

KARIN CORNILS

IL LUOGO DI COMMISSIONE DEI REATI DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO IN INTERNET

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il luogo di commissione dei reati secondo il § 9 comma 1 del codice penale tedesco (StGB). — 3. Collegamento con il luogo dell'evento. — 3.1. Interpretazione restrittiva della clausola del luogo dell'evento. — 3.2. Reati di danno e reati di pericolo. — 3.3. La zona di pericolo come luogo dell'evento. — 3.4. Interpretazione estensiva della clausola del luogo dell'evento. — 4. Collegamento al luogo dell'azione. — 4.1. La finzione di una « presenza virtuale ». — 4.2. La « moltiplicazione » dell'azione nello spazio. — 4.3. Processi controllati e processi non controllati in Internet. — 4.4. Come localizzare i diversi reati di manifestazione del pensiero in Internet. — 5. Conclusioni.

1. PREMESSA.

Qualsiasi utente di Internet può immettere dati nella rete, che poi saranno accessibili contemporaneamente da più di 150 stati¹. Le comunicazioni rilevanti da un punto di vista penale sono di certo solo una minima parte dell'intero traffico giornaliero di dati, ma Internet ha anche notevolmente ampliato le possibilità di comunicazione e di azione di (gruppi di) criminali che operano su scala internazionale, e specialmente per quanto riguarda la diffusione di manifestazioni del pensiero e di espressioni contrarie alla legge la rete apre loro una dimensione del tutto nuova².

* Traduzione dal tedesco del Dr. ULRICH ELLER, dell'articolo *Der Begehungsort von Ausserungsdelikten im Internet*, edito in *Juristenzeitung*, 1999, p. 394 s., con l'approvazione dell'autrice, referente per i Paesi scandinavi presso il « Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht » di Friburgo in Brisgovia (RFT). Coordinazione del Prof. LORENZO PICOTTI dell'Università degli Studi di Trento. In parentesi quadra i riferimenti aggiunti dai curatori.

¹ Secondo una stima fatta dalla NUA *Internet Surveys* nel settembre del 1998 il numero degli utenti Internet su scala mondiale era di circa 147 milioni. La *Deutsche Telekom* prevede che la quantità di trasferimenti di dati su Internet si raddoppi ogni

100 giorni; cfr. dati del presidente della giunta di amministrazione *Sommer* in una conferenza stampa il 28. 4. 1998.

² Su presupposti e possibilità tecniche di un abuso criminale di Internet cfr. SIEBER in *Juristenzeitung* 1996, p. 429-442 e p. 494-507 [la cui trad. it. (a cura di M. Sforzi), *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet è* pubblicata in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 743 seg. e p. 1193 seg.; nella dottrina italiana cfr. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in questa *Rivista*, 1998, p. 745-774; PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in questa *Rivista*, 1999, p. 283-334, in specie 326 s.; *Id.*, *Responsa-*

Non sorprende che le forze dell'ordine reagiscano con insicurezza ed un certo nervosismo a questa nuova sfida. Si vedono di fronte un compito difficilmente superabile, in cui la questione della giurisdizione nazionale è spesso risolta in maniera affermativa, ma solo di rado affrontata con approfondito esame³. Anche nella discussione dottrinale il problema della applicabilità delle norme penali tedesche a fatti avvenuti in Internet è stato finora affrontato solo marginalmente⁴.

2. IL LUOGO DI COMMISSIONE DEL REATO SECONDO IL § 9 COMMA 1 DEL CODICE PENALE TEDESCO (StGB).

Secondo il diritto penale internazionale tedesco (§§ 3-7 StGB), azioni commesse all'interno del territorio nazionale interessano automaticamente la potestà sovrana della Germania⁵, mentre quelle poste in essere all'estero vengono prese in considerazione solamente a certe condizioni⁶. È quindi di fondamentale importanza riuscire a stabilire il luogo di commissione del reato.

Secondo il § 9 comma 1 StGB un reato « è stato commesso nel luogo nel quale il soggetto agente ha agito... oppure nel quale si è verificato l'evento collegabile alla fattispecie... ». Nel caso in cui luogo dell'azione e luogo dell'evento non coincidano, sono concepibili diversi luoghi di commissione riferibili ad uno stesso reato, ed a certe condizioni questi possono trovarsi anche in Stati diversi⁷. Come luogo dell'azione viene considerato il luogo, nel quale il soggetto agente compie un atto rilevante per la realizzazione della fattispecie normativa; mentre come luogo dell'evento si intende il luogo, nel quale si realizza l'evento necessario perché un fatto possa rientrare nella fattispecie astratta di reato. Secondo il diritto penale tedesco, per poter perseguire un'azione come reato interno, è sufficiente che o il

bilità penali in Internet, in PASCUZZI (Cur.), *Il diritto dell'informatica*, Milano 2002; PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino 1999, in specie cap. VIII, p. 223-280].

³ Così, per esempio, la disposizione del procuratore generale della Repubblica tedesca del 26.11.1997 (2 Bjs 104/96 - 4).

⁴ Cfr. per un'analisi più dettagliata della questione della giurisdizione COLLARDIN, in *Computer und Recht*, 1995, p. 618-622; CONRADI/SCHLÖMER, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, p. 366-396; HILGENDORF, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 1873-1878; DERKSEN, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 1887-1885; RINGEL, in *Computer und Recht*, 1997, p. 302-307. Adesso in maniera dettagliata anche SIEBER, in: HOEREN/SIEBER (curatori), *Handbuch Multimedia-Recht*, 1999, p. 19, paragrafi nn. 383-413 nonché ESER, *Internet und internationales Strafrecht*, in LEIPOLD (cur.), *Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft*, Heidelberg 2002, p. 303 s., con ulteriori richiami.

⁵ Secondo il principio di territorialità

[che è recepito in termini analoghi anche nel nostro ordinamento, in forza degli artt. 3 e 6 cod. pen. it., su cui si rinvia a PICOTTI, *La legge penale, sez. III: L'efficacia della legge penale nello spazio*, in BRICOLA/ZAGREBELSKY (cur.), *Codice penale. Parte generale. Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. 1, 2ª ed., Torino 1996, p. 170 s.], con richiami bibliografici e giurisprudenziali.

⁶ Per esempio se il soggetto agente o la vittima sono di cittadinanza tedesca, oppure se il reato è indirizzato verso un bene giuridico nazionale od un bene la cui protezione sta nell'interesse comune di tutti gli stati. Presupposto fondamentale dell'intera disciplina è che il campo d'applicazione della norma penale non è limitato alle sole azioni commesse all'interno dei confini nazionali [altrettanto vale per l'Italia, alla luce dell'articolato regime delineato dagli artt. 7-12 cod. pen., su cui si rinvia a PICOTTI (op. cit. a nota 5), p. 171 s.].

⁷ In questi casi si parla di un « *Distanzdelikt* », ovvero un delitto commesso a distanza.

luogo dell'azione o il luogo dell'evento si trovino in Germania. Questo cosiddetto principio di *ubiquità* esiste in forma simile negli ordinamenti penali di molti altri paesi⁸.

3. COLLEGAMENTO CON IL LUOGO DELL'EVENTO.

Fino ad ora, nell'affrontare la questione della giurisdizione tedesca sulla diffusione di contenuti illegali in Internet tramite reati di manifestazione del pensiero (per esempio: istigazione all'odio razziale, pubblico incitamento od istigazione a commettere delitti, rappresentazioni di violenza, minaccia od apologia di delitti, pornografia) si puntava comunemente sul luogo dell'evento.

Una parte della dottrina penale muove dal presupposto che, indipendentemente dal luogo dell'azione, l'evento di simili reati si verifichi sempre (anche) in Germania, per il fatto che testi ed immagini illegali possono essere consultati anche dal territorio tedesco. Quindi, per via della localizzazione dell'evento nel territorio dello Stato, secondo tale impostazione queste azioni sarebbero sempre perseguibili come delitti interni⁹.

Questa concezione comporta una pretesa illimitata di giurisdizione dell'autorità giudiziaria tedesca su tutti i reati commessi nel mondo tramite Internet, ogni qualvolta contenuti illegali immessi nella rete possano essere consultati anche dalla Germania. La conseguenza sarebbe un obbligo molto ampio di procedere in capo alle autorità tedesche ed una possibilità di conflitti con molti altri Stati, che a loro volta pretendano una giurisdizione quasi illimitata per via di una simile clausola di *ubiquità*, vigente nel loro ordinamento penale. Per cui ogni tedesco titolare di una *homepage* dovrebbe considerare la possibilità di incorrere in un procedimento penale in un qualche paese straniero, in cui i suoi dati siano visualizzabili o scaricabili e le cui leggi siano da essi violate.

3.1. INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELLA CLAUSOLA DEL LUOGO DELL'EVENTO.

Considerato che le conseguenze descritte sono molto criticabili, l'obbligo che scaturisce dal § 9 comma 1 StGB è stato ritenuto come « non più conforme ai tempi »¹⁰.

⁸ Cfr. OEHLER, *Intenationales Strafrecht*, 2^a ed., 1983, paragrafi nn. 269-290. [Per il nostro ordinamento si veda l'art. 6 comma 2 cod. pen. per cui « il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando è ivi avvenuta in tutto o in parte » la condotta « ovvero si è verificato l'evento » che ne è la conseguenza. Sul punto si rinvia a PICOTTI (*op. cit. supra* a nota 2), p. 326 s.].

⁹ Così COLLARDIN (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 620; KUNER in *Computer und Recht*, 1996, in specie p. 453 seg.; CONRADI/SCHLÖMER (*op. cit. supra* a nota

4), in specie pp. 368 seg.. Simile anche SIEBER (*op. cit. supra* a nota 2), in specie p. 430. [Analogo orientamento è stato seguito da una nota sentenza della Corte di Cassazione italiana, sez. V pen., 17 novembre-27 dicembre 2000, n. 4741, in questa *Rivista*, 2001, p. 21 s., su cui si vedano anche le notazioni critiche di TABARELLI DE FATIS, *La controversa disciplina penale della diffamazione tramite Internet*, *ivi*, 2001, p. 307 seg., in specie 322-326].

¹⁰ Cfr. CONRADI/SCHLÖMER (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 369.

Alcuni autori cercano pertanto di interpretare la clausola del luogo dell'evento in maniera restrittiva. Così, secondo un'interpretazione di carattere *soggettivo*, la giurisdizione tedesca dovrebbe sussistere solamente se il soggetto punti, con la sua azione, a creare un qualche effetto proprio sul territorio della Germania¹¹. Secondo un'altra tesi, il luogo dell'evento dovrebbe essere considerato interno al territorio nazionale solamente se, per via di caratteristiche *oggettive* della fattispecie concreta, sia possibile trovare un legame diretto con esso: come può avvenire, per esempio, con l'uso della lingua tedesca nel formulare i contenuti illeciti in rete¹².

I criteri finora elencati per una riduzione in chiave teleologica dell'applicazione della norma convincono però poco¹³. Questo perché non si considera che il § 9 comma 1 StGB, richiamando il luogo dell'evento (« dove l'evento *previsto dalla fattispecie* si è verificato»: c.a.), non dà rilievo a *qualsiasi* risultato del delitto, ma solamente a quello *tipico*.

3.2. REATI DI DANNO E REATI DI PERICOLO.

Stabilire il luogo dell'evento per i reati di danno, come per esempio il danneggiamento o l'alterazione non autorizzata di dati, non comporta particolari difficoltà¹⁴. Esso si individua nel luogo in cui si verifica il risultato previsto per la realizzazione della fattispecie normativa: per esempio, nel caso di danneggiamento o di alterazione non autorizzata di dati, il *locus commissi delicti* può essere fissato nel luogo in cui i dati erano stati memorizzati o « salvati ».

Diversa è l'ipotesi di diffusione di contenuti illeciti tramite Internet, perché questi — con eccezione dell'ingiuria — appartengono alla tipologia dei reati di pericolo astratto e, come tali, hanno la caratteristica che l'evento non fa parte della fattispecie normativa¹⁵. Tali reati non richiedono, per la loro punibilità, alcun danno o pericolo concreto al bene protetto, dato che la fattispecie astratta è già compiutamente integrata dalla sola azione, considerata di per sé pericolosa e che è perciò sanzionata, senza che debba seguirne evento alcuno. Così, per esempio, nel caso dell'istigazione all'odio razziale è punibile già il solo distribuire volantino con slogan xenofobi o la rappresentazione pubblica di un film a contenuti razzisti; mentre per il reato di pornografia basta, ad esempio, esporre in vetrina immagini od offrire in vendita riviste in un'edicola. Non rileva l'evento, che si sia poi concretamente verificato in seguito al comportamento del soggetto. Che esso si realizzi — come per esempio nel caso che qualcuno, la-

¹¹ Cfr. COLLARDIN (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 621.

¹² Cfr. HILGENDORF (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 1876 seg.

¹³ Simile anche RINGEL (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 302; SIEBER (*op. cit. supra* a nota 4), paragrafo n. 404.

¹⁴ [Al § 303a StGB, che punisce il danneggiamento o l'alterazione non autorizzata di dati, corrisponde sostanzialmente il delitto previsto dall'art. 635-bis cod. pen. it., introdotto dalla legge 23 dicembre

1993, n. 547]. Considerazioni simili si possono fare anche per i reati di pericolo concreto, nei quali il luogo dell'evento è dove si verifica il pericolo concreto espressamente considerato dalla fattispecie astratta: cfr. GRIBBOHM in *Leipziger Kommentar*, § 9 paragrafo n. 20; ESER in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 9 paragrafo n. 6.

¹⁵ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5^a ed., 1996, in specie p. 264.

sciandosi trasportare dai contenuti di un qualche volantino o di un film, aggredisca un passante di colore; oppure un bambino, vedendo immagini pornografiche, subisca un trauma — non rileva per la consumazione della fattispecie. Ed una tale conseguenza non può dunque essere considerata neppure quale « evento previsto dalla fattispecie », ai sensi del § 9 comma 1 StGB, che possa fondare un autonomo *locus commissi delicti*¹⁶.

3.3. LA « ZONA DI PERICOLO » COME LUOGO DELL'EVENTO.

In relazione a danni ambientali transfrontalieri, è stata sostenuta la tesi, che anche per reati di pericolo astratto potrebbe esistere un luogo dell'evento, ovvero, a certe condizioni, addirittura una pluralità di tali luoghi: essi sarebbero ravvisabili laddove esista un pericolo astratto¹⁷.

Questa teoria muove dall'idea che esista una fonte di pericolo che agisce sullo spazio circostante e che il rispettivo campo di rischio si estenda anche a zone poste al di là della frontiera di paesi confinanti.

Nei reati di manifestazione del pensiero, commessi tramite la rete « globale » Internet, non è però possibile delimitare una siffatta zona, in cui sussisterebbe un pericolo particolare. Se partendo da questi presupposti si volesse equiparare anche qui il luogo dell'azione del reato a quello dell'evento, tutti i contenuti immessi nella rete, in qualsiasi parte del mondo, dovrebbero essere giudicati ed eventualmente anche perseguiti secondo il diritto penale tedesco, per il solo fatto di essere in siti consultabili anche dalla Germania. Un'estensione tale della pretesa di intervento del diritto penale tedesco non sembra però accettabile dal punto di vista del diritto internazionale, perché il pericolo astratto, che esiste in tutto il mondo in eguale misura, non può essere motivo sufficiente per giustificare un legame con l'ordinamento giuridico di un singolo paese. La « zona di pericolo » dei reati di manifestazione del pensiero commessi in Internet non può quindi essere intesa come luogo dell'evento, ai sensi del § 9, comma 1 StGB¹⁸.

3.4. INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DELLA CLAUSOLA DEL LUOGO DELL'EVENTO.

Le ultime proposte consistono in un ampliamento del concetto di luogo dell'evento. Secondo questa concezione, il § 9 comma 1 StGB, oltre all'evento in senso stretto¹⁹, dovrebbe comprendere anche il cosiddetto « Tat-

¹⁶ Similmente ESER in SCHÖNKE/SCHRÖDER (*op. cit. supra* a nota 15), § 9 paragrafo n. 6; GRIBBOHM in *Leipziger Kommentar*, § 9, paragrafo n. 19 seg.. Cfr. anche HILGENDORF (*op. cit. supra* a nota 4), in specie pp. 1874 seg.; DERKSEN (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 1880; RINGEL (*op. cit. supra* a nota 4), in specie p. 303. Così anche OEHLER (*op. cit. supra* a nota 8), paragrafo n. 257.

¹⁷ Cfr. MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*, 1989, in specie pp. 79 seg., 118 seg.;

MARTIN, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, in specie p. 19 seg..

¹⁸ Anche SIEBER nega questa possibilità, (*op. cit. supra* a nota 4), paragrafo n. 404.

¹⁹ Risultato (ai sensi della teoria della fattispecie generale) inteso come effetto verso l'esterno distinguibile dall'azione come tempo e come spazio; cfr. JESCHECK/WEIGEND (*op. cit. supra* a nota 15), in specie p. 274.

handlungserfolg», ovvero qualsiasi effetto, che in concreto si realizza con l'azione²⁰. Per tale orientamento non importa la classificazione dei reati nelle categorie dogmatiche rappresentate dai reati di danno e dai reati di pericolo, ma rileva solamente la descrizione normativa contenuta nella singola fattispecie²¹. Solo da questa dipende, nei vari casi, quale effetto dell'azione sia da considerare come sua conseguenza diretta e possa, quindi, giustificare l'eventuale aggancio al luogo dell'evento ai sensi del § 9 comma 1 StGB. Si sostiene pertanto che il « rendere accessibili » scritti pornografici possa essere considerato quale « evento previsto dalla fattispecie » e che nel caso in cui scritti di questo genere vengano spediti in Germania, l'evento di una tale azione si verificherebbe all'interno del territorio nazionale tedesco e, quindi, sarebbero le autorità tedesche a poter procedere²².

Una simile proposta di soluzione punta, a ragione, proprio sulla qualificazione della singola fattispecie, che — soprattutto nel caso dei reati di manifestazione del pensiero disciplinati dal codice penale tedesco — può presentarsi con una grande pluralità di varianti; inoltre, questa concezione produrrebbe risultati desiderabili anche da un punto di vista politico-criminale. Ma ampliando il concetto di « evento » ben oltre gli effetti che si lasciano normalmente distinguere in modo abbastanza agevole dall'azione, nel tempo e nello spazio, per comprendervi una parte sempre maggiore dell'azione stessa, si finisce per perdere la stessa linea di distinzione fra azione ed evento, che è alla base del § 9 comma 1 StGB.

« Il risultato d'azione del fatto » (*Tathandlungserfolg*), in fondo, deve essere considerato parte dell'azione stessa, in quanto va al di là del concetto di evento inteso in senso stretto. Questo vale anche per l'elemento « rendere disponibili » (*Zugänglichmachen*) degli scritti, che il legislatore usa come nozione che abbraccia tutta una serie di ipotesi tipiche²³: quali per esempio « esporre », « affiggere » o « mostrare »²⁴. Tali azioni consistono nel fatto di rendere il contenuto di detti scritti percettibile a terzi. Basta la semplice *possibilità* che una tale conoscenza possa avvenire: non rileva il fatto che un terzo sia effettivamente presente²⁵. Dalla fattispecie astratta risulta, quindi, che l'azione è sanzionata in quanto tale. Il fatto che ad un terzo, eventualmente presente, sia reso possibile percepire il contenuto dello scritto, è parte della stessa azione e non costituisce « evento » ai sensi del § 9 comma 1 StGB.

Contro un'estensione interpretativa del concetto di evento si potrebbe altresì obiettare, che la Commissione ministeriale allargata per la riforma del diritto penale (*Große Strafrechtskommission*), usando la formula « *zum Tatbestand gehörender Erfolg* » perseguiva l'intento di circoscrivere il concetto, rispetto alla vecchia disposizione di legge²⁶, proprio per

²⁰ Così anche SIEBER (*op. cit. supra* a nota 4), paragrafo n. 405 seg. [la locuzione può tradursi: « risultato d'azione del fatto »].

²¹ SIEBER (*op. cit. supra* a nota 4), paragrafi n. 407 e n. 409.

²² SIEBER (*op. cit. supra* a nota 4), paragrafo n. 408.

²³ §§ 130 comma 2 Nr. 1 b; 130 a comma 1, comma 2 Nr. 1; 131 comma 1 Nr. 2; 184 comma 1 Nr. 2, comma 3 Nr. 2 StGB.

²⁴ § 184 comma 1 Nr. 2 StGB: « Chiunque ... espone, affigge, mostra o rende disponibili scritti pornografici » (« Wer pornographische Schriften ... ausstellt, an schlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht, ... »).

²⁵ Cfr. LENCKNER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER (*op. cit. supra* a nota 15), § 184, paragrafo n. 10.

²⁶ § 3 comma 3 StGB (vecchia formulazione): « Un'azione è commessa nel luogo ».

limitare la pretesa d'intervento del diritto penale tedesco²⁷. Un'interpretazione estensiva andrebbe contro una tale intenzione.

Si deve dunque condividere l'opinione dominante, secondo la quale — con l'eccezione dell'ingiuria — l'evento non fa parte della fattispecie astratta dei reati di manifestazione del pensiero e, quindi, il *locus commissi delicti* non è riferibile al luogo dell'evento, ma piuttosto al luogo dell'azione del fatto.

4. COLLEGAMENTO AL LUOGO DELL'AZIONE.

Il luogo dell'azione è, secondo la concezione tradizionale, quel luogo nel quale il soggetto agente è fisicamente presente. Se per esempio un neonazista danese gestisce da Copenaghen la propria pagina *web*, nella quale ci sono anche slogan xenofobi, egli agisce a Copenaghen.

4.1. LA FINZIONE DI UNA « PRESENZA VIRTUALE ».

Per poter mettere in correlazione il requisito della presenza fisica con la struttura di Internet, che non è legata ad uno spazio concreto, è stata creata la teoria della « presenza virtuale ». Secondo questa teoria l'utente *web*, che ha immesso delle informazioni sulla rete, sarebbe virtualmente presente in ogni paese del mondo nel quale sia possibile leggere i suoi dati²⁸. Nel caso di contenuti illegali si avrebbe di conseguenza una collisione, a livello mondiale, delle pretese punitive. Questo perché il reato sarebbe commesso contemporaneamente in tutti i paesi collegati alla rete e, di conseguenza, ogni ordinamento che consideri reato una certa azione, procederebbe come se fosse un reato commesso all'interno del proprio territorio. Per le autorità tedesche l'obbligo d'indagare si estenderebbe a tutti i dati illegali che circolano su Internet e che possano essere letti e scaricati dalla Germania.

La finzione della presenza virtuale del soggetto agente in tutta la rete porta, al pari dell'applicazione errata del criterio del luogo dell'evento, a risultati inaccettabili. Ma questa teoria procede nella direzione giusta, in quanto riporta l'attenzione sul fatto, che chiunque immette dati in Internet non agisce solamente in maniera immediata sulla tastiera del suo computer, ma agisce anche al di là di questo, all'interno della rete.

go, in cui il soggetto ha agito ... ovvero l'evento si è verificato o avrebbe dovuto verificarsi ». (« Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat ... oder an dem der Erfolg eingetreten ist oder eintreten sollte. »)

²⁷ Si veda KIELWEIN in *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, vol. 4, *Allgemeiner Teil*, seduta 38-52, Bonn 1958, p. 20: « Si deve esprimere il concetto che solamente un evento previsto dalla fattispecie, e non anche quello che va oltre la descrizione normativa, rileva per determinare il luogo

di commissione del reato ». (« Es soll zum Ausdruck gebracht werden, daß nur ein tatbestandlicher und nicht auch ein darüber hinausgehender möglicher weiterer Erfolg für die Bestimmung des Tatorts Bedeutung hat. ») Cfr. anche *Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962) mit Begründung*, Drucksache IV/650, Bonn, 1962, in specie p. 113; *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966, in specie p. 39.

²⁸ Cfr. KUNER (*op. cit. supra* a nota 9), in specie p. 454.

4.2. LA « MOLTIPLICAZIONE » DELL'AZIONE NELLO SPAZIO.

La tecnica di funzionamento del collegamento fra due computers molto distanti fra loro comporta che, agendo su uno dei due, si possa accedere direttamente alla memoria dell'altro. I dati possono quindi essere salvati, modificati o cancellati, ed altresì scaricati, da una qualsiasi distanza, anche superando le frontiere nazionali. In questi casi il soggetto agente opera contemporaneamente sia sul computer di partenza, che su quello di destinazione. In tal modo l'azione si « moltiplica » nello spazio, in quanto avviene in entrambi i luoghi in cui si trovano i due diversi computers.

Si cercherà di esemplificare meglio questo fenomeno con i seguenti esempi:

— Chi, come partecipante di *usenet*, immette in un *newsgroup* non moderato un proprio articolo, affiggendo dati propri su una bacheca virtuale di un certo *news-server*, agisce direttamente su tale *server*, dunque agisce (anche) nel luogo, in cui questo è situato.

— Un cliente estero di un istituto bancario tedesco, che da Parigi si collega tramite il *www* al *server* principale della sua banca a Francoforte ed effettua un bonifico bancario dal suo conto corrente, agisce direttamente (anche) su quel *computer* e, dunque, (anche) in Germania.

— Chi come proprietario di una casella di posta elettronica su un *mail-server* tedesco durante un suo viaggio all'estero consulta da Madrid gli *e-mail* arrivatigli, agisce direttamente (anche) sul *mail-server* e quindi (anche) in Germania.

— Se il neonazista danese, di cui si è già parlato prima, carica la sua pagina *web* con contenuti razzisti su un *www-server* installato ad Amburgo, agisce (anche) in Germania e la sua azione deve essere giudicata secondo il diritto penale tedesco.

Che un'azione rilevante ai sensi del diritto penale possa essere considerata come unica, anche se commessa in luoghi diversi, è già generalmente riconosciuto per i reati complessi²⁹. Per esempio, nella rapina le singole azioni parziali (violenza e sottrazione) possono avvenire in luoghi diversi e, quindi, sono ipotizzabili diversi luoghi di commissione del reato. Se durante l'azione viene varcata una frontiera nazionale, basta che uno di questi luoghi di commissione sia situato sul territorio nazionale, per poter fondare la potestà punitiva interna³⁰. Lo stesso ragionamento deve valere per i reati commessi in Internet, allorché l'azione criminosa viene commessa contemporaneamente su due computers collegati l'uno con l'altro.

4.3. PROCESSI CONTROLLATI E PROCESSI NON CONTROLLATI IN INTERNET.

Per determinare il luogo dell'azione di un reato di manifestazione del pensiero commesso in Internet rileva, a parte il luogo in cui il soggetto agente è fisicamente presente, anche il luogo in cui è situato il *server*, sul

²⁹ Cfr. JESCHECK/WEIGEND (*op. cit. supra* a nota 15), in specie pp. 178, 711.

³⁰ Cfr. OEHLER (*op. cit. supra* a nota

8) paragrafo n. 265; ESER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER (*op. cit. supra* a nota 15), § 9 paragrafo n. 4.

quale il soggetto agente salva il proprio file in maniera cosciente e controllata. Particolarmente importante è che lui personalmente controlli tutto questo processo.

Processi automatizzati, quali sono, per esempio, il lasciar girare i propri dati tramite *servers* o *computers* di collegamento³¹; l'ulteriore salvataggio temporaneo del proprio sito *www* su un *proxy-cache-server*, od il trasferimento del proprio articolo, messo su un particolare *news-server*, da parte di altri *server* in modo sincronico, che gestiscono lo stesso *news-group*, non possono più essere considerati azioni del soggetto agente, perché si trovano al di fuori della sua sfera di controllo.

In maniera simile devono essere esclusi anche processi, che si basano sull'agire indipendente di terzi, come per esempio l'accesso di altri utenti della rete ad una propria *pagina-www* o all'articolo pubblicato nel *news-group*³². L'azione del neonazista danese, nell'esempio fatto in precedenza, si esaurisce nel rendere accessibile la propria offerta di contenuti illegali, caricandoli su un determinato server. Luogo dell'azione, a parte il luogo in cui egli è fisicamente presente, è quindi solamente quello in cui è situato il server. Gli ulteriori luoghi in cui, da lì, giungono i suoi dati, non fanno più parte della sua sfera di controllo e sono quindi irrilevanti, per stabilire il luogo di commissione del reato, ai sensi del § 9 comma 1 StGB.

4.4. COME LOCALIZZARE I DIVERSI REATI DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO IN INTERNET.

La teoria esposta porta alla seguente determinazione concreta del luogo di commissione dei vari di reati di manifestazione del pensiero che possono essere commessi tramite Internet:

a) In molte fattispecie legali si richiede una condotta « pubblica »: così, per esempio, nel caso della pubblica istigazione a od istruzione per commettere reati³³; nell'uso pubblico di simboli di riconoscimento proibiti³⁴; nel vilipendio pubblico dello Stato, dei suoi organi o simboli³⁵; nell'elogiare, negare o minimizzare delitti³⁶; nel vilipendio pubblico di culti o comunità religiose³⁷; nell'offrire, esporre o reclamizzare al pubblico scritti pornografici³⁸; nella diffamazione o menzogna diffamatoria³⁹; nell'esposizione, affissione, rappresentazione pubblica o nel rendere accessibili in altra maniera scritti che istigano all'odio, ovvero istruzioni scritte per la commissione di reati, o scritti che esaltano la violenza od, infine, la pornografia « hard »⁴⁰.

³¹ Cosiddetti *Routers*, chiamati anche « *Gateway* » o « *Bridges* »: si veda anche SIEBER, in *Computer und Recht*, 1997, in specie pp. 581, 590 seg..

³² SIEBER (*op. cit. supra* a nota 4), paragrafo n. 411, parla di tecnologie « *push* » e « *pull* ».

³³ §§ 80 a, 111, 130 a comma 2 Nr.2 StGB.

³⁴ § 86 a comma 1 Nr.1 StGB.

³⁵ §§ 90 comma 1; 90 a comma 1; 90 b comma 1; 103 comma 2 StGB.

³⁶ §§ 130 comma 3, 140 Nr.2 StGB.

³⁷ § 166 comma 1 StGB.

³⁸ § 184 comma 1 Nr.5 StGB.

³⁹ §§ 186, 187, 188 StGB.

⁴⁰ §§ 130 comma 2 Nr.1 b, comma 4; 130 a comma 1, comma 2 Nr.1; 131 comma 1 Nr.2; 184 comma 3 Nr.2 StGB.

In tutti questi casi il luogo di commissione dell'azione si trova — oltre che nel luogo di presenza fisica del soggetto agente, che per il momento si può lasciare da parte — là dove egli colloca le informazioni ed i rispettivi contenuti, in modo tale da renderli accessibili ad un gruppo di persone incerto, come numero, e non prevedibile dal punto di vista individuale: per esempio, mettendoli o salvandoli su di un *server-www* oppure in un *news-server*.

Chi agendo dall'estero salva in maniera conscia e controllata dati di questo genere su un qualche *server*, installato in Germania, agisce (anche) in Germania. La sua azione deve essere perseguita come azione commessa all'interno del territorio tedesco.

b) Il « rendere disponibili », che compare nelle fattispecie di reato da ultimo indicate⁴¹, avviene tramite un'azione, con cui il soggetto agente permette a terzi l'accesso ai suoi dati. Così rende i contenuti illegali della rete accessibili a persone scelte, salvandoli su un *mail-server*, oppure accessibili pubblicamente, salvandoli su un *server-www* o un *news-server*. L'azione non si realizza, in questi casi, solamente nel luogo in cui il soggetto agente fisicamente si trova, ma — nello stesso momento — anche nel luogo in cui è situato il rispettivo *server*, sul quale ha posto i propri dati, perché siano consultati.

c) Allorché l'azione consista nella « diffusione » di scritti a contenuto illegittimo, il trasferimento dei loro contenuti in Internet non rileva, dal punto di vista penale. A parte i supporti audio e video, anche gli archivi di dati sono ormai stati equiparati espressamente agli scritti (§ 11 comma 3 StGB)⁴²: ma la dottrina prevalente intende ancora oggi la « diffusione » solamente come consegna materiale del supporto e non anche come trasferimento elettronico dei contenuti di files⁴³.

Ampliando il § 86 comma 1 StGB il legislatore tedesco ha dato conferma di questa interpretazione, poiché, oltre alla diffusione di materiale propagandistico, che era già punibile prima d'ora, ha criminalizzato anche il « renderlo disponibile » al pubblico tramite supporti elettronici. Come si può evincere dalla motivazione della novella legislativa⁴⁴, si è voluto così

⁴¹ Si tratta dei cosiddetti reati di diffusione di scritti (*Schriftenverbreitungs-Delikte*); si veda nota 40.

⁴² Con la « legge per la regolamentazione delle condizioni generali per servizi di informazione e di comunicazione » (*Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste: IuKDG*) del 22 luglio 1997 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 1876).

⁴³ Cfr. LENCKNER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER (*op. cit. supra* a nota 15), § 184 paragrafo n. 57; SIEBER (*op. cit. supra* a nota 2), in specie p. 495. [Nella legge penale italiana, viceversa, si considera penalmente rilevante la « distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione » effettuata « anche per via telematica », come espressamente sancisce l'art. 600-ter comma 3, cod. pen., che punisce la pornografia minorile, aggiunto dalla legge 3 agosto 1998, n. 269.

Per la tesi che tale fatto si realizza in Internet quando il materiale in questione è « reso disponibile » ad una pluralità di soggetti, con una conclusione non diversa da quella sostenuta al riguardo dall'autrice, cfr. il commento di PICOTTI, *Art. 600-ter*, III comma, in CADOPPI (cur.), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 3 ed., Padova 2002, p. 596-600 e 605 s., ed ivi aggiornati richiami di dottrina e giurisprudenza].

⁴⁴ Proposta di legge del governo per la regolamentazione delle condizioni generali per servizi di informazione e di comunicazione (*Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste: IuKDG*) del 9 aprile 1997, in BT-Drucksache 13/7385, p. 36.

colmare una lacuna giuridica, manifestatasi proprio perché il trasferimento tramite Internet non avrebbe potuto essere perseguito come « diffusione ».

Nelle rimanenti fattispecie normative il problema non si pone, perché queste prevedono già di per sé « il rendere disponibile » come azione alternativa che integra il reato.

5. CONCLUSIONI.

Se si individua il luogo di commissione dei reati di manifestazione del pensiero commessi in Internet nel modo sopra prospettato, si determinano le seguenti conseguenze, per l'applicabilità del diritto penale tedesco:

— L'immissione di offerte illegali in rete dal territorio tedesco — a causa della presenza fisica del soggetto agente in Germania — deve essere sempre considerata come un'azione « interna » e, come tale, deve sottostare alla giurisdizione tedesca (§ 3 StGB).

— Un'azione si deve considerare come commessa nel territorio nazionale anche quando i dati, dall'estero, vengono messi in maniera conscia e controllata su di un *server* installato in Germania, perché il soggetto agente opera così immediatamente (anche) su quel *server* e sussistono quindi i presupposti del *locus commissi delicti* interno.

Se i contenuti della rete provengono dall'estero e vengono salvati su un *server* straniero, allora si tratta di un'azione commessa all'estero. Come tale sottostà all'ordinamento penale tedesco solamente a certe condizioni: vale a dire, se il soggetto agente o la vittima sono cittadini tedeschi e l'azione è punibile anche secondo le leggi del paese in cui viene commesso il reato (§ 7 StGB); ovvero se l'azione offende beni giuridici nazionali (come, per esempio, nel caso di vilipendio del Presidente della Repubblica: § 5 Nr.3 b in relazione al § 90 StGB); oppure se l'azione lede beni giuridici internazionalmente protetti (come, per esempio, nel caso di diffusione della cosiddetta pornografia *hard*: § 6 Nr.6 in relazione al § 184 commi 3 e 4 StGB).