effettivo** è considerata lo strumento più importante per combattere l'abuso dei centri finanziari offshore. In questo contesto, l'importanza di una disposizione penale che imponga questo obbligo di identificazione non deve essere sottovalutata dal punto di vista della prevenzione del crimine. 6

Tuttavia, alla luce degli obblighi di diligenza previsti dalla LRD in materia di identificazione e rilevamento, è chiaro che l'obbligo sancito dall'art. 305ter cpv. 1 CP avrebbe potuto essere imposto anche esclusivamente attraverso il diritto della vigilanza finanziaria e il diritto penale amministrativo. L'art. 305ter cpv. 1 CP punisce chiunque non adempia all'obbligo di identificazione dell'avente diritto economico di cui all'art. 4 LRD. Il fatto che la responsabilità penale per l'omessa identificazione dell'avente diritto economico sia stata comunque uniformata nel CP dal 1990 ha a che fare con la mancanza, all'epoca, di una legge generale sulla vigilanza finanziaria e con la soluzione proposta dal Consiglio federale di far valere l'obbligo di identificazione in 7

modo indipendente dal punto di vista penale, invece di criminalizzare il riciclaggio di denaro per negligenza, come richiesto da alcuni studiosi. Di conseguenza, l'art. 305ter cpv. 1 CP è una "**disposizione transitoria**". Secondo il primo rapporto del gruppo di coordinamento interdipartimentale sulla valutazione nazionale dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo in Svizzera del 2015, le condanne ai sensi dell'art. 305ter cpv. 1 CP si sono stabilizzate a un livello molto basso rispetto a quelle ai sensi dell'art. 305bis cpv. 1 CP.

B. Reato obiettivo

1. Oggetto del reato

8 Ai sensi dell'art. 305ter cpv. 1 CP, è perseguibile chiunque "accetta, detiene, investe o aiuta a trasferire professionalmente beni di proprietà altrui", ossia chiunque agisca come intermediario finanziario. Si tratta quindi di un **vero e proprio reato speciale** che dovrebbe obbligare l'intero settore finanziario a mantenere lo stesso livello di identificazione. Secondo il legislatore e la giurisprudenza, l'art. 305ter CP non è destinato a coprire tutti gli imprenditori che, ad esempio, accettano beni di terzi nell'ambito della loro attività professionale. L'ambito di applicazione è tipicamente limitato ai settori suscettibili di abuso, comprese le transazioni con beni liquidi o facilmente realizzabili. Il fattore decisivo è se l'attività professionale è attribuibile al settore finanziario, come si evince anche dalla frase marginale dell'art. 305ter CP - "mancanza di diligenza nelle transazioni finanziarie".

9 Secondo la dottrina prevalente, l'art. 2 dell'AMLA può essere utilizzato per chiarire la questione di quale attività costituisca specificamente l'intermediazione finanziaria, sebbene l'elenco non esaustivo dell'art. 2 cpv. 3 dell'AMLA non fornisca la necessaria chiarezza. Inoltre, per quanto riguarda l'introduzione dell'art. 305ter cpv. 1 StGB, il messaggio sulla revisione del CP pubblicato nel 1989 afferma che, oltre alle banche, anche i fiduciari, i consulenti per gli investimenti, i gestori finanziari, i cambiavalute, i commercianti di metalli preziosi e gli avvocati commerciali sono inclusi nel gruppo dei trasgressori. Il Consiglio federale ha inoltre aggiunto che la giurisprudenza deve circoscrivere i margini del gruppo di criminali. La **vaghezza della definizione degli autori di reato** è stata criticata dagli studiosi. Ad esempio, la distinzione tra l'attività di avvocato d'affari e quella di

avvocato tradizionale presenta già delle difficoltà. Secondo Pieth e Schultze, i gioiellieri non rientrano nell'art. 305ter cpv. 1 CP per quanto riguarda le loro attività di vendita, i commercianti di immobili, gli antiquari, i commercianti di monete e i galleristi.

Secondo Stratenwerth e Bommer, la definizione del reato di "accettare", 10
"conservare", "investire" o "trasferire", che sono azioni tipiche di un intermediario finanziario, non restringe ulteriormente il gruppo di autori del reato. Al contrario, il criterio di "**professionista**" rappresenta una tale limitazione. Il messaggio del 1989 sulla revisione del CP stabilisce che l'attività deve essere un'occupazione a tempo pieno o parziale, per cui il reddito regolare che ne deriva non deve costituire solo un reddito accessorio insignificante. Con l'art. 7 AMLO, il Consiglio federale ha concretizzato il termine "professionista". L'intermediario finanziario esercita tale attività se è soddisfatto uno dei quattro requisiti di cui all'art. 7 cpv. 1 OAM. Un'attività è classificata come professionale se vengono generati proventi lordi superiori a 50.000 franchi per anno civile o se esiste un potere di disposizione illimitato su beni di terzi che superano i 5 milioni di franchi in un dato momento. Inoltre, un'attività si qualifica come professionale se l'intermediario finanziario intrattiene relazioni d'affari con più di 20 parti contraenti per anno civile che non si limitano a un'attività una tantum, o mantiene almeno 20 relazioni di questo tipo per anno civile. Infine, sono considerate professionali le transazioni con un volume complessivo superiore a 2 milioni di franchi svizzeri per anno solare.

2. Reato

Vi è disaccordo tra gli studiosi se l'art. 305ter cpv. 1 CP debba essere 11
qualificato come un vero e proprio reato di omissione o come un semplice reato di attività, anche se secondo Pieth e Arzt questo problema non ha praticamente alcun ruolo nella pratica. Secondo diverse opinioni dottrinali, è piuttosto la specificazione dei requisiti del reato a essere importante, in quanto manca la necessaria chiarezza. Ad esempio, sorgono ambiguità in relazione al termine "**beneficiario effettivo**", che viene ripreso dalla CDB. Il fattore decisivo per l'attribuzione dei beni è un approccio economico. Secondo Zulauf, l'attenzione si concentra su chi ha "un interesse identificabile e duraturo" nel patrimonio in questione. Secondo il dispaccio, l'"**avente diritto economico**" di cui all'art. 305ter cpv. 1 CP va inteso in senso più

ampio, vale a dire che, al di là del tenore letterale della disposizione, sussiste l'obbligo di identificare il partner contrattuale e - se non identico - la persona effettivamente avente diritto ai beni patrimoniali da lui rappresentati. Seguendo questo approccio, Pieth sostiene che l'AMLA e la CDB presuppongono l'identificazione del partner contrattuale come un dato di fatto e si può quindi ritenere che l'identificazione del partner contrattuale sia coperta dall'art. 305ter CP in conformità alla *ratio legis*. Secondo l'opinione qui espressa, alla luce della certezza del diritto e tenendo conto della prospettiva economica come criterio decisivo, si dovrebbero seguire le osservazioni di Zulauf.

12 L'obbligo di diligenza si basa "sulle**circostanze**". Questo serve a far rispettare il principio di proporzionalità e regola quindi il limite delle indagini ragionevoli. Lo standard minimo applicabile per l'identificazione dei clienti è regolato dal diritto amministrativo e privato in materia di riciclaggio di denaro - in primo luogo l'AMLA, l'AMLO, l'AMLO-FINMA e la CDB 20 - che è vincolante per i tribunali penali. Come già menzionato, lo scopo dell'art. 305ter cpv. 1 CP è quello di determinare l'avente diritto economico. Secondo la precedente giurisprudenza del Tribunale federale, un intermediario finanziario che identifica **correttamente** l'avente diritto economico ma non esercita una diligenza sufficiente non è soggetto all'art. 305ter CP. L'obbligo di identificazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 1 CP è limitato agli elementi di base (cognome, nome, data di nascita, nazionalità). Gli elementi di base devono essere verificati per verificarne la plausibilità. Non esercita sufficiente diligenza chi, nonostante le incongruenze, si accontenta delle dichiarazioni del partner contrattuale e non effettua ulteriori chiarimenti.

13 Nell'ambito dell'ultima revisione della LRD, si sarebbe dovuto chiarire se esiste un obbligo di **verifica dell'identità** in relazione all'art. 305ter cpv. 1 CP che vada oltre il semplice obbligo di accertamento dell'identità. Secondo la revisione dell'art. 4 cpv. 1 LRD, oltre all'accertamento dell'identità, l'intermediario finanziario deve ora anche verificarla "al fine di accertare l'avente diritto economico". Per quanto riguarda l'obbligo di verifica recentemente codificato, il messaggio afferma quanto segue: "Il suddetto obbligo non è soddisfatto dalla semplice richiesta di una copia della carta d'identità dell'avente diritto economico per gli archivi".

14 Pertanto, le dichiarazioni ricevute dal partner contrattuale non devono essere controllate solo per verificarne la plausibilità in caso di incongruenze, ma

devono essere sempre verificate (materialmente e in base al rischio). Secondo il Tribunale federale, i moduli della CDB hanno una maggiore credibilità. Essi costituiscono dei **documenti** ai sensi dell'art. 110 cpv. 4. Di conseguenza, il partner contrattuale può essere colpevole di falsificazione di documenti ai sensi dell'art. 251 CP se fornisce all'intermediario finanziario dichiarazioni false sull'origine dei fondi. Tuttavia, l'intermediario finanziario non può fare affidamento sul fatto che le informazioni ricevute dal partner contrattuale siano corrette. Si noti tuttavia che non ci si può aspettare da lui lo stesso approfondimento delle autorità penali, soprattutto perché i collaboratori responsabili di un intermediario finanziario hanno un catalogo di compiti diverso da quello del pubblico ministero.

C. Reato soggettivo

Solo chi agisce **intenzionalmente** è perseguibile. L'autore del reato deve violare deliberatamente l'obbligo di comunicazione, per cui è sufficiente il dolo eventuale. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la mancanza di diligenza professionale è sufficiente per dedurre il dolo. Chiunque non prenda le misure per chiarire l'identità che i dipendenti della banca diligenti avrebbero preso sulla base di circostanze specifiche agisce con dolo. Va notato che il dolo deve riguardare tutti gli elementi oggettivi del reato. L'autore del reato deve quindi essere consapevole della sua funzione di persona soggetta all'obbligo di identificazione e riconoscere di dover adempiere a tale obbligo a causa della situazione specifica. Inoltre, l'autore del reato deve violare intenzionalmente il dovere di accertamento pur riconoscendo la possibilità di agire. 15

D. Pena e prescrizione

La legge prevede una pena detentiva fino a un anno o un'ammenda (**misfatto**). In caso di condanna, l'autore del reato viene iscritto nel registro penale. 16

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'art. 305ter cpv. 1 CP è un **reato continuato**. Il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui termina il comportamento criminale. Ciò avviene il giorno in cui la relazione d'affari viene interrotta o in cui l'intermediario finanziario ha posto fine alla situazione illecita accertando l'identità dell'avente diritto economico dei valori patrimoniali. 17

E. Concorrenza

18 In linea di principio, l'art. 305bis CP prevale, anche se la FCC ha ipotizzato una vera e propria concorrenza in un caso. Sebbene entrambi i reati tutelino lo stesso interesse legale, l'art. 305ter CP si rivolge a un gruppo più ristretto di persone e sanziona la violazione di determinati doveri di diligenza indipendentemente dal fatto che i beni siano di origine legale o illegale. Di conseguenza, questa mancanza di diligenza dovrebbe essere sanzionata in quanto tale e non essere considerata come una sorta di atto preparatorio non punibile per il riciclaggio di denaro. Tenendo conto della storia legislativa della norma, la decisione della Corte appare logica. Esiste anche una vera e propria concorrenza con l'Art. 160 CP e l'Art. 305 CP.

II. CPV. 2 - DIRITTO DI CRONACA

A. Introduzione

1. Scopo

19 Come accennato nell'introduzione, il diritto di denuncia codificato nell'art. 305ter cpv. 2 CP costituisce una **giustificazione** penale per la violazione degli obblighi di segreto professionale, in base alla quale le informazioni che danno adito a sospetti possono essere trasmesse a MROS.

20 Il diritto di segnalazione integra quindi l'obbligo di segnalazione. L'intermediario finanziario è tenuto a comunicare immediatamente a MROS se sa o ha ragionevoli motivi per sospettare che i valori patrimoniali oggetto della relazione d'affari siano connessi a un reato penale ai sensi dell'art. 305bis CP (art. 9 cpv. 1 LRD). Nel caso di circostanze che non hanno (ancora) raggiunto la soglia del ragionevole sospetto, la persona autorizzata alla segnalazione si troverebbe in un **dilemma** senza il diritto di segnalare, perché se non segnalasse, potrebbe essere colpevole di riciclaggio di denaro (per omissione) se le circostanze fossero successivamente valutate come segnalabili. La soglia per l'omissione negligente o addirittura dolosa della segnalazione (art. 37 cpv. 1 e 2 LRD) verrebbe raggiunta più rapidamente a causa dell'ampia interpretazione del termine "ragionevole sospetto". Tuttavia, se la persona autorizzata a segnalare un sospetto che in realtà non raggiunge la soglia del ragionevole sospetto, potrebbe violare il suo obbligo di riservatezza

professionale (segreto bancario ai sensi dell'art. 47 LBCR, segreto professionale ai sensi dell'art. 321 CP, segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 162 CP o segreto postale ai sensi dell'art. 321ter CP). La legge sulle comunicazioni risolve questo dilemma.

2. Importanza pratica

L'importanza pratica della legge sulla segnalazione non è dovuta solo alla giustificazione della segnalazione di riciclaggio. Nella realtà giuridica, il diritto di segnalazione diventa un obbligo di segnalazione per l'intermediario finanziario, in quanto non si tratta solo di essere accusati di aver eventualmente ricevuto intenzionalmente fondi di provenienza illecita, ma anche di proteggersi da possibili **conseguenze di diritto penale amministrativo** in relazione all'art. 37 LRD, che possono derivare dall'assenza di segnalazione, da una segnalazione tardiva o da una segnalazione incompleta a MROS. 21

Mancata segnalazione: Se il diritto di segnalazione venisse abolito, come è stato discusso durante le deliberazioni sull'ultima revisione della LRD, la persona autorizzata a segnalare ricadrebbe più facilmente nelle disposizioni penali dell'art. 37 LRD. La soglia per la mancata segnalazione per negligenza ai sensi dell'art. 37 cpv. 2 CP verrebbe raggiunta più rapidamente a causa dell'ampia interpretazione del termine "ragionevole sospetto". 22

Ritardo nella segnalazione: A differenza dell'obbligo di segnalazione, la segnalazione ai sensi della legge sulla segnalazione non deve essere effettuata immediatamente, secondo la formulazione della disposizione. Tuttavia, se l'intermediario finanziario omette per errore di presentare immediatamente una segnalazione in base al diritto di segnalazione, anche se avrebbe dovuto farlo in base all'obbligo di segnalazione, può essere accusato di violazione dell'obbligo di segnalazione ai sensi dell'art. 37 LRD. È quindi consigliabile presentare il rapporto ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP il prima possibile. 23

Segnalazione incompleta: anche una segnalazione incompleta può costituire una violazione dell'obbligo di comunicazione ai sensi dell'art. 37 LRD. Le informazioni e i documenti da trasmettere a MROS sono disciplinati dall'art. 3 LRD. 24

25 Il diritto di segnalazione è indipendente dall'obbligo di comunicazione solo se è possibile distinguere chiaramente le rispettive soglie di sospetto. Tuttavia, la distinzione tra il diritto di segnalazione e l'obbligo di segnalazione non è netta.

26 Il significato pratico del diritto di denuncia è dato. Tuttavia, sarebbe opportuno spostare il diritto di segnalazione dal Codice penale alla Legge antiriciclaggio. Questa proposta non è stata attuata nell'ambito dell'ultima revisione dell'AMLA, ma sono state colmate alcune lacune tra il diritto di segnalazione e l'obbligo di segnalazione.

B. Persone autorizzate a segnalare

27 Il gruppo di persone autorizzate alla segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP è identico a quello **dei trasgressori di cui al cpv. 1**. In pratica, si tratta di responsabili della compliance di banche e altri intermediari finanziari, fiduciari, consulenti per gli investimenti, amministratori finanziari, cambiavalute o commercianti di metalli preziosi.

28 Gli **avvocati** che agiscono anche come intermediari finanziari rischiano di cadere nella trappola della responsabilità penale. Infatti, se il sospetto di riciclaggio di denaro deriva dall'attività dell'avvocato, che è quindi protetta dal segreto professionale ai sensi dell'art. 321 CP, l'avvocato non ha né l'obbligo di segnalazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 2 LRD né il diritto di segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP. La segnalazione di riciclaggio di denaro può essere effettuata solo se l'accettazione dei valori patrimoniali potenzialmente incriminati è avvenuta nell'ambito di un'attività non soggetta al segreto professionale. Tale attività non professionale è, ad esempio, la gestione patrimoniale e gli investimenti.

29 I **commercianti** ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. b LRD non hanno un diritto di segnalazione, ma solo un obbligo di segnalazione ai sensi dell'art. 9 cpv. ^{1bis} LRD, in quanto non appartengono esplicitamente al gruppo degli intermediari finanziari.

C. Sospetto che giustifica la segnalazione

1. Oggetto del sospetto

30 Secondo la formulazione della legge, il sospetto riguarda (solo) la provenienza dei valori patrimoniali da un reato (art. 10 cpv. 2 CP) o da un reato fiscale

qualificato ai sensi dell'art. 305bis cpv. 1bis CP. L'obbligo di segnalazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 1 LRD comprende altre circostanze sospette (reato ai sensi dell'art. ^{260ter} CP o dell'art. 305bis CP; potere di disporre di un'organizzazione criminale o terroristica; finanziamento del terrorismo ai sensi dell'art. ^{260quinquies} cpv. 1 CP).

La frode fiscale ai sensi dell'art. 186 DBG (imposta federale diretta) e dell'art. 59 StHG (imposta diretta dei cantoni e dei comuni) è considerata un **reato fiscale qualificato**. Consiste nell'evasione fiscale attraverso un reato documentale. L'importo dell'imposta evasa deve inoltre essere di almeno 300.000 franchi svizzeri per periodo fiscale. L'intermediario finanziario deve quindi controllare anche i beni depositati presso di lui a fini fiscali. 31

Se il reato presupposto è stato commesso **all'estero**, deve essere punibile in quel Paese e costituire un crimine o un reato fiscale qualificato in Svizzera per poter essere considerato un reato presupposto del riciclaggio di denaro. 32

2. Soglia più bassa e "semplice sospetto

Secondo la formulazione della legge, possono essere segnalate le "**percezioni**". Ma cosa significa? Secondo il messaggio, non sono sufficienti insinuazioni o impressioni vaghe. Si tratta piuttosto di indizi, preoccupazioni o incongruenze, semplicemente di prove circostanziali che indichino un'origine criminale dei beni e che possano essere confermate dalle autorità giudiziarie. 33

Il diritto di denuncia non deve essere esteso e interpretato in modo arbitrario. Per quanto riguarda i beni in questione, deve esserci almeno l '**impressione** che possano essere di origine criminale. 34

Il diritto di segnalazione può essere invocato anche in presenza di un solo **indizio** di riciclaggio. Non è necessario che diversi indizi di questo tipo diano luogo a un "ragionevole sospetto" o addirittura alla certezza. Secondo la prassi di MROS è sufficiente anche un "semplice sospetto". 35

3. Soglia superiore e "ragionevole sospetto

a. Il Tribunale federale sul "semplice sospetto

Con la decisione del 27 novembre 2008, il Tribunale federale ha suscitato confusione e critiche. Secondo il Tribunale federale, un semplice sospetto o 36

dubbio ("**simple doute**") è sufficiente per l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 1 LRD: "*De l'avis de la doctrine, un soupçon est fondé s'il repose sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Se questa persona ha il semplice sospetto che, ad esempio, i beni patrimoniali siano frutto di un reato, deve anche fare una comunicazione al MROS*".

37 Sarebbe più corretto utilizzare il termine francese "**soupçon**" piuttosto che "doute" per il termine tedesco "Verdacht", se si prende come riferimento il testo della versione francese dell'art. 9 LRD. Anche le **fonti** su cui si basa il Tribunale federale non sono state interpretate con attenzione, poiché l'argomentazione scelta dal Tribunale federale non è applicata da De Capitani e Thelesklaf. Come sottolinea Kuster, secondo Thelesklaf un sospetto è giustificato solo se si basa su indagini accurate ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 LRD. Luchsinger sottolinea che la raccomandazione degli autori citati dal Tribunale federale secondo cui, in caso di dubbio, si dovrebbe presentare una segnalazione ai sensi dell'art. 9 LRD, non implica un abbassamento della soglia dell'obbligo di segnalazione.

38 Nella sentenza del 18 marzo 2015, il Tribunale penale federale ha chiarito l'attivazione dell'obbligo di segnalazione nel senso che il sospetto è sempre giustificato se le indagini speciali ai sensi dell'art. 6 LRD non possono confutare la presunzione che i beni siano collegati a un reato. Infatti, una volta effettuati gli accertamenti, è chiaro che o la transazione che appare sospetta è stata verificata per verificarne la plausibilità ed è regolare, oppure il sospetto dell'intermediario finanziario è fondato e deve essere comunicato a MROS in conformità all'obbligo di comunicazione. Nella sua sentenza del 21 marzo 2018, il Tribunale federale si è basato su questa precisazione del Tribunale penale federale: "*Se il sospetto non può essere dissipato nel corso delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 LRD ... è considerato fondato senza ulteriori indugi*". Quest'**ultima giurisprudenza chiarisce l'equivoco** sorto con la sentenza del 27 novembre 2008. Nella sentenza dell'11 gennaio 2021, il Tribunale federale ha affermato che il concetto di "ragionevole sospetto" è certamente aperto alla discussione e all'interpretazione e che non si può contestare che la giurisprudenza abbia interpretato progressivamente la formulazione dell'art. 9 LRD. Tuttavia, il Tribunale federale ha ricordato il concetto originario e ha anche sottolineato che l'idea era già stata espressa nel messaggio del 1996 sulla LRD, secondo cui i sospetti che non possono essere

dissipati dopo la conclusione della procedura di indagine devono essere segnalati. Questo approccio è in linea con la logica della LRD, in particolare per quanto riguarda l'art. 6 LRD, nonché con lo scopo della legge di consentire l'individuazione e la confisca dei beni in questione.

Anche la più recente giurisprudenza del Tribunale federale è (ora) in linea con l'**interpretazione della FINMA**, secondo il suo rapporto annuale 2017: "*Esiste un sospetto fondato se i risultati di queste indagini speciali [ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 LRD] non possono confutare la presunzione che i valori patrimoniali provengano da un reato. L'intermediario finanziario deve segnalare tali relazioni d'affari all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (obbligo di segnalazione ai sensi dell'art. 9 LRD; cfr. decisioni del Tribunale penale federale SK 2017.54 del 19 dicembre 2017 e SK. 2014.14 del 18 marzo 2015, E. 4.5.1.1). Se i requisiti per l'obbligo di comunicazione non sono chiari, l'intermediario finanziario può comunque presentare una segnalazione (diritto di segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP)*". 39

b. Consultazione parlamentare sull'inserimento di una definizione

Nelle deliberazioni parlamentari federali è stato sottolineato che l'inosservanza intenzionale dell'obbligo di comunicazione può comportare per l'intermediario finanziario interessato una multa fino a 500 000 franchi (art. 37 cpv. 1 LRD) o l'interdizione dalla professione (art. 33 LFINMA). Proprio per questo motivo il legislatore deve definire il concetto di ragionevole sospetto. In caso di dubbio, l'intermediario finanziario decideva di segnalare il riciclaggio di denaro a MROS, sovraccaricando quest'ultimo. 40

Sono state discusse diverse **varianti** rigorose per quanto riguarda la definizione specifica. Alla fine è stata seguita la prassi corrente del Tribunale federale. L'intermediario finanziario deve presentare una segnalazione se vi sono indizi concreti che non gli consentono di dissipare i suoi sospetti giustificati con ulteriori chiarimenti. Ciò comporterebbe la smentita dell'indizio o della prova concreta del riciclaggio di denaro. 41

È stato sottolineato che l'intermediario finanziario deve svolgere indagini adeguate nell'ambito dei **mezzi e delle risorse** a sua disposizione, in quanto non dispone di poteri di polizia o investigativi. Questo aspetto deve essere condiviso. Deve trasmettere le osservazioni pertinenti. Tuttavia, non ci si può 42

aspettare che svolga indagini altrettanto approfondite di quelle delle autorità penali. L'intermediario finanziario o il compliance officer che lavora per lui non è un pubblico ministero.

c. Definizione ai sensi dell'art. 9 cpv. 1quater LRD

43 In vista dell'ultima revisione della LRD, gli studiosi hanno concordato sulla necessità di chiarire la sfumata distinzione tra il diritto e l'obbligo di segnalazione, nonché i vari livelli di sospetto. Per quanto riguarda l'attuazione di questo chiarimento, sono stati presentati diversi approcci. Thelesklaf ha chiesto di eliminare il termine "giustificato" codificato nell'art. 9 dell'AMLA. Secondo Luchsinger, è essenziale una nuova e chiara definizione dei requisiti per l'obbligo di segnalazione e, se necessario, del diritto di segnalazione. Zulauf e Hutzler sono favorevoli all'abolizione del diritto di segnalazione e alla suddivisione dell'obbligo di segnalazione in segnalazione primaria e secondaria.

44 Alla fine, il diritto di denuncia è stato mantenuto ed è stato **codificato** il seguente nuovo cpv. 1quater:

Nei casi di cui al paragrafo 1, sussiste un ragionevole sospetto se l'intermediario finanziario ha un'indicazione specifica o più indicazioni che il paragrafo 1, lettera a, possa essere soddisfatto per i valori patrimoniali coinvolti nella relazione d'affari e tale sospetto non può essere dissipato sulla base di ulteriori chiarimenti ai sensi dell'articolo 6.

d. Valutazione della certezza del diritto della nuova definizione

45 L'ultima revisione della LRD **prevede** che un sospetto basato su un indizio concreto o su più indizi comporti l'obbligo di segnalazione se il sospetto non può essere dissipato mediante ulteriori accertamenti.

46 In effetti, una base giuridica sufficiente comporta una maggiore **certezza del diritto** per l'intermediario finanziario, motivo per cui una definizione basata sull'art. 20 cpv. 1 LRD è da accogliere con favore.

47 D'altro canto, l'intermediario finanziario ha ancora **il diritto** di effettuare una segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP se le condizioni per l'obbligo di segnalazione non sono chiare e in questo senso permane un certo disagio. Con la nuova definizione e la più recente giurisprudenza del Tribunale federale, l'importanza del diritto di segnalazione è diminuita.

D. Divieto di informazione

L'ultima revisione della LRD ha interessato anche il divieto di informazione ai sensi dell'**art. 10a LRD**. Il cpv. 3 rivisto recita come segue: 48

L'*intermediario finanziario può informare anche un altro intermediario finanziario soggetto alla presente legge di aver effettuatouna comunicazione ai sensi dell'art. 9 della presente legge o dell'art. 305ter cpv. 2 CP, nella misura in cui ciò sia necessario per adempiere agli obblighi previsti dalla presente legge e nella misura in cui entrambi gli intermediari finanziari:*

a. forniscano servizi comuni a un cliente in relazione alla gestione patrimoniale del cliente stesso sulla base di una cooperazione concordata contrattualmente; oppure

b. appartengono allo stesso gruppo.

Anche la notifica ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP è ora esplicitamente menzionata. L'intermediario finanziario può quindi, in determinate circostanze, fornire informazioni sulle segnalazioni basate sia sull'obbligo di segnalazione che sul **diritto di segnalazione**. 49

L'aggiunta alla legge sulle segnalazioni colma una lacuna rilevante dal punto di vista pratico. Gli intermediari finanziari dello **stesso gruppo** sono sempre stati incerti su se, come e quali informazioni possono condividere in caso di segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP. 50

E. Comunicazione in caso di cessazione della relazione d'affari

Da un punto di vista pratico, ci si chiede spesso quale sia il **margine di manovra** dell'intermediario finanziario per separarsi dal suo partner contrattuale senza violare l'obbligo di segnalazione o la legge sulla segnalazione. 51

In seguito all'ultima revisione della LRD, anche l'AMLO e l'AMLO-FINMA sono stati rivisti di conseguenza per quanto riguarda gli obblighi in caso di sospetto riciclaggio di denaro. Le disposizioni relative alla cessazione della relazione d'affari ai sensi dell'art. 32 AMLO-FINMA sono state stabilite dal Consiglio federale **a livello di AMLO**. 52

Una volta effettuata la segnalazione, l'intermediario finanziario non può interrompere la relazione d'affari di propria iniziativa (art. 12a cpv. 1 LRD, art. 53

32 cpv. 3 AMLO-FINMA) e deve continuare a eseguire gli ordini dei clienti (art. 9a cpv. 1 LRD). La relazione d'affari può essere interrotta solo se entro 40 giorni lavorativi MROS non comunica all'intermediario finanziario che trasmetterà le informazioni segnalate a un'autorità di perseguimento penale (art. 9b cpv. 1 LRD in combinato disposto con l'art. 12a cpv. 1 LRD). La cessazione della relazione d'affari deve essere comunicata immediatamente all'Ufficio di comunicazione e la data di cessazione (art. 9b cpv. 3 LRD). Il **ritiro di valori patrimoniali importanti** deve essere autorizzato solo in una forma che consenta alle autorità di perseguimento penale di rintracciarli (art. 9b cpv. 2 LRD). Quest'obbligo vale anche in caso di mancata comunicazione ai sensi della legge sulla comunicazione (art. 12b cpv. 2 LRD).

54 All'intermediario finanziario è inoltre vietato interrompere una relazione d'affari dubbia (per la quale decide di non avvalersi del diritto di comunicazione nonostante i requisiti siano soddisfatti) e consentire il ritiro di valori patrimoniali significativi se vi sono indizi concreti dell'imminenza di **misure ufficiali di blocco** (art. 12a cpv. 2 LRD; art. 32 cpv. 2 OAM-FINMA).

55 L'art. 22a cpv. 2 AMLO-FINMA disciplina ora l'allestimento di una cosiddetta **segnalazione no-AML** (art. 31 AMLO-FINMA): se l'intermediario finanziario non presenta una segnalazione di sospetto sulla base del diritto di segnalazione (art. 305ter cpv. 2 CP) perché è riuscito a dissipare il sospetto sulla base di ulteriori chiarimenti ai sensi dell'art. 6 LRD, deve documentare in modo adeguato i chiarimenti effettuati e le sue conclusioni (art. 7 LRD). In tal modo, deve indicare i motivi per cui ha eliminato il sospetto e rinunciato al diritto di segnalazione. Il rapporto di non segnalazione deve ora essere redatto per tutte le relazioni d'affari dubbie, non solo per quelle con beni significativi.

56 Una volta interrotta la relazione d'affari, si pone la questione se l'obbligo e il diritto di segnalazione continuino e, in caso affermativo, per quanto tempo.

57 Anche l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 1 LRD **termina** con la relazione d'affari. A questo proposito, Ivell fa giustamente riferimento alla formulazione della norma e ai "valori patrimoniali coinvolti nella relazione d'affari". Di conseguenza, un obbligo di comunicazione dopo la cessazione della relazione d'affari richiederebbe una base giuridica esplicita. Inoltre, secondo Reinle, un risultato diverso comporterebbe un onere irragionevole

per l'intermediario finanziario alla luce dell'art. 37 cpv. 2 LRD (violazione colposa dell'obbligo di comunicazione) e quindi un risultato dirompente.

Il diritto di segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP, **invece**, sussiste anche dopo la cessazione della relazione d'affari (per un periodo di tempo illimitato). Anche in questo caso, occorre innanzitutto tenere conto della formulazione della disposizione. Non è necessario che i beni siano coinvolti in un rapporto d'affari. Ivell sottolinea inoltre che i limiti temporali non sarebbero compatibili con il concetto di rendicontazione volontaria. 58

F. Destinatario e forma della notifica

Il destinatario della segnalazione è **MROS** presso l'Ufficio federale di polizia (fedpol), che riceve le segnalazioni dai vari operatori del mercato finanziario, svolge indagini sulle transazioni segnalate e decide se e quali delle informazioni segnalate devono essere trasmesse alle autorità di perseguimento penale (art. 23 LRD; art. 1 cpv. 2 LRD). 59

Il 1° gennaio 2020 MROS ha introdotto il portale online "**goAML**" per la comunicazione con l'Ufficio di comunicazione (ad esempio per l'invio delle segnalazioni di riciclaggio di denaro). Chi non invia le segnalazioni tramite questo sistema informatico deve utilizzare l'apposito modulo e inviare la segnalazione in modo sicuro (art. 3a cpv. 3 LRD). È quindi ancora possibile inviare i moduli di segnalazione per posta, ma per la successiva comunicazione di informazioni è necessario utilizzare goAML (art. 11a LRD). Nelle note esplicative della revisione parziale della LRD si raccomanda all'intermediario finanziario di utilizzare goAML anche per la prima segnalazione. 60

Nell'ambito della **prossima revisione della LRD**, il Consiglio federale propone un nuovo art. 23 cpv. 7 LRD con la seguente formulazione: *"La comunicazione con l'Ufficio di comunicazione avviene tramite il sistema di elaborazione dati ai sensi del capoverso 3. L'Ufficio federale di polizia (fedpol) stabilisce lo standard dei dati trasmessi tramite il sistema di elaborazione dati"*. Per migliorare ulteriormente la qualità dei dati, si dovrebbe utilizzare solo goAML e autorizzare MROS a determinare lo standard dei dati. 61

G. Termine per l'analisi dei rapporti

62 La **vecchia legge** prevedeva scadenze diverse per l'analisi delle segnalazioni da parte di MROS. Ciò comportava incertezze per gli intermediari finanziari che si trovavano a gestire (ulteriormente) relazioni d'affari per le quali si erano avvalsi del diritto di comunicazione.

63 L'art. 23 cpv. 5 LRD stabilisce che MROS deve comunicare all'intermediario finanziario entro **20 giorni lavorativi** se trasmetterà o meno la segnalazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 1 lett. a LRD a un'autorità di perseguimento penale. Tuttavia, secondo l'art. 23 cpv. 6 LRD, MROS non disponeva di un termine per l'analisi di una segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP.

64 Anche MROS **non era soddisfatto del** regolamento in vigore all'epoca. I tempi di risposta di MROS erano in media di 27 giorni lavorativi, senza contare i tempi di preparazione e di analisi. Va inoltre osservato che MROS potrebbe dover richiedere ulteriori informazioni ai sensi dell'art. 11a LRD, eventualmente anche alle controparti all'estero.

65 Per tenere meglio conto della realtà e dare a MROS il margine di manovra necessario per dare priorità alle segnalazioni di attività sospette gravi, il termine è stato portato a **40 giorni lavorativi**, anche in considerazione del crescente numero di segnalazioni all'anno. Allo stesso tempo sono state eliminate le incertezze degli intermediari finanziari in merito al diritto di comunicazione, in quanto MROS dispone ora di un termine di 40 giorni lavorativi per analizzare una segnalazione ai sensi dell'art. 305ter cpv. 2 CP (art. 9b cpv. 1 LRD in combinato disposto con l'art. 23 cpv. 5 LRD).

Il presente commento riflette unicamente le interpretazioni e le opinioni degli autori. Non si possono trarre conclusioni sulla prassi dei datori di lavoro degli autori.

BIBLIOGRAFIA

Ackermann Jürg-Beat, Teil 2, Allgemeiner Teil des Wirtschaftsstrafrechts / § 4 Tatbestandsmässigkeit / V.–VI. / A.–B., in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 129–142.

Ackermann Jürg-Beat, Geldwäscherei – Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Zürich 1992 (zitiert Ackermann Geldwäscherei).

Arzt Gunther, Zur Rechtsnatur des Art. 305ter StGB, SJZ 1990, S. 189–192.

Beuret Arnaud, Das Bankkundengeheimnis und die Geldwäschereibekämpfung, in: Jusletter 16.4.2018.

Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 151 (2015), S. 350–374.

Boog Markus, Kommentierung zu Art. 251 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

Cassani Ursula, Kommentierung zu Art. 305ter, Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, partie spéciale, Vol. 9, Crimes ou délits contre l'administration de la justice: Art. 303–311 CP, Bern 1996.

de Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

de Capitani Werner, Zum Identifikationsverfahren bei Kontoeröffnungen aus dem Ausland, SJZ 89 (1993), S. 21–27.

Dietzi Hanspeter, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? – Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank, in: Pieth Mark (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel et al. 1992.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Art. 305ter StGB, in: Jositsch Daniel (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Strafrecht IV, 5. Aufl., Zürich et al. 2017.

Egger Tanner Christine, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Zürich 1999.

Graber Christoph K., Geldwäscherei: ein Kommentar zu Art. 305bis und 305ter StGB, Bern 1990.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Grüninger Philippe, Die Strafbarkeit der Verletzung von Sorgfaltspflichten bei Finanzgeschäften: Art. 305ter Abs. 1 StGB, Zürich 2005.

Hutzler Doris, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung – Kriminelle Organisation – Finanzierung des Terrorismus – Geldwäscherei, 2 Bd., Zürich 2018.

Ivell Katrin, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Kistler Marlène, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Lausanne 1994.

Kunz Michael, Die strafrechtliche Garantenstellung von Bankorganen bei der Geldwäscherei, in: Jusletter 14.2.2011.

Kuster Matthias, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305er Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter 26.6.2017.

Luchsinger Roland J., Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

Lutz Peter/Kern Martin, Geldwäscherei und das qualifizierte Steuervergehen von Art. 305bis Ziff. 1bis StGB, SJZ 2017, S. 97–106.

Macaluso Alain/Garbarski Andrew, Pratique juridique actuelle, AJP 2016, S. 1318–1326.

Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 37 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark/Schultze Marlen, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021.

Reinle Michael, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Zürich/St. Gallen 2007.

Schauwecker Marc-André Beat, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei und deren Konsequenzen für Finanzintermediäre, Basel 2016.

Schmid Niklaus, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Schmid Niklaus, Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB Art. 305bis, in: SAV (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, S. 111–130 (zitiert Schmid, Anwendungsfragen).

Stiglitz Joseph E./Pieth Mark, Die Schattenwirtschaft überwinden, Berlin Januar 2017, https://library.fes.de/pdf-files/iez/13083.pdf, besucht am 5.8.2024.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl., Bern 2013.

Tanner André, Der bankinterne Compliance Officer, in: Jusletter 30.9.2019.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937: Kurzkommentar, Zürich 1997.

von Rotz Madeleine, Die Garantenstellung und die Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank, Zürich 2019.

Zuberbühler Daniel, Pflichten der Banken und Finanzinstitute zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Konsequenzen aus den Empfehlungen der FATF, in: SAV (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, S. 65–91.

Zulauf Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern/Basel 1994.

Zulauf Urs/Hutzler Doris, Der begründete und der einfache Verdacht – Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2019, S. 221–239.

Zwiefelhofer Thomas, Die Sorgfaltspflichten des liechtensteinischen Geldwäschereirechts verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, St. Gallen/Zürich 2007.

I MATERIALI

Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=52177, besucht am 5.8.2024 (zitiert Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021).

Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=51792, besucht am 5.8.2024 (zitiert Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021).

Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-89043-1989-d-f.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989).

Erster nationaler Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT) vom 5.6.2015, abrufbar unter: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57750.html, besucht am 5.8.2024 (zitiert Bericht KGGT 2015).

Zweiter nationaler Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT) vom 29.10.2021, abrufbar unter: https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html, besucht am 5.8.2024 (zitiert Bericht KGGT 2021).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 5.8.2024 (zitiert Botschaft GwG Revision 2019).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30.06.1993, BBl 1993 III 277 ff., abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3_277_269_193/de, besucht am 5.8.2024 (zitiert Botschaft Melderecht 1993).

Botschaft über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12.6.1989, BBl 1989 II 1061, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/2_1061_961_837/de, besucht am 5.8.2024 (zitiert Botschaft StGB 1989).

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen, 30.8.2023, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82297.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuternder Bericht Transparenzregister 2023).

Erläuterungsbericht der FINMA zur Teilrevision GwV-FINMA, 8.3.2022, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20220308---gwv---finma/20220308_anhoerung_gwv_finma_erlaeuterungsbericht.pdf?sc_lang=de&hash=15FE08B10BBB36D0162234C261E4B949, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2022).

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Änderung der GwV, 1.10.2021, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/68406.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuternder Bericht zur Änderung der GwV 2021).

Erläuterungen zur Teilrevision der MGwV, 27.11.2019, abrufbar unter: https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/vo-anpassung/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuterungen Teilrevision MGwV 2019).

Erläuterungsbericht der FINMA zur Teilrevision der GwV-FINMA, 4.9.2017, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-gwv/20170904-eb-gwv-finma.pdf?sc_lang=de&hash=1E297912C77FB5F8594C2B1A86E6D26B, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2017).

Jahresbericht der MROS 2022, abrufbar unter: https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2022.pdf.download.pdf/jb-mros-2022-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Jahresbericht MROS 2022).

Jahresbericht der FINMA 2017, abrufbar unter: https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20180327-jahresbericht-2017.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Jahresbericht FINMA 2017).

Jahresbericht der MROS 2017, abrufbar unter:https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2017-d.pdf.download.pdf/jb-mros-2017-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Jahresbericht MROS 2017).

Praxis der MROS, Eine Zusammenfassung der Praxis seit 2004, März 2016, abrufbar unter: https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/praxis-berichte/mros-die-praxis-d.pdf.download.pdf/mros-die-praxis-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Praxis MROS 2016).

Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) vom 14.9.2018, abrufbar unter: https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/d/c/6/3/dc634cc6fd7cd84dc93989e67f3d253a6584b5dd/SBVg_Stellungnahme_Revision_GwG.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Stellungnahme SBVg).

Vernehmlassungsvorlage betreffend das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (Gesetz über die Transparenz juristischer Personen; TJPG), 30.8.2023, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/

attachments/82295.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Vernehmlassungsvorlage Transparenzregister 2023).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 321ter CP

Un commentario di Aaron Steiner / Peter Szabo

CITAZIONE SUGGERITA

Aaron Steiner/Peter Szabó, Commentario all'art. 321ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Steiner/Szabó, art. 321ter CP N. XXX.

Violazione del segreto postale e del segreto delle telecomunicazioni

Art. 321ter

1 Chiunque, nella sua qualità di funzionario, impiegato o ausiliario di un'organizzazione che fornisce servizi postali o delle telecomunicazioni, comunica a terzi informazioni concernenti le relazioni postali, il traffico dei pagamenti o il traffico delle telecomunicazioni dei clienti, apre invii postali chiusi o cerca di scoprirne il contenuto, dà a terzi occasione di commettere simili reati, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

2 È parimenti punito chiunque, per dolo, induce a violare tale obbligo una persona tenuta a conservare il segreto giusta il capoverso 1.

[3] La violazione del segreto postale e del segreto delle telecomunicazioni rimane punibile anche dopo la cessazione del rapporto contrattuale.

[4] La violazione del segreto postale e del segreto delle telecomunicazioni non è punibile quando è richiesta per scoprire l'avente diritto.

[5] Rimangono salve le disposizioni dell'articolo 179^{octies} e quelle della legislazione federale e cantonale sull'obbligo di dare informazioni all'autorità o di testimoniare in giudizio.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 124
A. Cronistoria 124
B. Bene giuridico tutelato 124
C. Rapporto con norme correlate 127
II. Elementi oggettivi del reato 127
A. Cerchia degli autori 127
B. Fatto punibile (cpv. 1) 128
C. Autoria indiretta (cpv. 2) 129
III. Elementi soggettivi del reato 129
IV. Illecito (cpv. 4) 129
V. Concorrenza di reati e riserve (cpv. 5) 130
A. Concorrenza di reati 130
B. Riserva a favore dell'art. 179octies e dell'obbligo di testimoniare e di fornire informazioni 130
VI. Sanzione 131
Bibliografia 131
I materiali 132

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

A. Cronistoria

1 L'art. 321ter del CP è stato inserito nel **diritto penale sostanziale** del CP con l'emanazione della nuova legge sulle telecomunicazioni del 30 aprile 1997. Fino al 1° gennaio 1998, la tutela penale del segreto postale e delle telecomunicazioni era disciplinata dal diritto penale accessorio: il segreto postale era sancito dall'art. 57 della legge sul traffico postale del 2 ottobre 1924 (aPVG), mentre il segreto delle telecomunicazioni era disciplinato, dal 1991, dall'art. 53 in combinato disposto con l'art. 15 dell'allora legge sulle telecomunicazioni (aFMG). Con la liberalizzazione del mercato postale e delle telecomunicazioni, le norme penali in materia sono state trasferite nel diritto penale di base senza sostanziali modifiche sostanziali. Il Consiglio federale ha motivato questo cambiamento con la «crescente importanza del segreto delle telecomunicazioni».

2 Con la fine del monopolio delle PTT e l'ammissione di operatori privati, l'obbligo di riservatezza – e le relative sanzioni penali – ha dovuto essere esteso a una **cerchia di destinatari** notevolmente ampliata. La disposizione si applica quindi a tutti i collaboratori di operatori concessionari e non concessionari, nella misura in cui questi forniscano servizi postali o di telecomunicazione. Rispetto al segreto professionale, l'art. 321ter CP rappresenta un'estensione specifica che colloca la tutela delle telecomunicazioni, dal punto di vista penale, a un livello di protezione paragonabile a quello previsto dall'art. 321 CP.

B. Bene giuridico tutelato

3 L'art. 321ter CP garantisce sia la tutela **istituzionale** delle comunicazioni postali e delle telecomunicazioni in quanto sistema, sia la sfera privata dei singoli partecipanti alla comunicazione. Il Tribunale federale afferma esplicitamente nella sentenza TF 6B_182/2018 che la disposizione tutela «in riferimento all'art. 321 CP [...] anche la sfera privata» dei soggetti che comunicano.

4 **Oggetto di tutela** sono «i dati relativi al traffico postale, ai pagamenti o alle telecomunicazioni della clientela». La formulazione comprende sia le

informazioni relative ai contenuti sia quelle relative alle abitudini di comunicazione o di pagamento. Con l'inclusione del traffico postale di pagamento, il legislatore – andando oltre il contenuto costituzionale essenziale del segreto delle telecomunicazioni (art. 13 cpv. 1 Cost.) – ha operato un ravvicinamento al segreto bancario ai sensi dell'art. 47 LBCR.

La norma penale conferisce una controparte penale alla tutela della 5
corrispondenza epistolare, postale e delle telecomunicazioni garantita dall'art. 13 cpv. 1 Cost. Il Tribunale federale, nella sua giurisprudenza in materia di sorveglianza nel processo penale, ha chiarito che il segreto delle telecomunicazioni sancito dalla Costituzione comprende anche la **corrispondenza via e-mail** e che gli interventi – in particolare la raccolta di metadati – richiedono una base legale e un'autorizzazione giudiziaria. Nella sentenza BGE 144 I 126, il Tribunale federale ha confermato questi principi per i dati accessori delle telecomunicazioni e ha stabilito che è tutelato «non solo il contenuto della comunicazione; sono infatti compresi anche i dati accessori del processo di comunicazione».

La tutela di cui all'art. 321ter riguarda innanzitutto e indiscutibilmente i **dati di** 6
contenuto della comunicazione e della transazione finanziaria. Sono altrettanto chiaramente compresi i dati accessori – ovvero le informazioni relative al processo di comunicazione stesso (mittente, destinatario, tipo, durata e frequenza dei contatti). Già Rehberg aveva dedotto dall'espressione «informazioni relative al [...] traffico della clientela» che anche i dati di connessione o accessori rientrano nella norma penale. La dottrina più recente segue all'unanimità questa visione e il Tribunale federale ha espressamente confermato il collegamento costituzionale nella sentenza BGE 144 I 126, consid. 4.1.

Più complesso è il trattamento dei **dati di inventario** (identificazione 7
dell'abbonato, titolarità dell'allacciamento, elenco statico degli indirizzi). Secondo Hansjakob e Simmler, i dati anagrafici non rientrano nel segreto delle telecomunicazioni e quindi non sono disciplinati dall'art. 321ter CP, purché non si tratti di dati relativi al traffico delle telecomunicazioni vero e proprio, ovvero a una comunicazione, ma esclusivamente di dati relativi al rapporto contrattuale dell'interessato con un fornitore di servizi di telecomunicazione. Questa distinzione può presentare difficoltà nella pratica. Simmler lo illustra con l'esempio degli indirizzi IP: l'indirizzo IP utilizzato per la registrazione presso un fornitore di servizi di telecomunicazione è un dato

anagrafico, mentre l'indirizzo IP utilizzato per una successiva comunicazione con un terzo tramite il servizio di telecomunicazione è un dato accessorio. Esiste tuttavia anche un terzo caso, ovvero l'indirizzo IP tramite il quale una persona ha effettuato l'ultimo accesso al servizio di telecomunicazione: se l'accesso è correlato alla gestione dell'account utente, si tratta di un dato di inventario; nel caso di una comunicazione con un terzo, invece, si tratta di un dato accessorio. Le misure di sorveglianza delle telecomunicazioni che richiedono informazioni sui dati dell'ultimo accesso, ma che indirettamente portano a una sorveglianza dei dati accessori senza autorizzazione giudiziaria, sono quindi problematiche in relazione alla tutela del segreto delle telecomunicazioni.

8 Seguendo la distinzione operata da Simmler, sosteniamo la seguente posizione: nella misura in cui i dati di inventario riguardano esclusivamente l'attribuzione di un allacciamento o di una trasmissione a una persona, senza fornire informazioni su un concreto processo di comunicazione, essi esulano dal «traffico della clientela» tutelato dall'art. 321ter e la loro protezione è garantita in primo luogo dal diritto generale in materia di protezione dei dati contenuto nella LPD. Non appena, tuttavia, i dati di inventario vengono collegati a un concreto processo di comunicazione – chi è il mittente di una determinata trasmissione o l'utente di una connessione identificata –, essi si trasformano in **dati marginali** e rientrano nella protezione dell'art. 321ter.

9 A questo proposito si rimanda alla giurisprudenza del Tribunale federale nella sentenza BGE 144 I 126 relativa alla conformità costituzionale della **conservazione dei dati marginali** per sei mesi senza motivo specifico ai sensi della LSCPT. Il Tribunale federale precisa che la mera raccolta e conservazione dei dati da parte dei soggetti tenuti a collaborare non costituisce ancora una sorveglianza soggetta ad autorizzazione giudiziaria ai sensi del CPP; le autorità di perseguimento penale non potrebbero «accedere direttamente ai dati raccolti dai fornitori di servizi di telecomunicazione», ma solo nella fase successiva della sorveglianza vera e propria – e in tale fase solo previa autorizzazione giudiziaria. Questa separazione tra raccolta privata dei dati e accesso da parte dello Stato è criticabile: l'obbligo di collaborazione ha origine in un provvedimento statale, per cui l'ingerenza nei diritti fondamentali è imputabile allo Stato già a partire dalla fase di raccolta – uno spostamento dell'inizio della tutela all'atto di accesso successivo oscura tale imputabilità. Il chiarimento definitivo dovrebbe arrivare dal procedimento n.

47351/18 (Glättli e altri contro la Svizzera), pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), intentato dai membri dell'associazione Digitale Gesellschaft. Per l'applicazione penale dell'art. 321ter, tuttavia, da questa riserva non deriva alcuna limitazione: purché i fornitori procedano alla raccolta sulla base di un fondamento giuridico sufficiente, la conservazione di per sé non costituisce reato; tuttavia, la trasmissione dei dati accessori raccolti a terzi al di fuori delle norme di legge in materia di informazione viola comunque l'art. 321ter CP. Va sottolineato che la tutela dell'art. 321ter CP riguarda solo i dati di contenuto e quelli accessori. A ciò non mutano nemmeno le disposizioni della LSCPT relative ai dati di inventario, anche se la loro comunicazione è soggetta a procedure particolari ai sensi degli articoli 15, 21 e 22 LSCPT.

C. Rapporto con norme correlate

L'articolo 321ter CP è strettamente correlato ad altre norme in materia di 10
segreto e **di ingerenza**. All'interno del CPP, gli articoli 320 (segreto d'ufficio), 321 (segreto professionale), 179 (violazione del segreto della corrispondenza) e 179bis e seguenti (sorveglianza tecnica) costituiscono i punti di riferimento più importanti. Nel campo del diritto penale accessorio si aggiungono l'art. 43 e l'art. 49 e segg. della LTC (Legge sulle telecomunicazioni) e le disposizioni della LSCPT (Legge sulla sorveglianza delle telecomunicazioni). L'obbligo di segretezza di cui all'art. 43 della LTC costituisce il fondamento dell'obbligo professionale nel settore delle telecomunicazioni; la Legge sulle poste non prevede un simile obbligo di segretezza, ma entrambe le violazioni sono comunque punite dall'art. 321ter del CP.

II. ELEMENTI OGGETTIVI DEL REATO

A. Cerchia degli autori

L'art. 321ter CP costituisce un vero e proprio **reato speciale**. È autore idoneo 11
solo chi è funzionario, dipendente o ausiliario di un'organizzazione che fornisce servizi postali o di telecomunicazione. Il testo non opera alcuna distinzione tra, da un lato, i fornitori soggetti a concessione o all'obbligo di registrazione e, dall'altro, i fornitori di servizi puramente privati, cosicché, secondo la dottrina prevalente, la norma penale si applica a tutti i

collaboratori operanti nel settore dei servizi postali e di telecomunicazione – a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'impresa.

12 Rehberg ha sottolineato che l'estensione del segreto postale al personale di organizzazioni che offrono servizi non riservati e non sono soggette ad alcun obbligo di concessione o di notifica è costituzionalmente (art. 36 cpv. 4 aBV; oggi art. 13 cpv. 1 Cost.) discutibile. In particolare per i collaboratori dei **servizi di corriere** privati e delle organizzazioni di distribuzione di invii non indirizzati, l'obbligo di riservatezza ai sensi del diritto penale sarebbe dubbio. La dottrina più recente, probabilmente prevalente, non segue questa interpretazione restrittiva e fa riferimento alla formulazione ampia.

13 In linea con gli altri obblighi di riservatezza tutelati dal diritto penale, la violazione del segreto postale e delle telecomunicazioni è punibile anche dopo la **cessazione** del rapporto d'ufficio o di servizio.

B. Fatto punibile (cpv. 1)

14 Cpv. 1 comprende (i) la **comunicazione** di «dati [...] della clientela» a un terzo, (ii) l'apertura di un invio sigillato o l'accertamento del suo contenuto e (iii) il fornire a un terzo l'opportunità di compiere tali atti. È irrilevante la modalità con cui avviene la trasmissione delle informazioni: oralmente, per iscritto, per via elettronica, mediante la presentazione di documenti o concedendo l'accesso a sistemi informatici.

15 Dalla seconda variante del reato («apertura di una spedizione sigillata») non si deve dedurre che la divulgazione del contenuto di una spedizione aperta – ad esempio una **cartolina postale** – da parte di collaboratori di un'organizzazione postale sia esente da pena. Tale fattispecie rientra piuttosto nella prima variante del reato (divulgazione di «dati relativi al [...] traffico della clientela»).

16 La terza variante del reato («o offre a un terzo l'opportunità») comprende, secondo la dottrina prevalente, anche l'**omissione** di intervenire contro le indagini di terzi volte a violare il segreto. A tal proposito, l'art. 321ter CP prevede una tipizzazione dell'inazione contraria ai doveri che manca nell'art. 320 CP e nell'art. 321 CP.

C. Autoria indiretta (cpv. 2)

Nel caso di reati speciali veri e propri, un estraneo (**Extraneus**), privo di un obbligo speciale, non può di norma essere punito come autore diretto. Nel caso di reati speciali veri e propri, l'estraneo (extraneus) non può essere punito come autore indiretto nemmeno se utilizza l'intraneus soggetto all'obbligo di segretezza – ad esempio mediante inganno – come strumento che agisce senza dolo; gli manca infatti la qualità speciale richiesta per la costituzione del reato. A differenza degli articoli 320 e 321 del CPP, il cpv. 2 colma espressamente questa lacuna per quanto riguarda la violazione del segreto postale e delle telecomunicazioni: chi induce con l'inganno il soggetto soggetto all'obbligo di segretezza a violare tale segreto è soggetto alla stessa pena prevista per l'intraneus. 17

Se l'autore del reato, soggetto all'obbligo di cui al cpv. 1, viene indotto a commettere un atto doloso, si configura un caso di **istigazione**, da valutare secondo le norme generali (art. 24 in combinato disposto con l'art. 321ter del CPP). Il cpv. 2 trova applicazione solo se l'inganno esclude il dolo dell'intraneus e l'extraneus agisce quindi come autore indiretto. 18

III. ELEMENTI SOGGETTIVI DEL REATO

È punibile solo la commissione dolosa, per la quale è sufficiente il **dolo eventuale**. 19

IV. ILLECITO (CPV. 4)

Cpv. 4 dichiara non punibile la violazione del segreto postale e delle telecomunicazioni, nella misura in cui essa sia necessaria per l'identificazione dell'**avente diritto**. Il principale caso pratico di applicazione è l'apertura di invii non recapitabili, i cui destinatari o mittenti non potrebbero altrimenti essere identificati. 20

Fino al 30 giugno 2023, il cpv. 4 comprendeva inoltre la «prevenzione di danni». Tale estensione era stata criticata dalla dottrina in quanto estranea al sistema e troppo indeterminata, poiché stabiliva una clausola di giustificazione generica al di là delle **norme generali sullo stato di necessità** (art. 17 segg. CP). Con l'armonizzazione delle pene del 2021/2023, il legislatore ha soppresso tale clausola, accogliendo così le critiche della 21

dottrina – il Consiglio federale aveva espressamente affermato nel messaggio che le situazioni in questione erano «già coperte dalle norme generali sullo stato di necessità (artt. 17 e 18 CP)». Nella misura in cui si prendano in considerazione fattispecie che esulano da questa ristretta clausola di legittimazione di cui al cpv. 4, occorre ricorrere ai motivi generali di giustificazione e alla ponderazione degli interessi sviluppata a tal fine.

V. CONCORRENZA DI REATI E RISERVE (CPV. 5)

A. Concorrenza di reati

22 In quanto estensione specifica della tutela del segreto epistolare, l'art. 321ter CP prevale sul reato generale di violazione del **segreto della corrispondenza** (art. 179 CP), nella misura in cui l'autore del reato agisca in qualità di collaboratore di un'organizzazione postale o di telecomunicazioni. A differenza dell'art. 179 CP, l'art. 321ter CP non presuppone inoltre che l'invio venga aperto con l'intento di prenderne visione.

23 Se l'autore del reato è un funzionario pubblico ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP, l'art. 321ter CP prevale sul **segreto d'ufficio** (art. 320 CP) in quanto lex specialis.

24 Sussiste una **concorrenza reale** con gli articoli 162 (violazione del segreto di fabbricazione o d'affari), 179novies (acquisizione non autorizzata di dati personali) e 283 CP (violazione del segreto di voto e elettorale), nonché con i reati di appropriazione indebita.

B. Riserva a favore dell'art. 179octies e dell'obbligo di testimoniare e di fornire informazioni

25 Cvp. 5 chiarisce che restano riservati l'art. 179octies nonché le disposizioni federali e cantonali relative all'obbligo di testimoniare e di fornire informazioni. Per la sorveglianza statale del traffico postale e delle telecomunicazioni si applicano gli art. 269 e seguenti del Codice di procedura penale (CPP) nonché la LSCPT; il Tribunale federale, nella sentenza BGE 126 I 50, ha sottolineato la fondamentale distinzione tra i poteri di intervento dello Stato e la tutela degli obblighi professionali prevista dall'art. 321ter del Codice penale (CP). La **riserva** non ha alcun effetto giustificativo autonomo;

si limita a rimandare alle pertinenti norme di diritto processuale in materia di intervento.

VI. SANZIONE

Si tratta di un delitto punibile con una pena detentiva fino a tre anni o con una pena pecuniaria (cpv. 1). L'art. 321ter CP è un **reato perseguibile d'ufficio**; non è quindi necessaria una denuncia e l'azione penale viene avviata d'ufficio. Il tentativo e la partecipazione sono disciplinati dagli art. 22 e seguenti del CP. 26

BIBLIOGRAFIA

Hansjakob Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich et al. 2018.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan (Hrsg.), StGB JStG. Kommentar zum StGB, JStG und OBG sowie in Auszügen zum SVG, BetmG und AIG, 22. Aufl., Zürich 2026 (zit.: OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. yy).

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht. Basler Kommentar, Bd. II: Art. 137–392 StGB, JStG, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. yy).

Rehberg Jörg, Änderungen im Strafgesetzbuch durch das neue Fernmeldegesetz, AJP 1998, Heft 5, S. 562–568.

Simmler Monika, Working Paper VÜPF Revision, Universität St. Gallen, November 2025, https://www.doi.org/20.500.14171/124767, besucht am 28.4.2026.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2021 (zit.: PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. yy).

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024 (zit.: SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. yy).

Werly Stéphane, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, 2. Aufl., Basel 2025 (zit.: CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. yy).

I MATERIALI

Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1405, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1996/3_1405_1361_1297, besucht am 27.8.2026 (zit.: Botschaft 1996, S. xxx).

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Harmonisierung der Strafrahmen und Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht) vom 25.4.2018, BBl 2018 2827, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2018/1154, besucht am 27.8.2026 (zit.: Botschaft 2018, S. xxx).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 322ter CP

Un commentario di Loris Baumgartner / Marco Hurni

CITAZIONE SUGGERITA

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentario all'art. 322ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: Baumgartner/Hurni, art. 322ter CP N. XXX.

Titolo diciannovesimo: Della corruzione

1. Corruzione di pubblici ufficiali svizzeri.

Corruzione attiva

Art. 322ter

Chiunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, a un funzionario, a un perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, a un arbitro o a un militare, a favore di lui o di terzi, per indurlo a commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento,

è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

STRUTTURA

I. Interesse giuridico tutelato 136
II. Persone coinvolte 136
A. Persona che corrompe (autore del reato) 137
1. Persona fisica 137
2. Persona giuridica 137
B. Persona corrotta (oggetto del reato) 137
1. Membro di un'autorità giudiziaria o di altra natura 138
2. Definizione di pubblico ufficiale 138
3. Esperti nominati ufficialmente 139
4. Traduttori e interpreti nominati ufficialmente 140
5. Membri delle forze armate 140
III. Vantaggio improprio 140
A. Vantaggio 140
1. Vantaggio materiale 140
2. Vantaggio immateriale 141
3. Ulteriori commenti 141
B. Improprietà 142
IV. Il reato 143
A. Offerta, promessa o concessione 143
B. Tentativo 144
V. Corrispettivo 145
A. Connessione con l'attività d'ufficio 145
B. Considerazione in senso stretto 146
1. Decisioni od omissioni contrarie al dovere 146
2. Decisioni discrezionali 146
C. Rapporto di equivalenza 146
VI. Reato soggettivo 147
VII. Reati concorrenti 147
Bibliografia 148
I Materiali 151

I. INTERESSE GIURIDICO TUTELATO

1 I reati di corruzione di pubblici ufficiali tutelano la **fiducia del pubblico** nell'obiettività e nella trasparenza delle attività ufficiali.

2 Alcune dottrine e giurisprudenze ritengono che i reati di corruzione di pubblici ufficiali tutelino altri interessi giuridici. Ad esempio, il Tribunale penale federale ha citato anche la tutela dei diritti umani come parte dell'interesse giuridico protetto dalla corruzione di pubblici ufficiali. Anche la tutela della concorrenza è talvolta considerata un interesse giuridico (co)protetto. Pieth, ad esempio, in relazione al sistema degli appalti pubblici, afferma che è indiscutibile che la concorrenza leale debba essere tutelata anche in base all'aumento dei requisiti e della pressione concorrenziale nel sistema degli appalti pubblici con i reati di corruzione.

3 Sebbene queste opinioni possano essere spesso corrette nella pratica, non colgono nel segno secondo il punto di vista qui espresso: ad esempio, la protezione dei diritti umani è in realtà inestricabilmente legata all'esercizio oggettivo e fattuale dell'azione statale. In altre parole, una violazione dei diritti umani dovrebbe sempre andare di pari passo con un'attività illegale o discriminatoria. Se questa è accompagnata anche da una tangente (cfr. n. 21 e segg.), anche l'area del diritto legale protetto è interessata da una definizione ristretta. Lo stesso vale per la concorrenza leale: se un'attività ufficiale viene svolta in modo oggettivo e reale, la concorrenza non può essere compromessa dal potere statale. Qualsiasi ulteriore compromissione della concorrenza libera e leale deve quindi essere tutelata dalla legge sulla concorrenza e non dalla legge sulla corruzione.

4 In questo contesto, la presente opinione è che i reati di corruzione (domestica) di pubblici ufficiali tutelino **esclusivamente** la fiducia del pubblico nell'obiettività e nell'oggettività degli atti ufficiali.

II. PERSONE COINVOLTE

5 Le persone coinvolte nella corruzione di pubblici ufficiali si dividono in corruttore e corrotto o pubblico ufficiale. Nell'ambito della corruzione attiva di pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 322ter CP, solo il corruttore è un autore di reato idoneo.

A. Persona che corrompe (autore del reato)

1. Persona fisica

L'autore della corruzione attiva di pubblici ufficiali è il corruttore che, offrendo o concedendo un vantaggio indebito, intende indurre la persona corrotta a violare i suoi doveri (ufficiali). **Chiunque**, cioè qualsiasi persona fisica, può essere il corruttore e quindi l'autore dei reati di corruzione attiva. 6

2. Persona giuridica

La situazione delle persone giuridiche deve essere considerata in modo più differenziato. Ai sensi dell'art. 102 cpv. 2 CP, le persone giuridiche possono in linea di principio essere perseguite nell'ambito della cosiddetta responsabilità penale d'impresa concorrente (cfr. sulla responsabilità penale d'impresa sussidiaria, OK-Baumgartner/Hurni, art. 322quater CP N. 4 f.). La responsabilità penale *concorrente* dell'impresa ai sensi dell'art. 102 cpv. 2 CP sussiste se l'impresa può essere accusata di non aver adottato tutte le misure organizzative necessarie e ragionevoli per prevenire la commissione di un reato da catalogo. Poiché la corruzione attiva di pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 322ter CP è un reato di catalogo, la possibilità di una punizione concorrente della società è possibile **indipendentemente** dalla responsabilità penale di una persona fisica. 7

A questo punto va notato solo che la responsabilità penale concorrente della società ai sensi dell'art. 102 cpv. 2 CP non è un reato indipendente, ma una norma di attribuzione. Ciò significa che se sono presenti gli elementi del reato di cui all'art. 102 cpv. 2 CP, l'azienda non si qualifica come “corruttore”. Il corruttore è sempre la persona fisica. L'accusa nei confronti dell'azienda ai sensi dell'art. 102 cpv. 2 CP non è quindi quella di aver commesso il reato di corruzione di pubblici ufficiali in qualità di corruttore, ma piuttosto di non aver adottato tutte le misure ragionevoli per evitare che una persona fisica all'interno dell'organizzazione aziendale commettesse un atto di corruzione nell'ambito delle attività commerciali. 8

B. Persona corrotta (oggetto del reato)

La corruzione di un pubblico ufficiale è punibile solo se la comunicazione di corruzione (cfr. n. 39 e segg., secondo cui, nell'opinione qui espressa, il reato 9

di corruzione è un reato di comunicazione) è fatta **a un pubblico ufficiale**. Sono considerati pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP gli altri funzionari elencati nell'art. 322ter CP. Si tratta di un elenco esaustivo.

1. Membro di un'autorità giudiziaria o di altra natura

10 Una persona è considerata membro di un'autorità giudiziaria o di altra natura se è membro di un organo legislativo, esecutivo o giudiziario dello Stato. È irrilevante che tale organo sia collegiale o meno. Secondo il punto di vista qui espresso, ciò significa che la terminologia di "membro" deve essere intesa in senso non tecnico e che l'appartenenza a un'autorità giudiziaria si riferisce all'appartenenza all'intero tribunale e non a un singolo collegio. Ciò garantisce che, ad esempio, anche un singolo giudice possa essere qualificato come membro di un'autorità giudiziaria e possa quindi essere corrotto. Questo termine include quindi, ad esempio, giudici, membri del parlamento, magistrati e membri di consigli ecclesiastici, scolastici o di altro tipo.

11 In molti casi, questo tipo di pubblico ufficiale può anche soddisfare la definizione di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP.

2. Definizione di pubblico ufficiale

12 L'art. 110 cpv. 3 CP definisce i pubblici ufficiali come i dipendenti di un'amministrazione pubblica e dell'amministrazione della giustizia, nonché le persone che ricoprono provvisoriamente una carica o sono provvisoriamente impiegate da un'amministrazione pubblica o dall'amministrazione della giustizia o che esercitano temporaneamente funzioni ufficiali. È quindi essenziale per l'assunzione dello status di dipendente pubblico che la funzione assegnata sia di natura ufficiale. Tale funzione ufficiale esiste sempre se la funzione è stata delegata per adempiere a un compito pubblico che spetta alla collettività. Nel caso Pierre Maudet, la Corte Suprema Federale ha poi affermato che un "candidato funzionario pubblico" non può essere equiparato a un funzionario pubblico in carica. Se una persona ha un doppio status e agisce come pubblico ufficiale e si candida a una futura elezione, occorre distinguere se il beneficio è legato allo status di pubblico ufficiale o a quello di candidato a una futura elezione.

13 I privati che svolgono funzioni pubbliche sono equiparati ai pubblici ufficiali (cfr. art. 322^{decies} cpv. 2 CP). Questa uguaglianza deriva già dall'interpretazione del concetto di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP, secondo cui il

Codice penale svizzero assume un **concetto istituzionale e funzionale di pubblico ufficiale**.

Tutti gli organi che adempiono a funzioni pubbliche con poteri sovrani ai sensi della legge applicabile sono da considerarsi **pubblici ufficiali istituzionali**. Ciò include, in particolare, tutti gli organi della comunità che rappresentano lo Stato e l'organizzazione amministrativa verso l'esterno. 14

I **funzionari pubblici funzionali**, invece, sono tutte le persone incaricate di svolgere un compito pubblico, indipendentemente dalla forma giuridica del rapporto contrattuale o vincolante con lo Stato. Nella maggior parte dei casi, si tratta di persone impiegate da una società affiliata allo Stato a cui è affidato l'adempimento di un compito pubblico. Le indicazioni per l'assunzione di una carica pubblica funzionale sono quindi, ad esempio, la maggioranza statale delle azioni del gruppo, il controllo della maggioranza dei voti e l'influenza statale sulla nomina degli organi di gestione di questa società. Nella cosiddetta "decisione Gazprom", il Tribunale penale federale ha inoltre stabilito che, nel valutare se una società svolge funzioni pubbliche, si deve tenere conto anche della legge di Stati esteri. La copertura penale dei funzionari pubblici è quindi relativamente ampia. 15

Anche i giudici privati nominati al di fuori dello Stato **su accordo delle parti** per arbitrare o decidere controversie (di diritto privato) sono considerati pubblici ufficiali. La menzione esplicita degli arbitri nella formulazione dell'art. 322ter CP è necessaria in quanto gli arbitri non agiscono in qualità di sovrani anche nel caso di un lodo arbitrale esecutivo. I "funzionari imparziali" delle competizioni sportive non sono considerati arbitri ai sensi dell'art. 322ter CP; tuttavia, la concessione di vantaggi indebiti a funzionari imparziali può costituire un reato di corruzione privata ai sensi dell'art. 322^{octies} f. CP. 16

3. Esperti nominati ufficialmente

I periti nominati ufficialmente sono **esperti** che, grazie alle loro conoscenze specialistiche in un determinato settore, assistono le autorità giudiziarie nell'accertamento di fatti giuridicamente rilevanti. 17

4. Traduttori e interpreti nominati ufficialmente

18 I traduttori e gli interpreti ufficiali sono le persone ausiliarie delle autorità e dei tribunali che traducono dichiarazioni e documenti in lingua straniera. Il diritto processuale cantonale e federale ne stabilisce i dettagli.

5. Membri delle forze armate

19 Sono considerati membri delle forze armate tutte le persone che prestano **servizio militare** sulla base di un servizio militare obbligatorio o volontario. Ciò include tutti gli ufficiali, i sottufficiali, i soldati semplici e i soldati delle forze armate, il servizio militare femminile e il servizio della Croce Rossa.

20 I membri delle forze armate sono menzionati solo nel caso di reati di corruzione attiva, poiché la responsabilità penale della corruzione passiva da parte dei membri delle forze armate è disciplinata esclusivamente dagli artt. 142 e segg. MStG.

III. VANTAGGIO IMPROPRIO

A. Vantaggio

21 Lo **strumento** dei reati di corruzione è il vantaggio indebito concesso dal corruttore al corrotto. Ciò include vantaggi a favore del corruttore e di terzi.

22 Tutti i vantaggi gratuiti, sia **materiali che immateriali**, sono considerati vantaggi indebiti.

1. Vantaggio materiale

23 Il vantaggio è materiale se si traduce in un **vantaggio** economico o legale oggettivamente misurabile. Si tratta principalmente di prestazioni in denaro, prestazioni in natura o prestazioni con un certo valore di mercato, nonché di una rinuncia a rivendicazioni. I vantaggi legali includono l'evitamento di una sanzione o la proroga di una scadenza. In pratica, spesso si cerca di mascherare la natura gratuita del beneficio concludendo transazioni fittizie. Sono frequenti i contratti di consulenza fittizi, le fatture gonfiate o la concessione di prestiti non in linea con il mercato. Tali operazioni sono qualificate come beneficio se la prestazione e il corrispettivo non

corrispondono economicamente. In tal caso, è necessario utilizzare come parametro di riferimento le condizioni standard di mercato.

2. Vantaggio immateriale

Un vantaggio è immateriale se si tratta di un vantaggio sociale o professionale, di un sostegno elettorale, di un matrimonio vantaggioso, di una promozione e di onorificenze o di favori sessuali. La dottrina **critica** questa definizione **come troppo ampia**, poiché in realtà tutto può essere considerato un vantaggio immateriale. Inoltre, la maggior parte dei vantaggi immateriali è almeno indirettamente misurabile in termini materiali. 24

Il consenso a un barbecue in comune o a un'uscita serale non sono considerati benefici immateriali. 25

Secondo l'opinione qui espressa, per affermare l'esistenza di un vantaggio non è decisivo che questo possa essere necessariamente classificato come vantaggio tangibile o intangibile. Il fattore decisivo è piuttosto che il beneficiario del vantaggio percepisca un miglioramento giuridico, economico o personale oggettivamente misurabile come risultato della concessione di tale vantaggio. 26

3. Ulteriori commenti

Il mero **rimborso delle spese** sostenute dal beneficiario in seguito al compimento di un'azione contraria ai doveri d'ufficio o discrezionale non costituisce un vantaggio, poiché in questo caso non si verifica né un miglioramento giuridico né un miglioramento di fatto. Pertanto, il (successivo) rimborso delle spese effettivamente sostenute e a carico del destinatario stesso non costituisce una donazione ai sensi del reato, nemmeno nel caso di un atto ufficiale in violazione dei doveri d'ufficio. Tuttavia, se il contributo del donatore supera anche solo in minima parte le spese del ricevente, questo deve essere considerato un beneficio. Va inoltre notato che la successiva concessione di un vantaggio per una precedente violazione del dovere non costituisce corruzione. 27

Ciò è dovuto al cosiddetto **requisito del futuro**. Ciò significa che la concessione del vantaggio indebito deve essere finalizzata a una futura azione o omissione da parte del pubblico ufficiale in violazione del dovere. La questione se la corruzione di pubblici ufficiali richieda un requisito futuro è 28

controversa tra gli studiosi; mentre alcuni studiosi rifiutano il requisito futuro, questa opinione è fortemente criticata da altre voci in dottrina e in giurisprudenza.

29 L'art. 135 cpv. 1 dell'aStGB prevedeva ancora espressamente che l'atto ufficiale in violazione del dovere dovesse essere un atto ufficiale futuro. Sebbene questa disposizione esplicita sia stata abrogata con la revisione del diritto penale della corruzione, l'opinione qui sostenuta è che il requisito di un atto futuro debba **essere** ancora **rispettato**. Una ricompensa successiva per un'azione o un'omissione da parte di un pubblico ufficiale in violazione dei suoi doveri non è in grado di intaccare l'interesse giuridico tutelato in questo caso, poiché la fiducia del pubblico nell'obiettività delle attività ufficiali non viene intaccata da un atto di corruzione.

30 Se il requisito del futuro dovesse essere abbandonato, sarebbe anche discutibile l'esistenza di un **rapporto di equivalenza** (cfr. n. 49 e segg.; la responsabilità penale basata sulla concessione di un vantaggio ai sensi dell'art. 322quinquies CP potrebbe essere concepibile, cfr. OK-Baumgartner-Hurni, art. 322quinquies n. 6 e segg.)

31 Il requisito del futuro è soddisfatto se un'attività in violazione del dovere viene svolta senza la concessione di un vantaggio indebito, ma tale vantaggio è già stato **concordato**. Questa costellazione di casi soddisfa il reato di promessa di un vantaggio indebito (cfr. N. 37).

B. Improprietà

32 Affinché la concessione di un vantaggio sia punibile nel contesto della corruzione di pubblici ufficiali, deve trattarsi di un vantaggio indebito.

33 Un vantaggio è improprio se il destinatario del vantaggio **non è autorizzato** ad accettarlo. “Improprio” e ‘illecito’ possono quindi essere usati come sinonimi.

34 Tuttavia, per l'accettazione di un vantaggio lecito non è assolutamente necessario che il pubblico ufficiale abbia un diritto legale diretto ad accettarlo. In particolare, anche i benefici concessi sulla base di un contratto sono dovuti, purché la legge o le norme amministrative delle autorità (il cosiddetto Codice di condotta) lo prevedano. Inoltre, l'art. 322decies cpv. 1 CP contiene disposizioni speciali sui vantaggi autorizzati da terzi o sui vantaggi

minori e socialmente consueti, che non sono mai impropri (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322decies n. 2 e segg.).

IV. IL REATO

Infine, il reato in senso stretto consiste nell'offerta, promessa o concessione del vantaggio indebito da parte del corruttore al pubblico ufficiale a vantaggio di quest'ultimo o di un terzo. Il reato può essere commesso in modo esplicito o implicito. 35

A. Offerta, promessa o concessione

Con la variante dell'**offerta** si intende la richiesta di concludere un accordo di corruzione. Si tratta quindi di una dichiarazione d'intenti unilaterale da parte del corruttore con il contenuto della dichiarazione di concedere al destinatario un vantaggio indebito per un'azione o un'omissione del pubblico ufficiale in violazione dei suoi doveri. L'offerta di un vantaggio indebito è una dichiarazione di intenti che deve essere ricevuta; accettando l'offerta, il corruttore è obbligato a fornire il vantaggio. Non è decisivo se il pagamento di un vantaggio indebito concordato contrattualmente possa essere (obbligatoriamente) eseguito secondo il diritto civile se il pubblico ufficiale accetta l'offerta. 36

Il reato alternativo della **promessa** rappresenta la fase contrattuale (di negoziazione) in cui il vantaggio indebito è stato *offerto* e *accettato* dal potenziale beneficiario del vantaggio. Le parti hanno quindi concordato l'obbligo corruttivo. La fase avanzata del reato di corruzione per l'offerta di un vantaggio indebito non ha alcuna influenza sull'entità della pena astratta. Al massimo, la fase avanzata del reato viene presa in considerazione nel contesto della componente di gravità oggettiva del reato, che aumenta la pena. 37

Infine, il reato di **concessione di** un vantaggio indebito si considera commesso se, dopo la fase della *promessa di* un vantaggio indebito, questo stesso vantaggio viene anche consegnato. Il corruttore adempie quindi alla prestazione concordata e dovuta in base all'accordo di corruzione con il pubblico ufficiale a favore del pubblico ufficiale o di un terzo. Il messaggio sulla revisione del diritto penale sulla corruzione elenca già i vantaggi indebiti ai parenti stretti di un pubblico ufficiale come un reato adeguato. È particolarmente difficile tracciare una linea di demarcazione nel caso in cui il 38

vantaggio indebito sia offerto, promesso o concesso a un'organizzazione sociale o non materiale con la quale il pubblico ufficiale non è strettamente legato. Secondo il parere espresso in questa sede, il termine “terzo” deve essere interpretato in senso ampio. La fiducia del pubblico nell'obiettività delle attività ufficiali viene violata anche nel caso in cui il funzionario pubblico prenda una decisione discrezionale basata su incentivi non oggettivi a favore di un'organizzazione idealista con cui il funzionario pubblico è strettamente associato senza ragioni oggettive. Un esempio potrebbe essere un accordo in base al quale il funzionario pubblico, in quanto grande tifoso di una squadra di calcio, compie un atto discrezionale a favore di un corruttore che, in cambio, dà alla squadra di calcio una somma di denaro. Si tratta di un vantaggio indebito a favore di un'organizzazione sociale che non è vicina al pubblico ufficiale per ragioni oggettive.

B. Tentativo

39 Non è stato completamente chiarito come debba essere concettualizzato il tentativo di corruzione di un pubblico ufficiale, né l'intensità o la precisione con cui il pubblico ufficiale deve aver ricevuto l'offerta di corruzione. Le varianti di reato dell'offerta e della promessa rappresentano entrambe la promessa di un vantaggio senza che il vantaggio sia stato (già) trasmesso. L'accettazione dell'offerta da parte del pubblico ufficiale non è necessaria per completare il reato; è sufficiente che l'offerta sia effettivamente giunta al pubblico ufficiale. Il reato si **perfeziona** con l'offerta e l'arrivo dell'offerta. Tuttavia, è controverso se il pubblico ufficiale debba effettivamente aver preso atto dell'offerta. Secondo l'opinione espressa in questa sede, non vi sono argomentazioni convincenti sul perché dovrebbe essere necessario che il pubblico ufficiale prenda atto dell'offerta per integrare il reato alternativo di offerta. Piuttosto, deve essere sufficiente che l'offerta di una tangente raggiunga il pubblico ufficiale per realizzare il reato alternativo di offerta; in questo caso, il corruttore ha fatto tutto ciò che è necessario da parte sua per realizzare il reato. Il reato di corruzione è quindi un **reato di comunicazione**.

40 Ciò significa che, secondo gli autori, un tentativo di corruzione attiva di un pubblico ufficiale può essere possibile solo se l'offerta fatta **non raggiunge** il pubblico ufficiale, per qualsiasi motivo, o non è riuscita a penetrare nell'area di accesso del pubblico ufficiale. Nel momento in cui l'offerta di una tangente

ha raggiunto l'area di accesso del pubblico ufficiale, il reato del corruttore è completo e deve essere punito per corruzione attiva di pubblico ufficiale. Nel caso delle alternative di reato della promessa e della concessione, il pubblico ufficiale ha necessariamente preso atto dell'offerta del corruttore e l'ha anche accettata, per cui la questione discussa sopra riguardo a queste alternative di reato non si pone affatto. Se si affermano questi reati alternativi, c'è sempre un reato compiuto (e finito).

Finché il corruttore non ha ancora iniziato a comunicare l'indebito vantaggio 41
al pubblico ufficiale, il reato è solo un **atto preparatorio non punibile**. Un esempio è il caso in cui il corruttore abbia scritto e firmato una lettera in cui offre un vantaggio indebito al pubblico ufficiale, ma non l'abbia ancora inviata. In questo caso, si è in presenza di un atto preparatorio non punibile. Nel momento in cui la persona che offre la tangente ha inviato la lettera ma l'ufficio postale la perde, si configura un tentativo di corruzione attiva di un pubblico ufficiale. Se la Posta consegna la lettera e il funzionario pubblico la riceve, si configura una corruzione attiva di un pubblico ufficiale punita dalla legge; ciò vale anche se il funzionario pubblico mette la lettera non aperta nella carta straccia.

V. CORRISPETTIVO

La promessa, l'offerta o la concessione del vantaggio indebito devono essere 42
effettuate in relazione a un corrispettivo da parte del pubblico ufficiale che deriva dai suoi doveri d'ufficio.

A. Connessione con l'attività d'ufficio

La contropartita del pubblico ufficiale deve essere collegata ai suoi doveri 43
d'ufficio, altrimenti non si può parlare di corruzione di pubblici ufficiali. In tal caso, la corruzione privata dovrebbe essere esaminata se il pubblico ufficiale ha un ulteriore rapporto di diritto privato con un preside.

La dottrina prevalente persegue una definizione ampia di comportamento 44
ufficiale. Di conseguenza, il collegamento con l'attività ufficiale non esiste sempre e solo se il pubblico ufficiale agisce **nell'ambito della sua effettiva sfera di responsabilità**, ma può già esistere se l'azione del pubblico ufficiale è possibile anche solo per la sua posizione all'interno dell'ufficio. Di conseguenza, è sufficiente ipotizzare un collegamento con l'attività ufficiale

anche se le azioni si svolgono al di fuori dell'area di responsabilità del funzionario, purché sia possibile attribuirle alla "sua" autorità. Non è richiesto un effettivo potere decisionale del titolare dell'ufficio in una materia specifica.

B. Considerazione in senso stretto

45 L'azione o l'omissione compiuta o richiesta dal pubblico ufficiale deve essere **contraria al dovere o a discrezione** del pubblico ufficiale.

1. Decisioni od omissioni contrarie al dovere

46 Un'azione o un'omissione da parte di un pubblico ufficiale è contraria al dovere se viola una **norma** (di diritto pubblico) che descrive il comportamento del pubblico ufficiale. Anche la violazione di una direttiva ufficiale o di un ordine amministrativo può costituire una violazione del dovere. Le attività puramente extralavorative non costituiscono una violazione del dovere.

47 Esiste un caso particolare per quanto riguarda gli **arbitri**, in quanto il loro comportamento doveroso si basa esclusivamente su norme di diritto privato o su disposizioni contrattuali. In questo caso, le norme di diritto privato e le disposizioni contrattuali devono essere considerate come doveri d'ufficio e la loro violazione costituisce una violazione dei doveri dell'arbitro rilevante ai sensi della legge sulla corruzione.

2. Decisioni discrezionali

48 La corruzione di pubblici ufficiali copre anche gli atti o le omissioni che sono a**discrezione del pubblico ufficiale**. Le decisioni discrezionali sono sempre coperte dalla corruzione di pubblici ufficiali, anche se la decisione discrezionale non è oggettivamente discutibile; non è necessario che la discrezionalità sia stata oltrepassata, violata o abusata o che sia inappropriata. La decisione discrezionale è quindi sempre considerata rilevante ai fini del diritto penale della corruzione non appena si basa su motivazioni irrilevanti o su una procedura errata.

C. Rapporto di equivalenza

49 Infine, la corruzione ai sensi del diritto penale può esistere solo se esiste un rapporto di equivalenza tra il vantaggio indebito concesso dal corruttore al

destinatario del vantaggio e il corrispettivo pagato dal pubblico ufficiale. Si suppone che il pubblico ufficiale fornisca il suo corrispettivo, cioè la sua attività ufficiale, proprio in virtù della prestazione del corruttore. Deve quindi esistere **un accordo effettivo tra** il corruttore e il pubblico ufficiale **per commettere un reato**.

Esiste un rapporto di equivalenza se il vantaggio indebito è offerto proprio per l'azione o l'omissione del pubblico ufficiale in violazione del dovere. In altre parole, il vantaggio deve essere offerto **in cambio** di una violazione del dovere o di una decisione discrezionale sufficientemente specifica o determinabile. Tuttavia, questo atto in violazione del dovere non deve necessariamente essere identificato in modo specifico e dettagliato. 50

Per provare un rapporto di equivalenza, non è necessario che l'accordo illecito sia determinato in modo specifico per ciascun beneficio e per ciascun atto in violazione del dovere. È sufficiente che la **natura dell'** atto del pubblico ufficiale sia determinata dall'accordo sull'ingiustizia. Questa tesi è sostenuta anche dalla dottrina prevalente, che richiede la determinabilità, un corrispettivo sufficientemente specifico o un corrispettivo il cui contenuto materiale sia almeno approssimativamente noto. 51

I rapporti di amicizia tra il corruttore e il pubblico ufficiale non escludono la corruzione come risultato della concessione di un vantaggio indebito. In tale costellazione può esistere anche un rapporto equivalente. 52

VI. REATO SOGGETTIVO

La corruzione attiva di pubblici ufficiali è un reato doloso, sebbene sia sufficiente anche il dolo eventuale. La consapevolezza e l'intenzione del corruttore devono riguardare la realizzazione di tutti gli elementi oggettivi del reato, compreso in particolare il rapporto di equivalenza. 53

VII. REATI CONCORRENTI

L'art. 322ter CP prevale sull'art. 168 CP (corruzione nell'ambito dell'esecuzione). 54

L'art. 322ter CP esclude l'art. 322^{quniquies} CP in quanto reato generale. 55

56 L'art. 322ter CP e l'art. 322^{quater} CP sono l'uno l'immagine speculare dell'altro, motivo per cui non è possibile stabilire la partecipazione o la complicità nel contro reato. Se la persona corrotta commette un reato come conseguenza della corruzione, quest'ultima è in vero e proprio concorso ideale con l'istigazione a commettere un reato. Tra i possibili reati penali figurano l'art. 293 CP (pubblicazione di trattative ufficiali segrete), l'art. 305 CP (favoritismi), l'art. 307 CP (falsa testimonianza), l'art. 312 CP (abuso d'ufficio), l'art. 314 CP (cattiva condotta in ufficio), l'art. 317 CP (falsificazione di documenti in ufficio), l'art. 319 CP (evasione di prigionieri) e l'art. 320 CP (violazione del segreto d'ufficio).

57 Il rapporto tra l'art. 322ter CP e la corruzione di pubblici ufficiali stranieri o la corruzione di privati è controverso tra gli studiosi. Pieth, ad esempio, ipotizza una vera e propria concorrenza a causa dei diversi interessi giuridici coinvolti. Secondo Hilti, invece, non esiste alcun concorso, in quanto i reati si escludono a vicenda. Si deve seguire questo punto di vista. Pertanto, è presente o la corruzione di un pubblico ufficiale nazionale o di un pubblico ufficiale straniero. Se la persona coinvolta nella corruzione non può essere classificata come pubblico ufficiale, si ritiene che si sia verificata la corruzione di un privato.

BIBLIOGRAFIA

Arzethauser Martin, Die Vorteilsgewährung bzw. die Vorteilsannahme nach dem revidierten Schweizerischen Korruptionsstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der unteren Begrenzung der Strafbarkeit im Rahmen der Sozialadäquanz und der freiwilligen Mitfinanzierung öffentlicher Aufgaben, Basel, 2001.

Arzt Gunther, Über Korruption, Moral und den kleinen Unterschied, recht 2001, S. 41-50 (zit. Arzt, Moral).

Arzt Gunther, Unternehmensstrafbarkeit, Fernwirkungen im materiellen Strafrecht, recht 2004, S. 213-223 (zit.: Arzt, Unternehmensstrafbarkeit).

Balmelli Marco, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1996.

Baudenbacher Carl/Glöckner Jochen, Kommentierung zu Art. 4 UWG, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel 2001.

Cassani Ursula, Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires, plädoyer 3(1997), S. 44-48.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Frick Tanja, Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis, Zürich 2004.

Gerber Rudolf, Zur Annahme von Geschenken durch Beamtete des Bundes, ZStrR 1979, S. 243-263.

Gfeller Diego R., Die Privatbestechung, Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Basel 2010.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004 (zit.: Jositsch, Korruptionsstrafrecht).

Jositsch Daniel, Der Tatbestand des Anfütterns im Korruptionsstrafrecht, ZStrR 2000, S. 53-66 (zit. Jositsch, Anfüttern).

Jositsch Daniel, Der Tatbestand der Privatbestechung, sic! 2006, S. 829-838 (zit.: Jositsch, Tatbestand).

Kaiser Rudolf, Drittmittel, Sponsoring und Fundraising, ZStStr Band 49, Zürich et al. 2008 (zit. Kaiser, Sponsoring).

Mausbach Julian/Straub Peter, Kommentierung zu Art. 110 StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Meili Raffael, Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung, Zürich 2018.

Meise Barbara/Huguenin Claire, Kommentierung zu Art. 19/20 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 7. Aufl., Basel 2020.

Mingard Roxanne, L'avantage indu dans les infractions relatives à la corruption, ZStrR 2 (2010), Zürich 2010.

Müller Christof, Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG, Bamberg 1997.

Niggli Marcel Alexander/Gfeller Diego R., Kommentierung zu Art. 102 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl., Basel 2019.

Niggli Marcel Alexander/Mäder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 195-238.

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 110 Abs. 3 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl., Basel 2019.

Perrin Bertrand, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse, Basel 2008.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{octies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846 (zit.: Pieth, Wirtschaftsstrafrecht).

Pieth Mark, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter 19.2.2018 (zit. Pieth, Unternehmenshaftung).

Steinbeisser Adrian, Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbs-rechtlicher Hinsicht, Basel 1977.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil Bd. 2, 7. Aufl., Bern 2013.

Tercier Pierre, La corruption et le droit des contrats, SJ 1999 II, S. 225-271.

Trechsel Stefan, Kommentierung zu Vor Art. 322ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Trechsel Stefan/Jean-Richard Marc, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Vasella Juana, Zivilrechtlicher Schutz vor Korruption im Privatsektor, in: Vasella Juana (Hrsg.), Von A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess, Liber discipulorum für Prof. Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, Bern 2018, S. 71-102.

Weber Daniel S./Baumgartner Loris, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, AJP 2023, S. 437-445.

I MATERIALI

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 322quater CP

Un commentario di Loris Baumgartner / Marco Hurni

CITAZIONE SUGGERITA

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentario all'art. 322quater CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: Baumgartner/Hurni, art. 322quater CP N. XXX.

Corruzione passiva

Art. 322quater

Chiunque, in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio, per sé o per terzi, per commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

STRUTTURA

I. Osservazioni preliminari 155
II. Interesse giuridico protetto 155
III. Perpetrazione 155
IV. Vantaggio indebito 156
V. Reato 156
VI. Considerazioni 157
VII. Elementi soggettivi del reato 157
VIII. Reati concorrenti 157
Bibliografia 158

I. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

La corruzione passiva di pubblici ufficiali è l'**immagine speculare del reato** di corruzione attiva di pubblici ufficiali e incrimina il pubblico ufficiale che chiede, si lascia promettere o accetta un vantaggio indebito in cambio di un atto d'ufficio contrario ai suoi doveri o discrezionale. 1

II. INTERESSE GIURIDICO PROTETTO

L'interesse giuridico protetto è **identico** a quello della corruzione attiva di pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 1 e segg.). 2

III. PERPETRAZIONE

L'autore della corruzione passiva di pubblici ufficiali è il pubblico ufficiale (si veda l'elenco in OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 10 e segg.). Solo una persona che ricopre una carica può essere perseguita per corruzione passiva di pubblico ufficiale. L'art. 322quater CP è quindi un **reato speciale**. 3

Nell'ambito della **responsabilità penale** sussidiaria **delle imprese**, è teoricamente ipotizzabile che anche una società possa essere perseguita per corruzione passiva di pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 102 cpv. 1 CP, in particolare se si tratta di una società statale o a economia mista. Per qualificarsi come società a partecipazione statale o a economia mista, è fondamentale che il settore pubblico eserciti il controllo sulla società e che questa svolga una funzione pubblica. Ne sono un esempio le istituzioni di diritto pubblico come la SUVA o le società di diritto speciale come le Ferrovie Federali Svizzere FFS, la Posta Svizzera SA, Swisscom SA o le società per azioni di diritto delle obbligazioni in cui il settore pubblico controlla la società, come l'Aeroporto di Zurigo SA. Secondo l'attuale giurisprudenza del Tribunale federale, tuttavia, le banche cantonali non dovrebbero essere considerate società statali, nonostante la base giuridica speciale. 4

Naturalmente, in questo caso, devono essere esaminati i requisiti (rigorosi) della responsabilità penale sussidiaria delle società ai sensi dell'art. 102 cpv. 1 CP. Tali requisiti sono soddisfatti se una persona fisica commette un reato nello svolgimento di attività commerciali per l'impresa statale nell'ambito del suo scopo sociale e non è possibile attribuire questo reato o l'atto o 5

l'omissione a una persona fisica specifica a causa della **mancanza di organizzazione**. L'applicazione della responsabilità penale sussidiaria delle imprese è quindi teoricamente ipotizzabile anche per la corruzione passiva di pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 322quater CP. In pratica, tuttavia, è improbabile che la responsabilità penale sussidiaria delle società venga mai applicata, poiché i requisiti per provare la commissione del reato da parte di una persona fisica (sconosciuta) come condizione oggettiva per la responsabilità penale sono di fatto impossibili da dimostrare per le autorità giudiziarie.

IV. VANTAGGIO INDEBITO

6 Il concetto di vantaggio indebito corrisponde a quello di corruzione attiva di pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 21 e segg.).

V. REATO

7 Il reato consiste nel richiedere, farsi promettere o accettare il vantaggio indebito da parte del pubblico ufficiale.

8 Per **richiesta** si intende una dichiarazione unilaterale di intenti da parte del pubblico ufficiale, in base alla quale il pubblico ufficiale chiede al corruttore di fornire un vantaggio indebito. La comunicazione di tale richiesta può essere esplicita o implicita. Il reato si perfeziona nel momento in cui la richiesta giunge al destinatario. Il tentativo può quindi sussistere solo se il pubblico ufficiale ha inviato la richiesta al destinatario ma, per qualsiasi motivo, non la riceve o non la raggiunge (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 39 e segg.).

9 Per reato di **accettazione della promessa** si intende l'accettazione esplicita o implicita di un'offerta di tangente. Il vantaggio indebito viene pagato in un secondo momento.

10 Il reato di **accettazione di** un vantaggio indebito si configura nel momento in cui il pubblico ufficiale ha accettato il vantaggio indebito. È possibile che il pubblico ufficiale si renda conto solo dopo aver accettato il vantaggio indebito che si tratta di un vantaggio indebito. In tale situazione, la dottrina ritiene che il reato di accettazione di un vantaggio indebito si realizzi se il pubblico ufficiale ne trae un beneficio. Secondo l'opinione espressa in questa sede, tutti

i reati di corruzione sono reati di comunicazione (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter CP n. 39). Il reato si completa con l'accettazione di un vantaggio indebito. Di conseguenza, secondo l'opinione qui espressa, deve essere sufficiente che la persona corrotta voglia soggettivamente beneficiare del vantaggio indebito o che la persona corrotta presuma soggettivamente di poterne beneficiare, anche se ciò non è oggettivamente possibile. Questo è quindi il caso in cui il pubblico ufficiale riconosca la natura del beneficio come vantaggio indebito e non lo restituisca né lo consegni al capo dell'ufficio, ma intenda invece compiere successivamente un atto d'ufficio in violazione del dovere. Tuttavia, se il pubblico ufficiale continua a essere convinto della liceità dell'accettazione del vantaggio, tale situazione deve essere esaminata secondo le regole dell'errore di fatto ai sensi dell'art. 13 CP.

VI. CONSIDERAZIONI

Gli elementi del reato di violazione dei doveri in relazione all'attività d'ufficio, o al rapporto equivalente, corrispondono a quelli della corruzione attiva di pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 42 e segg.). 11

VII. ELEMENTI SOGGETTIVI DEL REATO

In termini soggettivi, è richiesto il dolo, mentre è sufficiente il dolo eventuale. Il dolo eventuale è ipotizzabile, ad esempio, nei casi in cui il pubblico ufficiale esprima solo casualmente l'offerta di una tangente o la volontà di corrompere il corruttore nel corso di una conversazione, ma il pubblico ufficiale accetti che il corruttore sia a conoscenza di tali dichiarazioni. Il fatto che il pubblico ufficiale abbia l'intenzione di lasciarsi effettivamente influenzare dall'indebito vantaggio è irrilevante, poiché l'effettivo compimento dell'atto in violazione del dovere non è necessario per soddisfare gli elementi del reato (cfr. N. 6 e segg.). 12

VIII. REATI CONCORRENTI

Cfr. OC-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 56 sul rapporto con l'Art. 322quater. 13

L'art. 322sexies è sostituito come reato generale dall'art. 322quater. 14

15 Per quanto riguarda i reati contro i doveri d'ufficio e professionali, esiste una vera e propria concorrenza a causa dei diversi interessi giuridici tutelati (cfr. OC-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 56).

16 Il rapporto tra l'art. 168 cpv. 3 e l'art. 322quater è controverso, anche se si può generalmente ritenere che l'art. 322quater abbia la precedenza a causa della maggiore minaccia di pena.

BIBLIOGRAFIA

Balmelli Marco, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1996.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Kaiser Rolf, Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts, Zürich 1999.

Niggli Marcel Alexander/Mäder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 195-238.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846 (zit. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht).

Weber Daniel S./Baumgartner Loris, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, AJP 2023, S. 437-445.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 322quinquies CP

Un commentario di Loris Baumgartner / Marco Hurni

CITAZIONE SUGGERITA

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentario all'art. 322quinquies CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: Baumgartner/Hurni, art. 322quinquies CP N. XXX.

Concessione di vantaggi

Art. 322quinquies

Chiunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, a un funzionario, a un perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, a un arbitro o a un militare, a favore di lui o di terzi, in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

STRUTTURA

I. Osservazioni preliminari 161
II. Interesse giuridico protetto 161
III. Soggetti coinvolti 161
IV. Vantaggio indebito 161
V. Reato 161
VI. In relazione all'esercizio di funzioni ufficiali 161
VII. Elementi soggettivi del reato 162
VIII. Reati concorrenti 162
Bibliografia 162

I. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Le 1
fattispecie penali di concessione e accettazione di vantaggi ai sensi dell'art. 322quinquies f. CP disciplinano la cosiddetta " **alimentazione"** attraverso "doni" e "pagamenti di avviamento" non direttamente collegati a un atto ufficiale, ma semplicemente concessi in vista di tale atto.

II. INTERESSE GIURIDICO PROTETTO

L'interesse giuridico protetto è **identico** a quello della corruzione attiva di 2
pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 1 e segg.).

III. SOGGETTI COINVOLTI

Chiunque può essere l'autore della concessione di un vantaggio (cfr. l'elenco 3
in OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 6 e segg.). A loro volta, i funzionari pubblici possono essere destinatari di vantaggi (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 10 e segg.).

IV. VANTAGGIO INDEBITO

Il concetto di vantaggio indebito corrisponde a quello di corruzione attiva di 4
pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 24 e segg.).

V. REATO

Il reato consiste nell'offerta, promessa o concessione di un vantaggio indebito 5
(cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 38 e segg.) .

VI. IN RELAZIONE ALL'ESERCIZIO DI FUNZIONI UFFICIALI

Nell'ambito del reato di concessione di un vantaggio, è richiesto un rapporto 6
di equivalenza modificato: La concessione di un vantaggio non deve essere necessariamente correlata a uno specifico atto ufficiale (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 52 e segg.), ma è sufficiente che il vantaggio indebito sia concesso **in relazione all'esercizio di funzioni ufficiali**. Un vantaggio

indebito è concesso in relazione all'atto d'ufficio se la concessione di tale vantaggio è in grado di influenzare la futura condotta del titolare della carica.

7 In altre parole, lo scopo del reato di concessione di un vantaggio indebito è quello di rendere penalmente perseguibile la **coltivazione di una** relazione con un pubblico ufficiale. Ciò avviene se il vantaggio concesso ha lo scopo di favorire in generale il pubblico ufficiale con il mittente del vantaggio. In questo contesto, la concessione di un vantaggio funge da reato principale per la corruzione attiva di pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 322ter CP. Ciò è particolarmente rilevante nella pratica se la prova di un accordo illecito non viene raggiunta (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 54).

8 Il vantaggio concesso deve essere in grado di influenzare la futura condotta della carica. In questo contesto, i doni sociali consueti sono esclusi come motivo di responsabilità penale (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322^{decies} N. 7 e segg.).

VII. ELEMENTI SOGGETTIVI DEL REATO

9 Dal punto di vista soggettivo è richiesto il **dolo**, mentre è sufficiente il dolo eventuale.

VIII. REATI CONCORRENTI

10 L'art. 322^{quinquies} e l'art. 322^{sexies} sono speculari l'uno all'altro, pertanto non è possibile il concorso o la complicità nel contro reato.

11 Cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 58 per quanto riguarda il rapporto con l'Art. 322^{quinquies}.

BIBLIOGRAFIA

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{quinquies} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{quinquies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 322sexies SCC

Un commentario di Loris Baumgartner / Marco Hurni

CITAZIONE SUGGERITA

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentario all'art. 322sexies CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: Baumgartner/Hurni, art. 322sexies SCC N. XXX.

Accettazione di vantaggi

Art. 322^{sexies}

Chiunque, in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio, per sé o per terzi, in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

STRUTTURA

I. Osservazioni preliminari 167
II. Interesse giuridico protetto 167
III. Soggetti coinvolti 167
IV. Vantaggio indebito 167
V. Reato 167
VI. In relazione all'esercizio di funzioni ufficiali 167
VII. Elementi soggettivi del reato 168
VIII. Reati concorrenti 168
Bibliografia 168

I. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Le fattispecie penali di concessione e accettazione di vantaggi ai sensi dell'art. 322quinquies f. CP disciplinano la cosiddetta "**alimentazione**" attraverso "doni" e "pagamenti di avviamento" non direttamente collegati a un atto ufficiale, ma semplicemente concessi in vista di tale atto. 1

II. INTERESSE GIURIDICO PROTETTO

L'interesse giuridico protetto è **identico** a quello della corruzione attiva di pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 1 e segg.). 2

III. SOGGETTI COINVOLTI

Chiunque può essere l'autore della concessione di un vantaggio (cfr. l'elenco in OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 6 e segg.). A loro volta, i funzionari pubblici possono essere destinatari di vantaggi (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 10 e segg.). 3

IV. VANTAGGIO INDEBITO

Il concetto di vantaggio indebito corrisponde a quello di corruzione attiva di pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 24 e segg.). 4

V. REATO

Il reato consiste nell'offerta, promessa o concessione di un vantaggio indebito (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 38 e segg.). 5

VI. IN RELAZIONE ALL'ESERCIZIO DI FUNZIONI UFFICIALI

Nell'ambito del reato di concessione di un vantaggio, è richiesto un rapporto di equivalenza modificato: La concessione di un vantaggio non deve essere necessariamente correlata a uno specifico atto ufficiale (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 52 e segg.), ma è sufficiente che il vantaggio indebito sia concesso **in relazione all'esercizio di funzioni ufficiali**. Un vantaggio indebito è concesso in relazione all'atto d'ufficio se la concessione di tale vantaggio è in grado di influenzare la futura condotta del titolare della carica. 6

7 In altre parole, lo scopo del reato di concessione di un vantaggio indebito è quello di rendere penalmente perseguibile la **coltivazione di una** relazione con un pubblico ufficiale. Ciò avviene se il vantaggio concesso ha lo scopo di favorire in generale il pubblico ufficiale con il mittente del vantaggio. In questo contesto, la concessione di un vantaggio funge da reato principale per la corruzione attiva di pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 322ter CP. Ciò è particolarmente rilevante nella pratica se la prova di un accordo illecito non viene raggiunta (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 54).

8 Il vantaggio concesso deve essere in grado di influenzare la futura condotta della carica. In questo contesto, i doni sociali consueti sono esclusi come motivo di responsabilità penale (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322^{decies} N. 7 e segg.).

VII. ELEMENTI SOGGETTIVI DEL REATO

9 Dal punto di vista soggettivo è richiesto il **dolo**, mentre è sufficiente il dolo eventuale.

VIII. REATI CONCORRENTI

10 L'art. 322^{quinquies} e l'art. 322^{sexies} sono speculari l'uno all'altro, pertanto non è possibile il concorso o la complicità nel contro reato.

11 Cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 58 per quanto riguarda il rapporto con l'Art. 322^{quinquies}.

BIBLIOGRAFIA

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{sexies} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{sexies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 322septies CP

Un commentario di Loris Baumgartner / Marco Hurni

CITAZIONE SUGGERITA

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentario all'art. 322septies CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: Baumgartner/Hurni, art. 322septies CP N. XXX.

2. Corruzione di pubblici ufficiali stranieri

Art. 322^{septies}

Chiunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, a un funzionario, a un perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, a un arbitro o a un militare di un Paese straniero o di un'organizzazione internazionale, a favore di lui o di terzi, per indurlo a commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento,

chiunque in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, di arbitro o di militare di un Paese straniero o di un'organizzazione internazionale domanda, si fa promettere o accetta,

per sé o per terzi, un indebito vantaggio per commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento,

è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

STRUTTURA

I. Osservazioni preliminari 172
A. Corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri 172
B. Corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri 174
II. Conflitti 175
Bibliografia 175
I Materiali 175

I. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

1 L'art. 322septies CP tutela gli **stessi interessi legali** della corruzione nazionale di pubblici ufficiali (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 1 e segg.). Tuttavia, l'ambito di applicazione è esteso agli Stati esteri e alle organizzazioni internazionali.

2 Ad eccezione dell'estensione della persona da corrompere alle persone che lavorano per uno Stato estero o un'organizzazione internazionale, l'art. 322septies cpv. 1 CP corrisponde alla formulazione dell'art. 322ter CP. Il cpv. 2 dell'art. 322septies CP corrisponde all'art. 322quater CP. Di conseguenza, fatte salve le spiegazioni che seguono, si rimanda al commento di questi articoli (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter e 322quater CP).

A. Corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri

3 Qualsiasi persona fisica è idonea a commettere un reato di corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri.

4 Oltre alle persone fisiche, anche le persone giuridiche sono oggetto di sanzioni nell'ambito della responsabilità penale delle imprese ai sensi dell'art. 102 cpv. 2 CP e sono al centro dell'attenzione delle autorità di perseguimento penale, in particolare del Ministero pubblico della Confederazione. Il punto di partenza sono state le indagini condotte dal Ministero pubblico della Confederazione nei confronti di ALSTOM SA e ALSTOM Network (Schweiz) AG nel 2009. Il procedimento nei confronti della filiale svizzera, ALSTOM Network (Schweiz) AG, si è concluso nel novembre 2011 con un decreto penale sommario; il reato contestato è la corruzione di pubblici ufficiali stranieri ai sensi dell'art. 322septies CP. La responsabilità penale dell'azienda entra in gioco se la società non adotta tutte le precauzioni organizzative necessarie e richieste per prevenire i reati di corruzione e il reato in questione diventa possibile proprio a causa di questa mancanza di precauzioni. Quanto più elevato è il rischio di corruzione nel rispettivo settore e nel Paese estero in cui l'azienda svolge le proprie attività, tanto più severi sono i requisiti per le precauzioni organizzative necessarie ed essenziali. Nel corso degli anni, il Ministero pubblico della Confederazione ha condotto diversi altri procedimenti penali contro persone giuridiche sulla base dell'art. 322septies

CP. Si può presumere che il numero di tali procedimenti aumenterà anche in futuro.

Il reato deve essere commesso nei confronti di un pubblico ufficiale straniero. 5
La corruzione di pubblici **ufficiali** stranieri si basa sulla Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali. L'OCSE verifica regolarmente l'osservanza di questa convenzione attraverso "*meccanismi di monitoraggio*". Si tratta di un insieme di strumenti in cui gli Stati possono esaminarsi reciprocamente e suggerire miglioramenti. In questo modo si crea una sorta di pressione politica tra pari, che ha lo scopo di garantire il rispetto della Convenzione da parte degli Stati. Ai sensi dell'art. 1 par. 4 lett. a della Convenzione OCSE, un pubblico ufficiale straniero è (i) una persona che ricopre una carica legislativa, amministrativa o giudiziaria in un altro Stato per nomina o elezione, (ii) una persona che svolge funzioni pubbliche per un altro Stato, compresa un'autorità pubblica o un'impresa pubblica, o (iii) un pubblico ufficiale o un agente di un'organizzazione internazionale. Il dispaccio afferma già che un'adozione letterale del testo della Convenzione non ha senso e che l'interpretazione del termine "pubblico ufficiale" dovrebbe essere modellata sui reati di corruzione interna di pubblici ufficiali. Di conseguenza, secondo la dottrina e la giurisprudenza unanimi, il termine "pubblico ufficiale straniero" è interpretato in modo autonomo e in linea con il termine "pubblico ufficiale" secondo il diritto svizzero. Di conseguenza, il termine "pubblico ufficiale" comprende sia i funzionari istituzionali e funzionali che i membri delle autorità giudiziarie o di altro tipo. L'interpretazione del termine "pubblico ufficiale straniero" ai sensi del diritto svizzero implica che anche le persone che non soddisfano la definizione di pubblico ufficiale ai sensi del diritto nazionale nel loro paese possono essere considerate pubblici ufficiali. Secondo la giurisprudenza del Tribunale penale federale, il termine "pubblico ufficiale" include anche i membri del Parlamento di uno Stato estero, indipendentemente dal fatto che la corruzione di un pubblico ufficiale sia o meno un reato penale nel Paese estero.

Le organizzazioni intergovernative e quelle create da altri enti pubblici sono 6
considerate **organizzazioni internazionali**. In base alla situazione giuridica attuale, un organo di governo dello sport non è considerato un'organizzazione internazionale. Di conseguenza, gli atti di corruzione nei confronti di funzionari di organi internazionali di governo dello sport con sede in Svizzera

non possono essere ricompresi nel reato di corruzione di pubblici ufficiali. Tuttavia, possono essere soddisfatti gli elementi del reato di corruzione privata ai sensi dell'Art. 322^{octies} f. CP.

7 Il **reato e le modalità di commissione del reato** di cui all'Art. 322^{septies} CP corrispondono a quelli di cui all'Art. 322ter CP. Per quanto riguarda il vantaggio indebito, sono esclusi da questo concetto alcuni pagamenti necessari previsti dal diritto straniero. D'altra parte, le consuetudini locali che non assumono la forma di legge o di diritto consuetudinario non sono sufficienti a costituire una giustificazione per la concessione di un vantaggio. Ciò comporta difficoltà di delimitazione, in particolare quando una persona concede i cosiddetti *pagamenti agevolati* per promuovere l'esecuzione di un atto ufficiale a cui ha diritto. I termini "violazione dei doveri d'ufficio" e "atto discrezionale" sono definiti in modo ampio. Ciò significa che, sebbene un pagamento agevolato sia effettuato in relazione a un atto ufficiale a cui ha diritto, tale atto ufficiale è a discrezione del funzionario che lo compie. Di conseguenza, anche tali pagamenti agevolati rientrano nell'art. 322^{septies} CP, a meno che non siano esplicitamente consentiti dal diritto straniero.

8 Il reato in senso stretto comprende l'offerta, la promessa e la concessione di un vantaggio indebito (OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 21 e segg.). Inoltre, deve esistere un rapporto equivalente tra il vantaggio indebito offerto, promesso o concesso e il corrispettivo atteso (OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 49 e segg.). La **concessione** o l'accettazione **transfrontaliera** di un vantaggio che non si riferisce a uno specifico atto ufficiale non rientra nell'art. 322^{septies} e rimane pertanto impunibile.

9 Per gli elementi soggettivi del reato, si rimanda ai commenti sull'Art. 322ter CP (OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 53).

B. Corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri

10 Il reato di corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri è speculare al reato attivo. Di conseguenza, l'identico concetto di pubblico ufficiale si applica anche al reato passivo. Ciò comporta il problema che una persona può essere considerata un pubblico ufficiale straniero applicando il concetto autonomo di pubblico ufficiale, anche se non è considerata un pubblico ufficiale nel proprio Paese e secondo il suo ordinamento giuridico.

II. CONFLITTI

L'art. 322^{septies} cpv. 1, e il cpv. 2 del CP sono speculari. Pertanto, in ciascun caso non è possibile stabilire una complicità o una partecipazione al reato contestato. 11

BIBLIOGRAFIA

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{septies} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322^{septies} StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Lengauer Daniel/Ruckstuhl Lea, Compliance, Zürich et al. 2017.

Lenz Stefan/Mäder Walter, Grenzüberschreitende Korruption, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrecht aus Sicht der Praktiker, forumpoenale 1 (2013), S. 33-38.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{septies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Funktionale Äquivalenz, Praktische Rechtsvergleichung und internationale Harmonisierung von Wirtschaftsstrafrecht, ZSR 119 (2000), S. 477-489.

Pieth Mark/Zerbes Ingeborg, Sportverbände und Bestechung: Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?, ZIS 9 (2016), S. 619-625.

Rochow Marius, Die Massnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 56, Halle 2006.

Trechsel Stefan/Betz Kathrin, Kommentierung zu Art. 322^{septies}, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

I MATERIALI

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den

Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10.11.2004, BBl 2004 6983 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/1217/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Genehmigung).

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.04.2014, BBl 2014 S. 3591 ff. abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/787/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Änderung).

Strafbefehl der Bundesanwaltschaft im Verfahren Nr. EAII.04.0325-LEN vom 22.11.2011 betreffend Alstom Network (Schweiz) AG.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 322decies CP

Un commentario di Loris Baumgartner / Marco Hurni

CITAZIONE SUGGERITA

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentario all'art. 322ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: Baumgartner/Hurni, art. 322decies CP N. XXX.

4. Disposizioni comuni

Art. 322^{decies}

[1] Non sono indebiti vantaggi:

a. i vantaggi ammessi dalle norme in materia di rapporti di servizio o accettati contrattualmente dal terzo;

b. i vantaggi di lieve entità, usuali nelle relazioni sociali.

[2] Sono equiparati a pubblici ufficiali i privati che adempiono compiti pubblici.

STRUTTURA

I. Delimitazione dei comportamenti non penalmente rilevanti 179
A. Prestazioni consentite dal diritto del lavoro 179
B. Vantaggi contrattualmente autorizzati 179
C. Benefici minori e socialmente consueti 181
II. Parità tra privati e pubblici ufficiali 182
Bibliografia 182
I Materiali 183

I. DELIMITAZIONE DEI COMPORTAMENTI NON PENALMENTE RILEVANTI

L'art. 322^{decies} CP è stato creato durante l'ultima revisione del diritto penale sulla corruzione nel 2016. L'obiettivo di questa **revisione** era quello di colmare le lacune del diritto penale in materia di corruzione che ancora esistevano in Svizzera, in quanto patria di diverse importanti associazioni sportive internazionali e piazza economica globalizzata. Con l'introduzione dei reati di concessione e accettazione di vantaggi, è cresciuta l'esigenza di esentare in ogni caso determinati atti dalla responsabilità penale. Questa esigenza è stata soddisfatta dalle disposizioni comuni ai sensi dell'art. 322^{decies} CP. 1

A. Prestazioni consentite dal diritto del lavoro

Con l'art. 322^{decies} cpv. 1 lett. a CP, il legislatore ha creato un'eccezione che esenta dalla responsabilità penale i **vantaggi consentiti dal diritto del lavoro**. Un vantaggio rientra nella lett. a se la sua accettazione è consentita sulla base di una norma astratta generale del diritto del pubblico impiego. Nel corso della revisione del diritto penale della corruzione, il messaggio ha sottolineato che tali norme generali astratte devono essere già entrate in vigore prima della commissione del reato. Ciò include, ad esempio, le norme amministrative relative alla segnalazione, all'autorizzazione o alla consegna di doni o altre utilità, come quelle previste dall'art. 21 cpv. 3 della Legge sul personale federale e dagli artt. 93 e 93a dell'Ordinanza sul personale federale. 2

In caso di sospetto di **corruzione di pubblici ufficiali stranieri**, le circostanze del Paese in questione sono determinanti per valutare lo standard generale astratto. Ad esempio, non costituiscono un vantaggio indebito i pagamenti a funzionari pubblici stranieri che sono consentiti o addirittura prescritti dalla legge scritta locale pertinente o dalla giurisprudenza consolidata o dal diritto consuetudinario. 3

B. Vantaggi contrattualmente autorizzati

Con la regolamentazione della corruzione nel settore privato nel Codice penale svizzero, l'art. 322^{decies} cpv. 1 lett. a del CP ha creato la controparte dei vantaggi consentiti dal diritto del lavoro. Di conseguenza, le prestazioni 4

autorizzate contrattualmente da terzi non costituiscono vantaggi indebiti. Per terzo si intende il datore di fiducia che ha un rapporto contrattuale con il beneficiario della fiducia.

5 La questione se il consenso debba essere dato **prima o dopo il reato** è controversa tra gli studiosi. Se si segue il messaggio, deve essere chiaro già prima dell'atto in questione quali vantaggi sono autorizzati. D'altra parte, ci sono opinioni dottrinali che seguono il testo dell'art. 322^{decies} cpv. 1 lett. a, seconda parte della frase e vedono la possibilità di un'autorizzazione successiva di questo beneficio. Secondo l'opinione qui espressa, la questione deve essere considerata in modo differenziato. Il reato è già completo quando l'offerta giunge al pubblico ufficiale o al privato. Anche se l'autorizzazione può essere concessa in un momento successivo, l'atto (criminale) è quindi già compiuto. Un'autorizzazione successiva di un vantaggio può quindi avere l'effetto di escludere l'azione penale solo nel senso di una dichiarazione di disinteresse. Tuttavia, poiché la realizzazione degli elementi del reato era già stata completata, l'autorizzazione non può costituire un consenso che esclude l'azione penale.

6 Nel caso della corruzione privata ai sensi dell'art. 322^{octies} CP, si pone anche la questione se la concessione di un vantaggio a terzi, e quindi non al destinatario della fiducia, possa essere autorizzata dal preside. Va notato che il preside in genere non ha un rapporto contrattuale con questo terzo e di conseguenza non ci sono obblighi di lealtà tra il terzo e il preside. Nel caso della corruzione privata, invece, l'attenzione si concentra sempre sulla **violazione del dovere di lealtà** tra la persona che riceve la tangente e la persona che ripone la fiducia. Il fatto che il corruttore fornisca un beneficio a un terzo o all'affidante è irrilevante dal punto di vista dell'affidante, poiché quest'ultimo viola il suo dovere di lealtà anche se il corruttore fornisce un beneficio a un terzo su istruzioni dell'affidante. Sembra quindi discutibile che l'autorizzazione possa essere concessa solo se la persona in posizione di fiducia trattiene il beneficio in prima persona, ma non se il beneficio è diretto a un terzo.

7 Per semplificare le cose, ecco un esempio: un dipendente che lavora come responsabile degli acquisti per il suo datore di lavoro ha una relazione amichevole con un potenziale fornitore del datore di lavoro. Il dipendente può essere perseguito per corruzione privata se si lascia corrompere dal fornitore che concede un vantaggio alla società sportiva favorita dal

dipendente, in modo che quest'ultimo assegni futuri supplementi a tale fornitore. Poiché il datore di lavoro può autorizzare l'assegnazione del contratto al fornitore come risultato della concessione diretta di un regalo da parte del fornitore al dipendente, sembra logico che il datore di lavoro possa anche autorizzare l'assegnazione del contratto al fornitore come risultato del beneficio alla società sportiva.

C. Benefici minori e socialmente consueti

Ai sensi dell'art. 322^{decies}, cpv. 1, lett. b CP, i vantaggi minori e socialmente consueti sono esenti da responsabilità penale, per cui i requisiti devono essere soddisfatti cumulativamente. Il fatto che un vantaggio rientri nell'ambito dell'irrilevanza e della consuetudine sociale deve essere valutato sulla base di una **valutazione complessiva**. 8

I vantaggi sono considerati **socialmente consueti** se si basano su convenzioni sociali e non sono considerati impropri dalla società nel suo complesso. La responsabilità penale non è prevista se i benefici in questione non possono causare alcun pregiudizio da parte del destinatario e quindi non possono essere influenzati dal mittente. L'ambasciata si riferisce a casi assolutamente banali, come un caffè durante una riunione o il regalo di un'agenda tascabile. Occorre distinguere tra questi casi assolutamente banali e quelli in cui viene concesso un vantaggio minore, ma in diretta connessione o con lo scopo di compiere un atto di corruzione. Se il vantaggio viene concesso in vista di un atto di corruzione, non vi è consuetudine sociale. La minoranza e la consuetudine sociale sono quindi requisiti cumulativi per escludere la responsabilità penale. 9

A causa della mancanza di un limite massimo previsto dalla legge, non è possibile definire con precisione quando un beneficio non è più **de minimis**. Il limite di irrilevanza deve essere fissato alla soglia oltre la quale diventa possibile l'influenza. Questa soglia è controversa tra gli studiosi e non è ancora stata giudicata dal Tribunale federale. Hilti, ad esempio, analizza le diverse opinioni dottrinali e si concentra sulla possibile influenza. A suo avviso, la soglia di irrilevanza deve essere bassa per evitare l'influenza. Altre voci dottrinali applicano la giurisprudenza sull'art. 172ter CP analogamente alla soglia di irrilevanza, secondo la quale l'irrilevanza sarebbe fissata a un valore massimo di 300,00 franchi svizzeri. Secondo l'opinione espressa in questa sede, questo valore deve essere approvato in conformità alla giurisprudenza 10

sull'Art. 172ter CP nel senso di un limite massimo assoluto. Tuttavia, è controverso tra gli studiosi se un importo massimo di CHF 300,00 sia ancora un valore guida adeguato per il limite massimo di valore ai sensi dell'Art. 172ter CP. Va inoltre notato che anche importi inferiori non possono più essere considerati minori. Ciò si verifica se il criterio dell'abitudine sociale è più ponderato. Di conseguenza, la risposta alla domanda su cosa costituisca uno svantaggio minore e socialmente consueto risulta sempre da una considerazione complessiva dei due requisiti cumulativi da soddisfare. Si deve tenere conto anche della frequenza del vantaggio concesso, in quanto la concessione multipla di un vantaggio che appare socialmente consueto e insignificante se considerato singolarmente può renderlo idoneo a commettere un reato.

II. PARITÀ TRA PRIVATI E PUBBLICI UFFICIALI

11 Ai sensi del cpv. 2, i privati che svolgono funzioni pubbliche sono equiparati ai pubblici ufficiali. Questa uguaglianza deriva già dall'**interpretazione del termine "pubblico ufficiale"** ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP, secondo cui il Codice penale svizzero presuppone un concetto di pubblico ufficiale sia istituzionale che funzionale (cfr. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter CP n. 14 e segg.) .

BIBLIOGRAFIA

Betz Kathrin, Kommentierung zu Art. 322octies StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Blattner Lucius Richard, Der leichte Fall der Privatbestechung, forumpoenale 1 (2017), S. 39-45.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322septies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322decies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322^{decies} StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Jositsch Daniel/Drzalic Jana Johanna, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, AJP 2016, S. 349-358.

Mingard Roxanne, L'avantage indu dans les infractions relatives à la corruption, ZStrR 2 (2010), Zürich 2010.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{decies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

I MATERIALI

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.4.2014, BBl 2014 S. 3591 ff. abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/787/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Änderung).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 329 CP

Un commentario di Jan Imhof

CITAZIONE SUGGERITA

Jan Imhof, Commentario all'art. 329 CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Imhof, Art. 329 CP N. XXX.

Violazione di segreti militari

Art. 329

1. Chiunque indebitamente

penetra in uno stabilimento od in altro luogo, il cui accesso è proibito dall'autorità militare,

prende disegni di stabilimenti o di oggetti che interessano la difesa nazionale oppure riproduce o pubblica tali disegni,

è punito con la multa.

2. Il tentativo e la complicità sono punibili.

STRUTTURA

I. Aspetti generali 187
II. Elementi oggettivi del reato 187
A. Reato 187
1. Intrusione 187
2. Imaging, copia o pubblicazione 187
B. Illecito 188
1. Base delle restrizioni e dei divieti (classificazione) 188
2. Tempestività delle restrizioni e dei divieti (classificazione) 189
III. Elementi soggettivi del reato 189
IV. Tentativo e favoreggiamento 189
V. Concordanze 190
Bibliografia 190

I. ASPETTI GENERALI

L'art. 329 CP tutela l'interesse giuridico della difesa nazionale e, secondo la nota marginale, in particolare i segreti militari. Nonostante l'identica nota marginale, il reato non può essere equiparato all'art. 106 MStG, poiché quest'ultimo tutela solo i segreti materiali. Al contrario, l'art. 329 CP punisce già la compromissione di segreti formali, ossia di documenti, ecc. che, a prescindere dalla loro effettiva segretezza, sono classificati come confidenziali o segreti in base alle disposizioni speciali del diritto amministrativo, e quindi la violazione di segreti militari. Si tratta quindi di un reato di pericolo astratto. La Corte Suprema Federale ha confermato la dottrina prevalente e ha affermato che l'art. 329 CP è già soddisfatto se la condotta proibita non pregiudica alcun segreto militare da preservare nell'interesse della difesa nazionale. 1

Allo stesso tempo, il paragrafo 1 tutela il diritto interno delle autorità militari come reato ufficiale. 2

Ai sensi dell'art. 23 cpv. 1 lett. k CPP, l'art. 329 CP è soggetto alla giurisdizione federale. 3

II. ELEMENTI OGGETTIVI DEL REATO

A. Reato

1. Intrusione

Il reato è commesso da chiunque si introduca illegalmente in un istituto. Il paragrafo 1 parla di istituzioni e di altri luoghi. Pertanto, protegge le strutture chiuse, come le caserme, ma anche i campi di addestramento aperti o i parcheggi (la cosiddetta "violazione della pace in caserma"). 4

2. Imaging, copia o pubblicazione

Il reato è commesso da chiunque crei un'immagine o compia un'azione (successiva) come la copia o la pubblicazione. Ciò include le pubblicazioni su riviste, i post sui social media o la creazione di stampe o copie. Non è necessario che l'immagine sia già stata divulgata a terzi. 5

6 Il contenuto dell'immagine può essere costituito da installazioni o oggetti militari classificati come riservati o segreti, come documenti, piani, apparecchiature radio, parti di sistemi d'arma, ecc.

B. Illecito

7 Il reato richiede che l'atto sia illecito, cioè in generale senza diritto o senza specifica autorizzazione. L'illegalità deve quindi essere affermata positivamente.

1. Base delle restrizioni e dei divieti (classificazione)

8 Nel caso di impianti ai sensi della Legge federale sulla protezione degli impianti militari, è vietata qualsiasi entrata, rappresentazione, ecc. non autorizzata (art. 4 Legge federale sulla protezione degli impianti militari, RS 510.518). L'autorizzazione è subordinata alle disposizioni dell'Ordinanza sulla protezione delle installazioni militari. In generale, è consentita la rappresentazione dell'esterno di un impianto che può essere percepito senza particolari ausili o precauzioni. Tuttavia, la pubblicazione non deve permettere di trarre conclusioni sull'ubicazione o sullo scopo dell'impianto (art. 4 cpv. 5 dell'Ordinanza sulla protezione degli impianti, RS 510.518.1). A queste condizioni sono consentite anche le fotografie aeree di installazioni militari (art. 80 dell'ordinanza sull'aviazione, RS 748.01).

9 Ulteriori restrizioni e divieti sono contenuti nella Legge federale sulla sicurezza delle informazioni (E-ISG), che regola il trattamento di documenti ecc. classificati come "confidenziali" o "segreti". La classificazione deve essere riconoscibile per l'esecutore, ad esempio tramite un'impronta o un timbro corrispondente.

10 Il divieto di accesso a una struttura militare può anche basarsi sui diritti generali di domicilio delle autorità militari, come si può dedurre dal testo della legge. (Casa) sono in questione i divieti delle autorità militari della Confederazione (Gruppo Difesa, Ufficio Federale degli Armamenti e Revisione Generale), compreso l'esercito, le autorità militari dei Cantoni e i terzi incaricati di compiti militari. Tale divieto deve essere riconoscibile per gli autori, ad esempio attraverso un'adeguata segnaletica.

2. Tempestività delle restrizioni e dei divieti (classificazione)

Poiché l'art. 329 CP protegge già i segreti formali, è irrilevante, secondo il punto di vista qui rappresentato, se al momento del reato fossero (ancora) soddisfatti i requisiti legali speciali (ad es. secondo l'E-ISG) per la classificazione. Allo stesso modo, una declassificazione è irrilevante se non era ancora nota al momento del reato. Finché una classificazione era riconoscibile per l'autore del reato, si applica l'art. 329 CP. Ne sono escluse le classificazioni non valide o quelle che ovviamente non possono (più) perseguire uno scopo di segretezza, ad esempio la planimetria della caserma di Berna. Lo stesso deve valere se l'autore del reato sapeva con certezza che la classificazione era stata cancellata al momento del reato. Una successiva declassificazione non esonera l'autore del reato dalla sua responsabilità penale. 11

III. ELEMENTI SOGGETTIVI DEL REATO

Gli elementi del reato richiedono il dolo, per cui è sufficiente il dolo eventuale. L'elemento soggettivo richiede in particolare che l'autore fosse consapevole dell'illecito. Secondo il Tribunale federale, la classificazione visibile "confidenziale" o "segreta" è un indizio significativo di un segreto materiale. Ciò deve valere a maggior ragione per i segreti formali. La conoscenza dell'illegalità può essere considerata anche in altro modo, ad esempio sulla base di conoscenze particolari dell'autore del reato o sulla base delle circostanze generali. 12

Non è richiesto il dolo di tradimento. 13

IV. TENTATIVO E FAVOREGGIAMENTO

Il tentativo e il favoreggiamento sono punibili ai sensi della sezione 2, ad esempio l'offerta di documenti classificati a professionisti dei media per la pubblicazione. Inoltre, la promessa di consegnare documenti classificati ai media allo scopo di persuadere le autorità militari a fare, tollerare o astenersi dal fare qualcosa costituisce un mezzo illecito di coercizione. 14

V. CONCORDANZE

15 L'art. 329 CP è sussidiario all'art. 267 CP (tradimento diplomatico), all'art. 274 CP (intelligence militare), all'art. 86 MStG (spionaggio e violazione a tradimento di segreti militari), all'art. 106 MStG (violazione di segreti militari) e all'art. 7 della Legge federale sulla protezione degli impianti militari. In ogni caso, si tratta di un reato preliminare che è anche punibile.

16 In generale, va notato che gli artt. 86 e 106 MStG sono applicabili anche ai civili (art. 3 cpv. 1 n. 7 MStG). Lo stesso vale per i reati contro la Legge federale sulla protezione degli impianti militari (art. 9 Legge federale sulla protezione degli impianti militari).

17 Per gli atti commessi da membri delle forze armate in servizio militare che non raggiungono ancora la soglia degli artt. 86 e 106 MStG, le disposizioni della MStG prevalgono sull'art. 329 CP (art. 9 cpv. 1 CP). Si pensi all'art. 61 MStG (disobbedienza) o all'art. 72 MStG (inosservanza delle disposizioni di servizio) in relazione al divieto di pubblicazione di immagini, filmati e sequenze video o alle norme sull'accesso, la registrazione e i permessi di trasporto per le installazioni militari (par. 309 e segg. Organizzazione dei servizi di formazione, ODA).

18 È controverso se l'art. 329 cpv. 1 CP protegga anche il diritto di domicilio ai sensi dell'art. 186 CP. Secondo l'opinione espressa in questa sede, è così, poiché sia il titolare del diritto di domicilio che il titolare di un segreto formale hanno un interesse comparabile a disporre dell'accesso allo spazio privato o non pubblico o semipubblico. Di conseguenza, esiste un'alternativa tra i due reati. Il reato di cui all'art. 186 CP prevale sul reato di cui all'art. 329 CP in caso di denuncia penale corrispondente.

19 A causa delle numerose disposizioni penali concorrenti che in linea di principio prevalgono sull'art. 329 CP, il campo di applicazione pratico di questa disposizione è ridotto, motivo per cui si è pensato di eliminarla. Tuttavia, la sua esistenza è giustificata in particolare dalla tutela del segreto formale nel diritto penale.

BIBLIOGRAFIA

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom

23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de, zuletzt besucht am 28.11.2022.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010.

Délèze Julien, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand Code pénal II, Basel 2017.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel, et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, aufrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf zuletzt besucht am 28.11.2022.

Hauri Kurt, Kommentar Militärstrafgesetz, Bern 1983.

Omlin Esther, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

Thormann Philipp/von Overbeck Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter Band, Besonderer Teil, Zürich 1941.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 331 CP

Un commentario di Jan Imhof

CITAZIONE SUGGERITA

Jan Imhof, Commentario all'art. 331 CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (a cura di), Commentario online al Codice penale svizzero

Breve citazione: OK-Imhof, Art. 331 CP N. XXX.

Uso indebito della uniforme militare

Art. 331

Chiunque indebitamente porta l'uniforme dell'esercito svizzero, è punito con la multa.

STRUTTURA

I. Aspetti generali 195
II. Elementi oggettivi del reato 195
A. L'uniforme dell'Esercito svizzero 195
B. Trasporto non autorizzato 196
III. Elementi soggettivi del reato 196
IV. Ambito di applicazione personale e limiti della giurisdizione 197
Bibliografia 197

I. ASPETTI GENERALI

L'art. 331 CP tutela l'interesse giuridico della difesa nazionale. Da un lato, l'uniforme ha una funzione rappresentativa: "L'uniforme è espressione di appartenenza all'esercito. [...]" (Art. 58 cpv. 1 Regolamento di servizio delle Forze Armate). L'idea di rappresentanza dello Stato si riflette quindi anche nell'obbligo di autorizzazione per indossare uniformi militari straniere in Svizzera e uniformi militari svizzere all'estero (Ordinanza sull'uso di uniformi straniere in Svizzera e di uniformi militari svizzere all'estero, RS 125). 1

D'altra parte, l'uniforme ha una funzione di distinzione tra civili e militari e quindi giustifica la presunzione che questi ultimi siano legittimati a compiere atti sovrani. Inoltre, nei conflitti armati internazionali, l'uniforme funge da elemento di distinzione tra persone protette e combattenti (cfr. art. 44 n. 3 Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, Protocollo I). Anche in questo caso, si tratta di un'indicazione della possibilità di partecipare legittimamente alle ostilità e di rivendicare lo status di prigioniero di guerra. 2

Infine, il reato mira a garantire la disponibilità permanente del materiale al servizio delle forze armate. L'obiezione a ciò è che il reato è stato concepito per i non militari. È difficile immaginare che i non militari in uniforme possano effettivamente mettere a repentaglio la prontezza operativa delle forze armate. 3

Ai sensi dell'art. 23 cpv. 1 lett. k CPP, l'art. 331 CP è soggetto alla giurisdizione federale. 4

II. ELEMENTI OGGETTIVI DEL REATO

A. L'uniforme dell'Esercito svizzero

Il termine "uniforme dell'esercito" deve essere interpretato in senso lato, come dimostrano le versioni francese e italiana ("l'uniform de l'armée" / "l'uniforme dell'esercito svizzero"). Il reato riguarda tutti i tenus ufficiali dell'Esercito svizzero (Esercito e Aeronautica). L'uniforme può essere autentica o imitata. Pertanto, secondo il parere espresso in questa sede, 5

rientrano nel campo di applicazione anche le uniformi non in servizio, a condizione che siano molto simili a quella attuale. Sono invece escluse le uniformi con un chiaro riferimento storico.

6 Per quanto riguarda l'interesse giuridico tutelato, non tutti i componenti dell'uniforme (cintura, maglietta, ecc.) rientrano nella protezione del diritto penale. L'aspetto complessivo dell'autore del reato e il riferimento all'Esercito svizzero da esso generato sono probabilmente decisivi. Ciò vale per l'uniforme originale e regolarmente per i componenti dell'uniforme con stampa mimetica. Questi ultimi non possono essere ceduti in proprietà ai membri dell'esercito in partenza (art. 27 cpv. 1 lett. b Ordinanza sull'equipaggiamento personale dei membri dell'esercito, OPEM, RS 514.10).

B. Trasporto non autorizzato

7 In linea di principio, ai membri del servizio è vietato utilizzare l'uniforme per scopi privati (art. 114 cpv. 4 della Legge militare, MA, RS 510.10). L'art. 21 OPEM disciplina le eccezioni e cita, ad esempio, la partecipazione ad attività fuori servizio delle società militari, ad attività sportive militari, ai dipendenti del Gruppo Difesa, ad eventi politici (lett. a-c) e con l'approvazione del Gruppo Difesa: balli degli ufficiali, sfilate ed eventi storici, fiere, matrimoni e funerali (lett. d).

8 Per i non militari non esiste l'autorizzazione generale di cui all'art. 21 cpv. 1 lett. a-c OPEM. Per l'utilizzo, ad esempio per riprese cinematografiche o rappresentazioni teatrali, è sempre necessaria un'autorizzazione preventiva.

9 Per soddisfare il requisito, l'uniforme deve essere indossata e percepita dal pubblico. Questo requisito può essere soddisfatto anche nello spazio digitale. Tuttavia, indossare l'uniforme in privato non pregiudica l'interesse giuridico protetto e non è punibile.

III. ELEMENTI SOGGETTIVI DEL REATO

10 Il reato può essere commesso solo intenzionalmente, per cui è sufficiente il dolo eventuale.

IV. AMBITO DI APPLICAZIONE PERSONALE E LIMITI DELLA GIURISDIZIONE

L'art. 331 CP non è un reato speciale. Tuttavia, se l'autore del reato è soggetto alla giurisdizione militare, le disposizioni dell'MStG prevalgono sull'art. 331 CP (art. 9 cpv. 1 CP). In particolare, i membri del servizio sono perseguibili per l'uso improprio del materiale dell'esercito indossando la loro uniforme personale o quella di altri membri dell'esercito svizzero senza autorizzazione (art. 73 n. 1 MStG). In questo caso, i membri del servizio sono soggetti alla giurisdizione militare sia in servizio che fuori servizio (art. 3 cpv. 1 nn. 1 e 4 MStG). 11

L'uso non autorizzato dell'uniforme in un conflitto armato internazionale può essere considerato un'insidia vietata (art. 37 n. 1 Protocollo aggiuntivo I alle Convenzioni di Ginevra relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, RS 0.518.521, e art. 23 lett. f Convenzione relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre, RS 0.515.112). L'art. 264g cpv. 1 lett. d CP e l'art. 112c cpv. d MStG prevalgono sull'art. 331 CP come lex specialis. 12

Se l'autore compie un atto ufficiale (non autorizzato) indossando l'uniforme senza autorizzazione, l'art. 287 CP prevale, nella misura in cui l'autore non ha dato ad altri l'impressione di essere autorizzato a compiere l'atto ufficiale indossando l'uniforme. 13

In considerazione dell'ambito di applicazione personale, l'art. 331 CP non ha un grande significato pratico, motivo per cui si è pensato di eliminarlo. Tuttavia, sembra giustificato rendere il porto non autorizzato ugualmente punibile sia da parte di chi è in servizio ufficiale sia da parte di chi non è in servizio ufficiale. 14

BIBLIOGRAFIA

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de zuletzt besucht am 28.11.2022.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010.

Délèze Julien, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand Code pénal II, Basel 2017.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel, et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, aufrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf zuletzt besucht am 28.11.2022.

Hauri Kurt, Kommentar Militärstrafgesetz, Bern 1983.

Heimgartner Stefan, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Omlin Esther, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.