

Rapporto esplicativo sulla Convenzione delle Nazioni Unite per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 20 dicembre 2006

Compendio

La nozione di sparizione forzata ai sensi della Convenzione internazionale del 20 dicembre 2006 per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (qui di seguito «convenzione») comprende ogni forma di privazione della libertà commessa da agenti di uno Stato o con la sua approvazione, seguita dal rifiuto di riconoscere la privazione di libertà e rendere noto il luogo in cui si trova la persona. La sparizione forzata è una realtà: negli ultimi 20 anni, le Nazioni Unite hanno ricevuto notifica di oltre 50 000 casi di presunta sparizione forzata a livello mondiale. Migliaia di questi casi sono tuttora irrisolti e i congiunti soffrono per l'incertezza sulla sorte del loro caro. Anche in Svizzera vivono parenti di persone vittime di una sparizione forzata all'estero.

La sparizione forzata è una delle più gravi violazioni dei diritti dell'uomo, sia per le vittime dirette sia per i loro congiunti. Con la convenzione, per la prima volta un trattato vincolante sul piano internazionale affronta questa tematica adottando un approccio globale per lottare contro la sparizione forzata.

L'idea cardine della convenzione rispecchia la convinzione della Svizzera che si debba fare tutto il possibile per impedire questo grave crimine. Per questo motivo, la Svizzera ha partecipato attivamente all'elaborazione della convenzione e l'ha firmata il 19 gennaio 2011. L'ordinamento giuridico svizzero risulta già conforme in molti punti con gli obblighi sanciti dalla convenzione. Ai fini dell'attuazione entro i confini nazionali, in alcuni settori sono però necessarie modifiche legislative. In primo piano vi sono da un lato la creazione di una nuova fattispecie che penalizzi la sparizione forzata quale reato a sé. Dall'altro viene proposta la creazione di una rete comprendente la Confederazione e i Cantoni, che consenta il rintracciamento rapido delle persone sottoposte a privazione della libertà. È invece scartata l'idea di creare un registro centrale.

Indice

1. Contesto

- 1.1. Fenomeno e definizione di sparizione forzata
- 1.2. Genesi della convenzione
- 1.3. Rapporto con gli strumenti internazionali esistenti
- 1.4. Posizione dei Paesi limitrofi sulla convenzione
- 1.5. Posizione della Svizzera sulla convenzione

2. Il contenuto della convenzione in sintesi

- 2.1. Criminalizzazione
- 2.2. Prevenzione
- 2.3. Attuazione

3. Commento alle singole disposizioni con uno sguardo al diritto svizzero

- 3.1. Divieto e definizione della sparizione forzata
- 3.2. Punibilità
- 3.3. Competenza e cooperazione internazionale
- 3.4. Privazione della libertà, diritti d'informazione e di ricorso
- 3.5. Protezione dei dati
- 3.6. Formazione
- 3.7. Aiuto alle vittime
- 3.8. Protezione speciale dei bambini
- 3.9. Disposizioni istituzionali
- 3.10. Disposizioni finali

4. Modifiche di leggi

- 4.1. Creazione di una rete
- 4.2. Nuova fattispecie della sparizione forzata
- 4.3. Criminalizzazione di atti preparatori punibili
- 4.4. Modifica del codice penale militare
- 4.5. Rafforzamento degli strumenti d'inchiesta
- 4.6. Altri adeguamenti del codice penale

5. Riconoscimento della procedura facoltativa di ricorso

6. Ripercussioni

7. Costituzionalità

Allegato: Avamprogetto di legge di attuazione

1. Contesto

1.1 Fenomeno e definizione di sparizione forzata

Il *fenomeno della sparizione forzata* è una realtà globale: nel caso tipico, una persona sgradita allo Stato è fermata da organi statali o organizzazioni legate allo Stato e trascinata in un luogo sconosciuto. Malgrado gli indizi o la presenza di testimoni in grado di confermare l'accaduto, davanti ai congiunti gli attori statali negano che la persona sia stata privata della libertà. È quindi impossibile ottenere informazioni sulla sua sorte: in un certo senso la persona «sparisce» e non beneficia più della protezione del diritto. Né la persona stessa né i suoi congiunti hanno la possibilità di procedere per vie legali contro tale privazione della libertà. Non di rado, alla sparizione forzata fanno seguito atti di tortura o l'omicidio. Gli esempi storici non mancano: nel 1942 in Germania il governo nazionalsocialista ordinò il sequestro senza lasciare tracce di presunti oppositori del regime. È tragicamente nota anche la sparizione forzata di persone nelle dittature militari in America latina negli anni 1970 e 1980, quando oppositori del regime furono prelevati, imprigionati e spesso uccisi da truppe in servizio. La sparizione forzata è tuttora diffusa, in particolare nel contesto di rivolgimenti politici e conflitti armati interni. Recentemente sono inoltre aumentati i casi di sparizione forzata nella «guerra contro il terrorismo»: persone sospettate di terrorismo sono trasferite in luoghi di detenzione segreti all'estero. Il gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle scomparse forzate o involontarie (qui di seguito «gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla sparizione forzata») ha censito oltre 50'000 casi in tutte le regioni del mondo, molti dei quali tuttora irrisolti.

La convenzione non contempla tutte le costellazioni di scomparsa di persone. La definizione di sparizione forzata ai sensi della convenzione si riferisce esclusivamente alle forme di privazione della libertà commesse da agenti di uno Stato o con la sua approvazione, seguite dal rifiuto di riconoscere la privazione di libertà e rendere noto il luogo in cui si trova la persona. La sparizione forzata rappresenta quindi una grave lesione dei diritti dell'interessato. Sono violati diritti dell'uomo fondamentali, come il diritto a protezione dalla privazione arbitraria della libertà, il diritto a un procedimento equo nonché spesso il diritto alla vita e il divieto del ricorso alla tortura e ai trattamenti disumani e umilianti. Ma è inflitta una grande sofferenza anche ai congiunti: l'incertezza sulla sorte del loro caro, spesso per anni, rappresenta una grave lesione dell'incolumità psichica.

1.2 Genesi della convenzione

La presente convenzione è il frutto di decenni di sforzi delle Nazioni Unite per lottare contro la sparizione forzata. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha espresso preoccupazione sui numerosi casi ricorrenti di sparizione forzata per la prima volta nel 1978. Nel 1980, l'allora Commissione per i diritti umani ha istituito il gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla sparizione forzata, tuttora attivo. Il suo mandato comprende l'assistenza ai congiunti nel risolvere i presunti casi nonché la presentazione di rapporti regolari. Nel 1992, dopo annosi negoziati, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato una dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata. Pur non avendo carattere vincolante, questa dichiarazione ha rappresentato il punto di partenza per l'elaborazione del presente strumento giuridicamente vincolante. Il progetto della nuova convenzione è stato avviato nel 2001, quando l'allora Commissione per i diritti umani ha attribuito il relativo mandato a un gruppo di lavoro. Il gruppo di lavoro ha completato il suo operato il 23 settembre 2005, presentando un progetto al Consiglio dei diritti dell'uomo, subentrato nel frattempo alla Commissione. Infine, il 20 dicembre 2006 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato il testo attuale del trattato. La convenzione è

entrata in vigore il 23 dicembre 2010 con la ventesima ratifica. Finora è stata firmata da oltre 90 Stati e ratificata da 36 Stati. Tra questi ultimi figurano, oltre a Stati latinoamericani, anche Germania, Francia, Belgio, Spagna, Austria e Paesi Bassi¹.

1.3 Rapporto con gli strumenti internazionali esistenti

Le convenzioni esistenti sui diritti dell'uomo universalmente vincolanti non sanciscono alcun diritto a essere protetti dalle sparizioni forzate. Implicitamente si potrebbero derivare garanzie della protezione dalla sparizione forzata tra l'altro dal diritto alla libertà personale e alla sicurezza, dal diritto alla vita e dal diritto a un procedimento equo. Queste disposizioni sono tuttavia insufficienti soprattutto dal punto di vista dei congiunti. Inoltre la prassi degli organi competenti, che verificano il rispetto di questi diritti dell'uomo, varia. Non è quindi garantita alcuna protezione unitaria.

Già prima dell'entrata in vigore della convenzione esistevano normative internazionali che affrontavano espressamente la tematica della sparizione forzata: da un lato la già citata dichiarazione delle Nazioni Unite del 1992 e dall'altro anche una convenzione dell'Organizzazione degli Stati Americani OAS (Inter-American Convention on Forced Disappearance), entrata in vigore nel marzo 1996 e ratificata finora da 16 Stati. Dato che la dichiarazione non è giuridicamente vincolante, essendo uno strumento di «soft-law», e che la convenzione dell'OAS vincola solo pochi Stati, essendo una normativa di stampo regionale, a questi due strumenti manca però il carattere universalmente vincolante.

Nel diritto penale internazionale, la sparizione forzata di persone è inoltre stata espressamente riconosciuta come un crimine contro l'umanità e di conseguenza definita punibile nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (Statuto di Roma²). Lo Statuto di Roma contempla però esclusivamente gli atti commessi nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili e con la consapevolezza dell'attacco. Non offre per contro alcuna protezione contro casi isolati di sparizione forzata.

Nel complesso, quindi, le norme esistenti non rispondono adeguatamente al fenomeno della sparizione forzata. La presente convenzione colma pertanto un'importante lacuna, considerando la sparizione forzata una complessa e multipla violazione dei diritti dell'uomo, contemplando i casi isolati di sparizione forzata e menzionando espressamente la violazione dei diritti dell'uomo dei congiunti.

1.4 Posizione dei Paesi limitrofi sulla convenzione

Tutti i Paesi limitrofi della Svizzera hanno già firmato la convenzione; Francia, Germania e Austria l'hanno anche ratificata, come già rilevato. Se la Germania rinuncia a introdurre una nuova fattispecie penale che punisca la sparizione forzata quale reato a sé, in Austria e in Francia sono pendenti progetti di legge volti a sanzionare la sparizione forzata.

1.5 Posizione della Svizzera sulla convenzione

a Interventi parlamentari

La grande importanza della convenzione e l'auspicabilità di firmarla e ratificarla rapidamente sono già state oggetto di vari interventi parlamentari³. La mozione Gadiant, che esorta il Consiglio federale a ratificare la convenzione al più presto, è stata accolta dal Consiglio

¹ Stato settembre 2012

² Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998, RS 0.312.1.

³ Interrogazione Müller Geri dell'8 dicembre 2008 [08.5416], interpellanza Rielle Jean-Charles del 17 dicembre 2008 [08.3862], mozione Gadiant Brigitta del 18 dicembre 2008 [08.3915], Interrogazione Rechsteiner Paul dell'11 dicembre 2009 [09.1174].

nazionale il 24 novembre 2009 e dal Consiglio degli Stati il 2 marzo 2011. Il 1° marzo 2010, inoltre, vari parlamentari e rappresentanti di organizzazioni non governative hanno consegnato al Consiglio federale una petizione, sostenuta da 9 000 firme, che rivendica l'adesione immediata alla convenzione.

b Posizione del Consiglio federale

Il Consiglio federale considera la sparizione forzata un crimine grave. Questa convinzione ha indotto il Consiglio federale a firmare la convenzione il 19 gennaio 2011, dopo aver consultato i Cantoni. Il Consiglio federale ha ribadito ripetutamente la sua posizione rispondendo al Parlamento: la firma della convenzione rispecchia la convinzione politica interna della Svizzera e il suo tradizionale impegno a sostegno dei diritti dell'uomo. Una decisione contro la ratifica della convenzione avrebbe invece conseguenze negative per l'immagine della Svizzera sulla scena internazionale: la reputazione della Svizzera quale attore attivo e credibile nel settore dei diritti dell'uomo con una spiccata tradizione umanitaria ne risentirebbe. La Svizzera non potrebbe in particolare esortare credibilmente altri Stati a lottare contro la sparizione forzata.

b Posizione dei Cantoni

Una consultazione preliminare dei Cantoni, condotta tra settembre e dicembre 2009, ha rivelato che numerosi Cantoni sono favorevoli alla firma della convenzione, malgrado gli adeguamenti giuridici e il maggior onere prevedibili. Altri Cantoni si sono invece schierati contro la firma, spesso allineandosi alla valutazione della Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia (CDDGP). Sono stati avanzati dubbi soprattutto quanto al presumibile aumento dei costi dovuto all'introduzione di un registro centrale, in discussione all'epoca, ai nuovi diritti d'informazione e di ricorso dei congiunti nonché alle eventuali ripercussioni del principio di *non-refoulement* in caso di pericolo di sparizione forzata. I Cantoni sostenevano inoltre che il rapporto costi-prestazioni era sproporzionato.

La proposta di attuazione della convenzione descritta nel presente rapporto accoglie i dubbi espressi dai Cantoni. La prevista «rete» (cfr. sotto 3.4.c) permette di attuare i requisiti in materia di tenuta di registri e verbali senza dover introdurre un costoso registro centrale. La legge d'introduzione crea inoltre una base giuridica per i diritti d'informazione dei congiunti che corrisponde al sistema giuridico svizzero e tutela i diritti della personalità degli interessati. La CDDGP è stata coinvolta nell'elaborazione del modello di attuazione «rete».

2. Il contenuto della convenzione in sintesi

2.1. Criminalizzazione

La convenzione sancisce un divieto assoluto della sparizione forzata. Gli Stati Parte s'impegnano a indagare sui casi di sparizione forzata e a giudicare i responsabili. In particolare la sparizione forzata di persone deve essere iscritta quale reato grave nel diritto nazionale e sanzionata con una pena adeguata. Vanno puniti anche la partecipazione e il tentativo e devono essere fissati termini di prescrizione adeguati per il perseguimento penale e l'esecuzione delle pene.

Per evitare l'impunità al di là delle frontiere nazionali, la convenzione prevede un'estensione della giurisdizione penale. Gli Stati Parte s'impegnano a perseguire ogni sparizione forzata indipendentemente dal luogo del reato o dalla nazionalità dell'autore e a estradare l'autore non appena questi entra sul suo territorio sovrano. In presenza di prove del fatto che una

persona rischia di essere vittima di una sparizione forzata nel proprio Paese d'origine, essa non può essere respinta verso tale Paese.

2.2. Prevenzione

Tra i capisaldi della convenzione figura anche la prevenzione. Gli Stati Parte devono determinare le condizioni, le competenze e le procedure per una privazione della libertà legale. S'impegnano ad assicurare che siano tenuti registri o verbali ufficiali con determinate informazioni minime. Ai congiunti va garantito l'accesso a informazioni minime sulla sorte dell'interessato. Oltre alla privazione della libertà deve poter essere documentato anche il rilascio. Per garantire queste condizioni quadro, la convenzione chiede misure in materia di formazione nonché la prevenzione di comportamenti scorretti, come il fatto di ostacolare o ritardare i rimedi o la violazione degli obblighi d'informazione.

Infine la convenzione sancisce che ai diretti interessati spetti, oltre al diritto a una riparazione, anche il diritto di sapere la verità sulla sorte e sul luogo in cui si trova la persona sparita. Ai bambini, vittime particolarmente vulnerabili della sparizione forzata, è dedicata una disposizione separata che chiede in particolare la possibilità giuridica di rivedere le adozioni in seguito a una sparizione forzata e, se del caso, annullarle.

2.3. Attuazione

Accanto a queste disposizioni fondamentali nella prima parte della convenzione, che riguardano la sanzione e la prevenzione, la convenzione contiene altre due parti, dedicate all'attuazione (parte II) e alle disposizioni finali (parte III). A differenza di altre convenzioni sui diritti dell'uomo, gli Stati Parte non sono tenuti a presentare rapporti periodici. È previsto unicamente un rapporto sull'attuazione (due anni dopo la ratifica della convenzione). Inoltre un Comitato indipendente formato da dieci persone elette dagli Stati Parte sente i congiunti di persone sparite e chiede informazioni agli Stati Parte o effettua una visita in loco. È inoltre possibile il trattamento di comunicazioni individuali e di ricorsi degli Stati se gli Stati Parte riconoscono espressamente la competenza del Comitato con una dichiarazione.

3. Commento alle singole disposizioni con uno sguardo al diritto svizzero

Il sistema giuridico svizzero contempla già oggi ampie garanzie in relazione alla privazione della libertà. Malgrado questa sostanziale conformità con i requisiti principali della convenzione, il diritto svizzero non corrisponde tuttavia ancora completamente alla complessa natura della sparizione forzata. Per attuare correttamente la convenzione sono quindi necessari interventi legislativi puntuali. Come già menzionato, dalla consultazione tecnica dei Cantoni è emerso il timore che la ratifica possa tradursi in un onere sproporzionato in termini di risorse umane e finanziarie. Nell'ambito dei lavori di attuazione si è tenuto conto di questo timore.

Le seguenti considerazioni ricalcano la sistematica della convenzione. Gli articoli della convenzione sono raggruppati in blocchi tematici. I commenti si riferiscono da un lato al contenuto della convenzione e dall'altro ai provvedimenti corrispondenti del diritto svizzero. Dall'analisi emerge che occorre apportare modifiche legislative in due settori: la sanzione della sparizione forzata in quanto reato di per sé nonché la tenuta di registri e i diritti di ricorso dei congiunti (per i dettagli cfr. 3.2.a, 3.4.c e 3.4.d sotto).

3.1. Divieto e definizione della sparizione forzata

a. *Divieto ed elementi definitori (art. 1 e 2 della convenzione)*

L'articolo 1 della convenzione stabilisce che nessuno può essere soggetto a sparizione forzata – indipendentemente da circostanze straordinarie come ad esempio una guerra o l'instabilità politica interna. Questo divieto della sparizione forzata e l'esclusione di giustificazioni costituiscono il cuore della convenzione. L'articolo 2 della convenzione formula una definizione di sparizione forzata applicabile all'intera convenzione. Gli elementi determinanti sono quattro: (1) una persona è privata della libertà, (2) lo Stato ha dato il mandato o la sua approvazione o tollera l'atto, (3) è negata ogni informazione sulla sorte di questa persona o sul luogo in cui si trovi e infine (4) gli autori hanno l'intenzione di sottrarre la persona alla protezione della legge. Il campo di applicazione comprende ogni sparizione forzata, indipendentemente dal fatto che si tratti di un atto isolato o di una prassi sistematica. La convenzione va quindi molto più in là dello Statuto di Roma, che si limita alle infrazioni commesse nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili (crimine contro l'umanità). Nel diritto nazionale occorre quindi inserire una nuova disposizione penale dedicata a questa fattispecie, oltre a quella relativa ai crimini contro l'umanità in attuazione dello Statuto di Roma (cfr. in proposito 3.2.a).

b. *«Sparizione forzata» senza partecipazione statale (art. 3 della convenzione)*

L'articolo 3 della convenzione si riferisce ai casi di sparizione forzata da parte di agenti non statali e senza la partecipazione dello Stato: gli Stati Parte devono adottare misure per punire gli autori di tali atti. La costellazione contemplata non costituisce tuttavia un caso di sparizione forzata ai sensi della convenzione. Per la Svizzera non è necessario alcun adeguamento da questo punto di vista: le disposizioni contro il sequestro di persona e il rapimento secondo gli articoli 183 e 184 del codice penale (CP⁴) assicurano già che tali atti siano perseguiti penalmente.

3.2. Punibilità

a. *Criminalizzazione e comminatoria della pena (art. 4, 5 e 7 della convenzione)*

L'articolo 4 della convenzione obbliga gli Stati Parte a punire la sparizione forzata ai sensi dell'articolo 2 della convenzione. Come già menzionato, l'articolo 264a capoverso 1 lettera e CP, inserito nel CP in seguito all'attuazione dello Statuto di Roma, non soddisfa questo requisito poiché sanziona la sparizione forzata esclusivamente quale crimine contro l'umanità.

L'ulteriore analisi del diritto vigente mostra inoltre che nel diritto penale vigente sono già contemplati singoli elementi della sparizione forzata. Il titolo quarto del codice penale protegge ad esempio la libertà di tutte le persone, anche se le infrazioni sono commesse da impiegati pubblici. Altri elementi importanti sono tuttavia disciplinati in modo insufficiente nel diritto vigente. Tra di essi figurano in particolare il rifiuto di riconoscere il sequestro di persona e l'intenzione di sottrarre la persona alla protezione del diritto: il rifiuto di qualsiasi informazione sulla sorte di una persona è accennato dalle fattispecie enumerate sotto il titolo diciottesimo del codice penale (Dei reati contro i doveri d'ufficio e professionali), in particolare all'articolo 312 CP (Abuso di autorità). La protezione degli elementi contemplati dalla convenzione è tuttavia solo rudimentale ed è contemplata unicamente la legalità del mandato delle autorità svizzere.

⁴ Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937, RS 311.0.

Inoltre i diritti dei congiunti sono protetti solo molto indirettamente. La sparizione forzata lede tuttavia anche i diritti dei congiunti: a essi è inflitta una grande sofferenza psichica e sussiste perlomeno un dolo eventuale. La convenzione precisa espressamente che sono considerate vittime anche i congiunti di persone sparite che abbiano sofferto un pregiudizio quale diretta conseguenza di una sparizione forzata (art. 24 cpv. 1 della convenzione).

La definizione di sparizione forzata implica quindi che nel codice penale svizzero siano protetti due nuovi beni giuridici. Da un lato si tratta di garantire, indipendentemente dall'ordinamento giuridico vigente (svizzero o estero), il diritto di ogni individuo al riconoscimento quale soggetto di diritto nei confronti dello Stato: ogni persona ha diritto a una protezione giuridica minima in caso di privazione della libertà, una protezione che non può essere negata per nessun motivo. Dall'altro si tratta di proteggere i diritti dei congiunti derivanti dai loro rapporti con la persona sparita (diritto all'informazione sulla sorte della persona sparita). Per far sì che l'ordinamento giuridico svizzero soddisfi gli obblighi stabiliti dalla convenzione è quindi necessaria una nuova fattispecie penale. L'introduzione di una nuova fattispecie penale ha inoltre un effetto di avvertimento.

La comminatoria della pena prevista con la nuova disposizione (cfr. in proposito 4.2.e) corrisponde ai requisiti dell'articolo 7 della convenzione, che chiede una pena adeguata. Per tener conto di circostanze attenuanti o aggravanti si applicano le norme generali di commisurazione della pena (art. 47 – 48a CP).

b. Responsabilità penale, in particolare del superiore (art. 6 della convenzione)

Accanto alla punizione delle consuete forme di partecipazione ed esecuzione di un reato (istigazione, complicità e tentativo secondo l'art. 6 cpv. 1 lett. a della convenzione), la convenzione disciplina anche la responsabilità penale del superiore (art. 6 cpv. 1 lett. b della convenzione). Un superiore deve poter essere chiamato a rispondere se: (a) è o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'atto, (b) controlla le attività legate alla sparizione forzata e (c) ha omesso di adottare tutte le misure in suo potere per impedire o denunciare l'atto.

Nel diritto svizzero questi criteri sono già soddisfatti, dal momento che, in caso di stretta correlazione tra la sparizione forzata e la sfera di responsabilità del superiore, dal suo obbligo di vigilanza scaturisce una posizione di garante e la commissione del reato per omissione è punita (art. 11 CP).

c. Prescrizione (art. 8 della convenzione)

L'articolo 8 capoverso 1 della convenzione obbliga gli Stati Parte ad assicurare l'esistenza di termini di prescrizione adeguati al reato, e cioè tali da corrispondere alla natura straordinariamente grave del reato e al suo carattere di reato permanente. In base alle norme generali sulla prescrizione (art. 97 cpv. 1 lett. b CP), il termine di prescrizione per la nuova disposizione che dovrà essere inserita nel CP è di 15 anni. Per tener conto del carattere di reato permanente, esso inizia a decorrere al momento della conclusione del reato (art. 98 1 lett. c CP).

L'articolo 8 capoverso 2 della convenzione si riferisce al diritto a un rimedio effettivo prima della scadenza del termine di prescrizione (cfr. in proposito 3.4.b).

3.3. Competenza e cooperazione internazionale

a. Competenza a esercitare la giurisdizione (art. 9 della convenzione)

L'articolo 9 della convenzione intende assicurare il perseguimento penale degli autori e a tal fine descrive tre costellazioni, in cui gli Stati Parte devono giustificare la loro competenza a

esercitare la giurisdizione sul reato di sparizione forzata. L'articolo 9 della convenzione corrisponde sostanzialmente all'articolo 5 della Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (Convenzione sulla tortura⁵), già ratificata dalla Svizzera.

- La *prima costellazione* corrisponde al principio di territorialità o di bandiera (art. 9 cpv. 1 lett. a della convenzione), già attuato nel diritto svizzero all'articolo 3 capoverso 1 CP nonché all'articolo 97 capoverso 1 della legge sulla navigazione aerea⁶ e all'articolo 4 capoverso 2 della legge sulla navigazione marittima sotto bandiera svizzera⁷.
- La *seconda costellazione* (art. 9 cpv. 1 lett. b e c della convenzione) descrive il principio della personalità attiva e passiva (l'autore o la vittima ha la cittadinanza svizzera); secondo la convenzione il principio della personalità passiva si applica però solo se lo Stato Parte lo ritiene opportuno. Questi due principi sono previsti anche nel diritto svizzero. L'articolo 7 capoverso 1 CP e l'articolo 6 CP prevedono due requisiti: l'autore deve trovarsi in Svizzera (o essere estradato verso la Confederazione per questo reato) e il reato deve essere punibile anche nel luogo in cui è stato commesso (principio della doppia incriminazione).
- La *terza costellazione* (art. 9 cpv. 2 della convenzione) corrisponde a un principio di quasi universalità: lo Stato Parte deve poter affermare la propria competenza quando il presunto autore è presente sul suo territorio e non può essere estradato né verso un altro Stato né verso una giurisdizione penale internazionale. Anche questo requisito è già soddisfatto dall'ordinamento giuridico svizzero: in virtù dell'articolo 6 CP, in questi casi la Svizzera può esercitare la giurisdizione, sempre fatta salva la doppia incriminazione.

Occorre precisare che la condizione della doppia incriminazione non presuppone che il reato sia contemplato da una disposizione penale che punisce espressamente la sparizione forzata nello Stato in cui è commesso. È sufficiente che le azioni in questione siano punibili (se secondo il diritto penale dello Stato interessato sono considerate p. es. rapimento o abuso di autorità). In caso contrario, la sparizione forzata potrebbe tutt'al più essere considerata un crimine particolarmente grave proscritto dalla comunità giuridica internazionale ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 lettera b CP, giustificando così la competenza delle autorità svizzere.

In questo punto, l'ordinamento giuridico svizzero soddisfa quindi già i requisiti della convenzione.

b. Misure provvisorie (art. 10 della convenzione)

L'articolo 10 della convenzione riguarda le misure per assicurare la presenza del presunto autore in vista del perseguimento penale o dell'estradizione. Qui gli Stati Parte dispongono di un certo margine di discrezionalità. Secondo l'articolo 10 capoverso 1 della convenzione sono tuttavia tenuti a ordinare misure per impedire la fuga del presunto autore. In Svizzera, nella procedura di estradizione l'arresto dell'imputato costituisce già la norma⁸. Le autorità svizzere vi derogano solo eccezionalmente e in casi motivati⁹.

⁵ Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, RS 0.105.

⁶ Legge federale del 21 dicembre 1948 sulla navigazione aerea, RS 748.0.

⁷ Legge federale del 23 settembre 1953 sulla navigazione marittima sotto bandiera svizzera, RS 747.30.

⁸ Art. 47 cpv.1 della legge federale del 20 marzo 1981 sull'assistenza internazionale in materia penale, AIMP, RS 351.1.

⁹ Cfr. segnatamente DTF 109 IV 159.

Anche l'obbligo di accertamento dei fatti sancito all'articolo 10 capoverso 2 della convenzione costituisce un principio generale in ogni procedimento penale in Svizzera (cfr. in particolare gli art. 6 e 139 segg. del codice di procedura penale, CPP¹⁰).

Infine con l'articolo 10 capoverso 3, la convenzione garantisce al presunto autore protezione consolare. Tale clausola è contenuta anche in altri trattati internazionali ratificati dalla Svizzera. Questi diritti minimi classici sono descritti ad esempio all'articolo 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari¹¹: le persone incarcerate devono essere informate sui loro diritti e intrattenersi con il competente rappresentante del proprio Paese, in particolare ricevere una sua visita.

L'ordinamento giuridico svizzero soddisfa quindi i requisiti dell'articolo 10 della convenzione.

c. Principio «aut dedere, aut iudicare» (art. 11 della convenzione)

L'articolo 11 della convenzione sancisce il motto «aut dedere, aut iudicare», riconosciuto a livello internazionale da anni. Esso obbliga lo Stato a cui è stata richiesta un'extradizione ad avviare una procedura di estradizione o un procedimento penale, se non estrada il presunto autore. Lo scopo è di evitare che l'autore resti impunito.

Ciò non comporta alcuna novità per la Svizzera. Se riceve una domanda di estradizione, la Svizzera ha bisogno di informazioni da parte dello Stato richiedente. Si distinguono le tre costellazioni seguenti: la Svizzera avvia la procedura di estradizione o nega l'extradizione e avvia un procedimento penale. Inoltre, su richiesta dello Stato in cui è stato commesso il reato la Svizzera può esercitare la giurisdizione penale al posto di tale Stato, se non è concessa l'extradizione¹². L'extradizione è inammissibile in particolare nei seguenti due casi¹³: in primo luogo se non sono garantiti i requisiti minimi di protezione dei diritti procedurali concessi tra l'altro nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU¹⁴) e nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (Patto ONU II¹⁵) in combinato disposto con l'articolo 13 capoverso 6 della convenzione e in secondo luogo se la persona cercata possiede la cittadinanza svizzera e non acconsente all'extradizione¹⁶.

L'articolo 11 capoverso 3 della convenzione, che riguarda l'equità della procedura, si ritrova in numerose convenzioni internazionali¹⁷. L'ordinamento giuridico svizzero garantisce già tale protezione agli articoli 29 capoverso 1 e 30 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost.¹⁸) e la concretizza tra l'altro nel codice di procedura penale e nella legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (AIMP¹⁹, cfr. in particolare gli art. 2, 37 e 38).

d. Diritto di denuncia e obbligo d'indagine (art. 12 della convenzione)

L'articolo 12 della convenzione riguarda il diritto di denuncia nonché l'obbligo degli Stati di svolgere indagini corrispondenti. Le norme relative al procedimento penale in Svizzera corrispondono ai requisiti della convenzione. Esse garantiscono in particolare che il procedimento penale sia portato a termine senza ritardi (art. 5 cpv. 1 CPP) e che le autorità penali accertino d'ufficio tutti i fatti rilevanti (art. 6 cpv. 1 CPP).

¹⁰ Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007, RS 312.0.

¹¹ Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari, RS 0.191.02.

¹² Perseguimento penale in via sostitutiva secondo gli art. 85 segg. AIMP.

¹³ Cfr. anche art. 13 cpv. 6 della convenzione e art. 2 AIMP.

¹⁴ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, RS 0.101.

¹⁵ Patto internazionale del 16 dicembre 1966 relativo ai diritti civili e politici, RS 0.103.2.

¹⁶ Art. 7 AIMP.

¹⁷ Cfr. p. es. art. 9 e 10 Patto ONU II nonché art. 5 e 6 CEDU.

¹⁸ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999, RS 101.

¹⁹ Legge federale del 20 marzo 1981 sull'assistenza internazionale in materia penale, RS 351.1.

e. *Estradizione (art. 13 della convenzione)*

L'articolo 13 capoverso 1 della convenzione chiede, ai fini dell'extradizione, la «depoliticizzazione» del reato di sparizione forzata. Lo scopo è di impedire che gli Stati Parte possano controbattere a una domanda di estradizione che la sparizione forzata costituisce un reato politico. La Svizzera ha già ratificato vari trattati contenenti tale clausola²⁰. La disposizione è direttamente applicabile e prevale sul diritto nazionale²¹.

Siccome la Svizzera non subordina l'extradizione all'esistenza di un trattato, alla Svizzera non si applica l'articolo 13 capoverso 4 della convenzione, bensì il capoverso 5, secondo cui la sparizione forzata deve essere riconosciuta come reato per il quale gli Stati Parte si concedono reciprocamente l'extradizione. Anche qui non vi è alcuna necessità di intervento dato che le disposizioni sono direttamente applicabili e prevalgono sul diritto nazionale²². Occorre inoltre segnalare l'articolo 3 capoverso 1 AIMP, che limita il campo di applicazione della deroga per i reati politici. La corrispondente giurisprudenza del Tribunale federale è restrittiva, in particolare nell'ambito dell'applicazione del principio di proporzionalità²³.

L'articolo 13 capoverso 6 della convenzione contiene una clausola standard concernente le modalità di estradizione nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale e stabilisce che l'extradizione è soggetta alla legislazione dello Stato Parte richiesto o ai trattati di estradizione. Ciò è già previsto nell'ordinamento giuridico svizzero: le estradizioni sono attuate secondo i trattati bilaterali e multilaterali vigenti nonché le disposizioni pertinenti dell'AIMP. Le persone sono così protette da procedure che non assicurano loro una protezione minima.

L'articolo 13 capoverso 7 della convenzione contiene una tipica clausola di non discriminazione: se vi sono motivi di credere che la domanda di estradizione è stata avanzata principalmente allo scopo di perseguire una persona a causa del sesso, della razza, della religione, della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche o della sua appartenenza a un particolare gruppo sociale, lo Stato richiesto può rifiutare la cooperazione. In questo modo si evita che lo Stato richiesto sostenga procedure in cui al presunto autore non è concessa una protezione sufficiente. In virtù di questa norma, le domande di assistenza giudiziaria possono essere esaminate non solo secondo il genere di reato, bensì anche secondo il motivo della domanda, il che consente di evitare abusi.

f. *Cooperazione internazionale in materia di assistenza giudiziaria (art. 14 e 15 della convenzione)*

L'articolo 14 capoverso 1 della convenzione sancisce l'obbligo di cooperazione che si ritrova solitamente negli strumenti internazionali relativi all'assistenza giudiziaria in materia penale. Questa disposizione non comporta alcun bisogno di attuazione per la Svizzera. L'articolo 14 capoverso 2 della convenzione stabilisce che l'assistenza giudiziaria sottostà al diritto contrattuale applicabile nonché alla legislazione nazionale. Per quanto concerne l'applicazione del diritto svizzero, la concessione dell'assistenza giudiziaria può essere subordinata totalmente o parzialmente alle condizioni definite nell'articolo 80p AIMP. Il principio della specialità secondo l'articolo 67 AIMP tutela la persona interessata dalla domanda di assistenza giudiziaria. L'articolo 15 della convenzione sancisce inoltre l'obbligo

²⁰ Cfr. segnatamente art. 1 segg. della Convenzione europea del 27 gennaio 1977 per la repressione del terrorismo, RS 0.353.3; art. 14 della Convenzione internazionale del 9 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo, RS 0.353.22.

²¹ L'art. 1 cpv. 1 AIMP stabilisce il primato delle convenzioni internazionali che, per principio, prevalgono sul diritto interno, fatte salve disposizioni di quest'ultimo più favorevoli alla cooperazione. Cfr. DTF 137 IV 33, in particolare consid. 2.2.2 pag. 40 seg. In merito alla dottrina prevalente: Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Troisième édition, 2009, ch. 737, pag. 693 e giurisprudenza citata.

²² Cfr. nota 21 sopra.

²³ Robert Zimmermann (cfr. sopra), pag. 567 segg.

di cooperazione anche nell'ambito dell'assistenza alle vittime di sparizione forzata (in merito alla protezione delle vittime cfr. 3.7).

g. *Garanzia di non-refoulement (art. 16 della convenzione)*

L'articolo 16 della convenzione prevede espressamente che nessuna persona può essere espulsa, respinta, consegnata o estradata verso uno Stato in cui vi è il pericolo di sparizione forzata. Quest'obbligo è conforme al diritto svizzero vigente. Si distinguono le seguenti costellazioni.

- *Estradizione ed espulsione*: per le estradizioni, l'articolo 2 lettera a AIMP stabilisce che una domanda di estradizione è irricevibile se vi è motivo di credere che il procedimento all'estero non corrisponda ai principi procedurali della CEDU e del Patto ONU II oppure, secondo la lettera d, presenti altre gravi deficienze o sia inesistente²⁴. Anche senza la ratifica della convenzione, l'estradizione di una persona che potrebbe essere vittima di sparizione forzata è quindi inammissibile. Per quanto riguarda l'espulsione di cittadini svizzeri, l'articolo 25 capoverso 1 Cost. sancisce un divieto assoluto.
- *Respingimento e consegna o rinvio forzato*: nel diritto svizzero, le espressioni respingimento o consegna verso un altro Stato menzionate all'articolo 16 della convenzione rientrano nella nozione di «rinvio forzato» e comprendono l'interruzione forzata della permanenza di stranieri. L'articolo 25 capoverso 3 Cost. prevede il divieto globale di rinvio forzato di una persona in uno Stato in cui rischia la tortura o un altro genere di punizione o trattamento crudeli o inumani. Questo divieto di rinvio forzato si ritrova anche nell'articolo 3 CEDU e in numerosi trattati bilaterali e multilaterali (cfr. anche art. 3 della Convenzione sulla tortura. In virtù del carattere assoluto dell'articolo 3 CEDU, non sottostà a deroghe e limitazioni neanche per le persone accusate di un crimine²⁵. Il divieto di rinvio forzato è completato dal divieto di respingere i rifugiati di cui all'articolo 25 capoverso 2 Cost. Questo principio di *non-refoulement*, ancora anche all'articolo 33 della Convenzione sui rifugiati²⁶ e all'articolo 5 capoverso 1 della legge sull'asilo (LAsi²⁷), rientra nel diritto consuetudinario internazionale con carattere vincolante²⁸.
- *Determinazione delle «fondato ragioni»*: l'articolo 16 capoverso 2 della convenzione stabilisce come devono essere determinate le ragioni fondate menzionate al capoverso 1, che portano a credere che sussiste il pericolo di sparizione forzata. Le autorità competenti devono includere nelle loro considerazioni, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato di una situazione consolidata di estese, flagranti o massicce violazioni dei diritti dell'uomo o di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario. Quest'obbligo corrisponde all'articolo 3 capoverso 2 della Convenzione sulla tortura, che la Svizzera ha già ratificato. Per quanto riguarda l'espulsione e l'allontanamento degli stranieri, in Svizzera le autorità chiamate ad applicare il diritto rispettano le garanzie di protezione dell'articolo 3 CEDU (principio di *non-refoulement*). Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo scaturisce che occorre tener conto del «rischio effettivo» di trattamento disumano²⁹. Il rischio effettivo si riferisce a un «*pericolo obiettivo*» di essere sottoposti a un trattamento che viola l'articolo 3 CEDU.

²⁴ Per procedura s'intende non solo le norme di diritto che disciplinano lo svolgimento della procedura all'estero, bensì anche la loro applicazione pratica: FF 1976 II 465, ad art. 2 – 4.

²⁵ Cfr. p. es. Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa D. Soering contro Gran Bretagna del 7 luglio 1989, Ser.A. n. 161 § 89, Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Chahal contro Gran Bretagna del 15 novembre 1996, CourEDH 1996-V, n. 79 segg.

²⁶ Convenzione del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati, RS 0.142.30.

²⁷ Legge del 26 giugno 1998 sull'asilo, RS 142.31.

²⁸ P. es. DTF 111 Ib 70.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, EZAR, 933 n. 1 § 111 = EuGRZ 1989, 314; EZAR 933 Nr. 3 § 113.

3.4. Privazione della libertà, diritti d'informazione e di ricorso

a. *Legalità della privazione della libertà e del rilascio (art. 17 cpv. 1 e cpv. 2 lett. a – e e art. 21 della convenzione)*

L'articolo 17 capoverso 1 della convenzione sancisce un divieto assoluto di detenzioni segrete. Il capoverso 2 illustra le altre condizioni per l'impostazione della privazione della libertà: gli Stati Parte devono assicurare che le condizioni per la privazione della libertà siano previste dalla legge e che siano garantiti i contatti con la famiglia e un legale nonché l'accesso da parte delle autorità autorizzate dalla legge. L'articolo 21 della convenzione stabilisce inoltre che anche il rilascio di persone private della libertà deve fondarsi su modalità disciplinate che proteggano tra l'altro l'incolumità fisica di tali persone.

Il diritto svizzero soddisfa già queste condizioni. L'articolo 31 capoverso 1 Cost. stabilisce che una persona può essere privata della libertà «solo nei casi previsti dalla legge e secondo le modalità da questa prescritte». Il capoverso 2 sancisce inoltre l'obbligo d'informazione, il diritto all'esame della carcerazione e il diritto di far avvisare i propri congiunti sulla privazione della libertà.

Il diritto all'assistenza legale, una conseguenza del diritto di audizione, comprende anche il diritto a comunicare con il proprio consulente legale (art. 29 cpv. 2 Cost. nonché art. 5 e 6 CEDU). Questo standard costituzionale minimo è concretizzato ulteriormente nella legislazione pertinente: in materia di diritto processuale penale si vedano in particolare gli articoli 127 e 212 segg. CPP e per quanto concerne la privazione della libertà a scopo di assistenza l'articolo 426 segg. nCC³⁰. La legge federale sugli stranieri e la legge sull'asilo prevedono varie forme di privazione di libertà: il fermo (art. 73 Legge federale sugli stranieri, LStr³¹), la carcerazione preliminare (art. 75 LStr), la carcerazione in vista di rinvio coatto (art. 76 LStr), la carcerazione in vista di rinvio coatto per carente collaborazione nel procurare i documenti di viaggio (art. 77 LStr), la carcerazione cautelativa (art. 78 LStr) e il fermo all'aeroporto o in un carcere per il rinvio forzato ai sensi dell'articolo 22 LAsi. La legge federale sugli stranieri garantisce alla persona interessata il diritto a comunicare con il rappresentante legale e con i familiari (art. 81 cpv. 1 LStr). Per il fermo all'aeroporto o in un carcere per il rinvio forzato previsto dalla legge sull'asilo, trova applicazione la garanzia minima ai sensi dell'articolo 31 capoverso 2 Cost. In questo contesto, la legge sull'asilo contiene inoltre una delega (art. 17 cpv. 4 LAsi). Il Consiglio federale si avvale di tale facoltà con l'articolo 7a capoverso 2 OAsi 1³².

In Svizzera, il diritto degli stranieri di avere contatti con le loro autorità consolari scaturisce in particolare dall'articolo 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari ed è previsto dall'articolo 81 LStr. L'accesso ai luoghi di detenzione è consentito alle autorità autorizzate dalla legge in Svizzera. L'articolo 8 capoverso 2 della legge federale del 20 marzo 2009 sulla Commissione per la prevenzione della tortura (RS 150.1) prevede inoltre espressamente che la Commissione abbia accesso a tutti i luoghi di privazione della libertà in qualsiasi momento e senza preavviso.

b. *Ricorso contro la legalità della privazione della libertà (art. 17 cpv. 2 lett. f della convenzione)*

L'articolo 17 capoverso 2 lettera f della convenzione obbliga gli Stati Parte a prevedere nella loro legislazione un rimedio giuridico contro la privazione della libertà. Questo diritto di

³⁰ Le nostre osservazioni si fondano essenzialmente sul nuovo diritto di protezione degli adulti, che entrerà in vigore il 1° gennaio 2013 (RU 2011 725)

³¹ Legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri, RS 142.20.

³² Ordinanza 1 dell'11 agosto 1999 sull'asilo relativa a questioni procedurali (Oasi 1), RS 142.311.

ricorso deve essere concesso in caso di sospetto di sparizione forzata non solo alla persona privata della libertà, bensì anche a tutte le persone con un interesse legittimo, come i congiunti della persona. Si vuole così tener conto del fatto che una persona vittima di sparizione forzata non può esercitare il suo diritto di ricorso personalmente. Il tribunale adito deve decidere immediatamente sulla legalità della privazione della libertà e, in caso di privazione della libertà illegale, ordinare il rilascio della persona.

- *Garanzie procedurali delle persone private della libertà*: nel diritto svizzero, le persone private della libertà beneficiano della protezione di forti garanzie procedurali. L'articolo 31 capoverso 3 Cost. prevede segnatamente che chi viene incarcerato a titolo preventivo ha diritto di essere prontamente tradotto davanti al giudice; il giudice decide la continuazione della carcerazione o la liberazione. Queste garanzie sono concretizzate in varie basi procedurali (cfr. p. es. gli art. 220 – 228 CPP per la carcerazione preventiva nell'ambito di un procedimento penale o gli art. 44 nonché 46 – 48 AIMP per la procedura di estradizione). L'imputato deve potersi consultare con il difensore senza sorveglianza in qualsiasi momento (cfr. in particolare l'art. 223 cpv. 2 CPP). Anche nell'ambito del diritto civile, la nuova legislazione sulla protezione degli adulti³³ prevede una protezione giuridica globale. Secondo l'articolo 439 nCC, l'interessato può, per iscritto, adire il tribunale competente tra l'altro in caso di ricovero ordinato dal medico. L'esame giudiziario è infine previsto anche nella legge federale sugli stranieri per la carcerazione amministrativa e in tale contesto spetta ai tribunali cantonali, con possibilità di ricorso al Tribunale federale. Per le decisioni dell'Ufficio federale della migrazione concernenti l'arresto all'aeroporto e basate sull'articolo 22 LAsi, è possibile ricorrere al Tribunale amministrativo federale.
- *Diritti di ricorso dei congiunti*: il diritto svizzero prevede un diritto di ricorso dei congiunti nell'ambito della privazione della libertà a scopo di assistenza. Come descritto sopra, la legge concede il diritto di rivolgersi a un tribunale per opporsi al collocamento di una persona non solo al diretto interessato, bensì anche ai suoi congiunti (oltre ai genitori, ai figli e al coniuge/partner vi rientrano anche il curatore, il medico, il sacerdote, l'operatore sociale e le persone di fiducia³⁴).

A prescindere da questa procedura di diritto civile, i vari codici processuali non prevedono un diritto di ricorso specifico per i congiunti nelle procedure che possono portare a una privazione della libertà. In base alla nuova fattispecie penale della sparizione forzata, i congiunti potranno però indirizzare una denuncia penale direttamente al pubblico ministero (art. 301 in combinato disposto con l'art. 12 lett. b CPP), se sospettano un caso di privazione della libertà ai sensi della sparizione forzata. L'autorità di perseguimento penale è quindi tenuta ad appurare se il sospetto è giustificato e in particolare a esaminare se la presunta privazione della libertà sia legale o meno. Se per ignoranza la denuncia non è indirizzata all'autorità cantonale competente, le autorità sono tenute a inoltrarla³⁵. Rientra nella nozione di sparizione forzata il rifiuto di riconoscere che la persona è stata privata della libertà e in generale il rifiuto di qualsiasi informazione sulla sua sorte. A prescindere dal fatto che in questo modo la persona sparita è sottratta alla protezione della legge, si tratta di una grave lesione degli interessi e nel caso concreto eventualmente addirittura dell'integrità psichica dei congiunti, che viola beni giuridici che dovrebbero essere protetti dalla nuova disposizione penale (art. 185bis nCP)³⁶. In tal modo i congiunti risultano parte direttamente lesa e assumono il ruolo di danneggiato ai

³³ Cfr. nota 59.

³⁴ Art. 450 nCC.

³⁵ Art. 39 CPP.

³⁶ Il messaggio concernente la modifica di leggi federali per l'attuazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, del 23 aprile 2008 (FF 2008 3293, p. 3351) contiene un'affermazione identica quando la sparizione forzata ha luogo nell'ambito di un crimine contro l'umanità.

sensi dell'articolo 115 CPP. Nel procedimento penale possono così far valere, in qualità di accusatore privato, diritti propri, compreso il diritto di ricorso.

In questo settore, il diritto svizzero è compatibile con la convenzione.

c. *Obbligo di tenere registri e verbali (art. 17 cpv. 3 della convenzione)*

Secondo l'articolo 17 capoverso 3 della convenzione, gli Stati Parte devono assicurare che siano compilati e aggiornati uno o più registri ufficiali e/o verbali ufficiali sulle persone private della libertà. Questi documenti devono essere prontamente messi a disposizione, su richiesta, di qualsiasi autorità giudiziaria o altra autorità o istituzione competente autorizzata dalla legge. Lo scopo di questa disposizione è da un lato di poter fornire informazioni rapidamente sul luogo in cui si trova la persona cercata e dall'altro di assicurare che la sua sorte sia rintracciabile («diritto alla verità», in particolare anche per i congiunti). A tal fine, la convenzione stabilisce le informazioni minime che devono essere registrate – nei registri o nei verbali. Essa non prescrive tuttavia quali dati devono essere iscritti nei registri e quali nei verbali. La situazione giuridica in Svizzera si presenta come segue.

- *Verbali*: attualmente in Svizzera i verbali sono tenuti perlopiù a livello cantonale e decentrato, e cioè presso le relative istituzioni. Sussistono divergenze quanto alle modalità di tenuta concrete, come ha rivelato tra l'altro l'indagine tecnica. È tuttavia presumibile che i dati fondamentali previsti all'articolo 17 capoverso 3 della convenzione siano già iscritti nei verbali. Ai fini della massima trasparenza, la legge d'introduzione prevista (cfr. 4.1.b sotto) sancirà tuttavia l'obbligo per le autorità di registrare tutti i dati richiesti a partire dall'entrata in vigore della convenzione.
- *Tenuta di registri*: oggi in Svizzera non esiste un registro unitario che enumeri tutti i casi di privazione della libertà. Alcune informazioni sui casi di privazione della libertà possono essere estratte dai registri esistenti (sistema d'informazione VOSTRA sul casellario giudiziale, sistema d'informazione centrale sulla migrazione SIMIC, ecc.). In altri settori, come il diritto di protezione degli adulti, le autorità sono tenute, in caso di ricorso, a fornire a un'autorità centrale tutte le informazioni. Non esiste neanche un sistema centralizzato di ricerca delle persone sparite. Chi cerca un proprio caro si rivolge a vari servizi: a livello cantonale tra l'altro ai posti di polizia locali, a livello federale al servizio Ricerche di persone disperse dell'Ufficio federale di polizia nonché a vari servizi non statali, tra cui il servizio di ricerca della Croce Rossa Svizzera. Tra i servizi statali e privati esiste una cooperazione informale, ma non istituzionalizzata. Per raggiungere l'obiettivo di protezione della convenzione, e cioè per poter dire in modo rapido e affidabile ai congiunti, in caso di sospetto di sparizione forzata, se una persona è stata privata della libertà, in Svizzera s'impongono quindi dei provvedimenti.

L'obiettivo potrebbe essere raggiunto con la creazione di un registro centrale dei casi di privazione della libertà. Nella risposta alla mozione Burkhalter (05.3773) concernente una «banca dati centralizzata relativa ai detenuti» il Consiglio federale si era già occupato di una questione analoga in un altro contesto (perseguimento penale più efficiente) e aveva rilevato che stando alle stime dell'epoca per la Confederazione un registro del genere comporterebbe spese d'investimento pari a circa 1,1 milioni di franchi nonché spese annue di 700 000 franchi. Per i Cantoni le spese si aggirerebbero sui 2,6 milioni di franchi all'anno. Il Consiglio federale aveva ritenuto il rapporto costi-benefici sfavorevole; tale progetto non è quindi mai stato avviato. Nel presente contesto, oltre ai casi di privazione della libertà di diritto penale dovrebbero essere iscritte nel registro centrale anche tutte le altre forme di privazione della libertà (misure di protezione degli adulti, carcerazione amministrativa, misure disciplinari militari). Vanno quindi messi in conto costi nettamente più alti di quelli preventivati all'epoca. I servizi di ricerca esistenti stimano che le richieste che riguardano persone private della libertà non superino due dozzine all'anno. Visto il

numero esiguo di domande attese, la creazione di un registro centrale per tutte le forme di privazione della libertà appare quindi sproporzionata dal profilo tecnico, finanziario e pratico.

Sulla scorta di queste considerazioni si è quindi optato per la creazione di una «rete»: la convenzione parla espressamente della tenuta di «uno o più registri e/o verbali». L'obiettivo di protezione può quindi essere raggiunto anche con una registrazione decentrata dei dati. Come già illustrato, a causa dell'organizzazione decentrata e della mancanza di interconnessione in Svizzera vi sono però alcune difficoltà nel rispondere alle richieste in tempo utile. Per colmare le lacune esistenti bisogna quindi introdurre un meccanismo di strutturazione delle richieste. Per creare una «rete», sia la Confederazione che i Cantoni devono designare un servizio di coordinamento ciascuno. Se sussiste un sospetto di sparizione forzata e occorre quindi appurare il luogo in cui si trova una persona, il servizio di coordinamento della Confederazione contatta i servizi di coordinamento cantonali. Questi ultimi verificano nei registri cantonali o mediante contatti con le autorità competenti se la persona cercata si trova in stato di privazione della libertà sul territorio cantonale. I servizi di coordinamento cantonali comunicano al più presto al servizio di coordinamento della Confederazione se sono riusciti ad appurare il luogo in cui si trova la persona. È così assicurato un flusso di informazioni efficiente e affidabile all'interno delle strutture esistenti in Svizzera. Per creare la rete è necessaria una base nel diritto svizzero.

d. Accesso a informazioni sulla privazione della libertà (art. 18 e 20 della convenzione)

Secondo la convenzione (art. 18), gli Stati Parte devono fornire a tutte le persone che hanno un interesse legittimo, ad esempio i congiunti di una possibile vittima di sparizione forzata, informazioni ben definite sulle circostanze della privazione della libertà (in particolare il momento e il luogo della privazione della libertà nonché il nome dell'autorità che l'ha ordinata). L'articolo 20 capoverso 1 della convenzione prevede tuttavia la possibilità – a patto che la persona cercata non sia sottratta alla protezione del diritto – di negare informazioni a severe condizioni, in particolare per tutelare la sfera privata o la sicurezza della persona detenuta oppure un'indagine penale in corso. In tal caso, secondo la convenzione (art. 20 cpv. 2) deve essere garantito il diritto a un rimedio giuridico. Oggi l'ordinamento giuridico svizzero prevede vari diritti d'informazione.

- Nell'ambito del diritto penale, secondo l'articolo 214 CPP, in caso di arresto le autorità penali sono tenute a informare i congiunti, a meno che lo scopo dell'istruzione non lo impedisca o l'interessato non vi si opponga espressamente. Nell'ambito dell'esecuzione della pena, le autorità non sono invece tenute a informare spontaneamente i congiunti o altre persone. Le richieste di informazioni possono essere respinte se il rilascio dell'informazione è incompatibile con il diritto all'autodeterminazione e alla sfera privata della persona arrestata. In caso di rifiuto dell'informazione, il diritto penale non prevede tuttavia alcun rimedio.
- L'accesso a informazioni in caso di privazione della libertà a scopo di assistenza è già previsto dalla legge. Se l'interessato vuole tener segreti alcuni fatti, il tribunale può limitare i diritti di parte degli altri partecipanti al procedimento, il che può portare a una limitazione del diritto dei congiunti di essere sentiti. Ciò è però ammissibile secondo la convenzione (art. 20 cpv. 1 della convenzione). Siccome i congiunti possono comparire quali parti nel procedimento (art. 439 nCC) è garantito un diritto d'informazione compatibile con la convenzione.
- Il diritto degli stranieri obbliga i Cantoni a provvedere ad avvisare una persona in Svizzera designata dallo straniero incarcerato (art. 81 cpv. 1 LStr). Da ciò non si può tuttavia dedurre un diritto all'informazione.

Il diritto vigente non soddisfa quindi integralmente i requisiti della convenzione: se la persona privata della libertà ai sensi del diritto penale, del diritto processuale penale o del diritto degli stranieri non vuole informare i congiunti/le persone a lei legate, questa decisione è rispettata dal diritto svizzero e ai congiunti non è offerto alcun rimedio giuridico per chiedere a un tribunale di esaminare il rifiuto dell'informazione.

Come già illustrato, per creare la rete è necessaria una base nel diritto svizzero. In tale base – è prevista una legge d'introduzione della convenzione – devono essere stabiliti anche il funzionamento della rete e le possibilità di ricorso dei congiunti. Il progetto di legge d'introduzione prevede quindi la possibilità per i congiunti di indirizzare una richiesta di informazioni al servizio di coordinamento centrale della Confederazione. Se è possibile stabilire il luogo in cui si trova la persona cercata, la richiesta è sottoposta al servizio di coordinamento centrale. Se quest'ultimo si rifiuta di informare i richiedenti, in primo luogo conferma che la persona non è sparita e in secondo luogo comunica mediante decisione di non poter rilasciare altre informazioni. Secondo le norme generali dell'organizzazione giudiziaria federale è possibile presentare ricorso contro questa decisione. Con la nuova legge d'introduzione è quindi soddisfatto il requisito della convenzione di prevedere un rimedio giuridico. Al tempo stesso, sostanzialmente non si interviene nel sistema svizzero, che protegge i diritti della personalità delle persone incarcerate.

e. Ritardo o intralcio delle procedure (art. 22 della convenzione)

Con l'articolo 22, la convenzione obbliga gli Stati Parte a procedere, a titolo preventivo e repressivo, contro il fatto di ritardare o ostacolare i rimedi previsti, di omettere la registrazione nonché di negare informazioni in modo ingiustificato. L'ordinamento giuridico svizzero soddisfa già questo requisito. Quali garanzie minime, l'articolo 29 Cost. sancisce tra l'altro il divieto di negare e ritardare la giustizia. Questo principio è concretizzato nella legislazione pertinente. Sono applicabili tra l'altro anche norme disciplinari e penali (in particolare art. 312 CP).

3.5. Protezione dei dati

L'articolo 19 della convenzione riguarda l'utilizzazione di dati personali. Il nocciolo della disposizione è l'obbligo di assicurare che i dati raccolti nell'ambito della ricerca di una persona sparita siano utilizzati unicamente per rintracciare tale persona. L'utilizzazione dei dati deve sempre essere conforme ai diritti dell'uomo. Le disposizioni sulla protezione dei dati nel diritto svizzero corrispondono a questi requisiti: l'articolo 13 capoverso 2 Cost. stabilisce già che ogni persona è protetta da un impiego abusivo dei suoi dati. Per le autorità federali, l'articolo 4 capoverso 3 della legge sulla protezione dei dati (LPD³⁷) stabilisce che i dati possono essere trattati soltanto per lo scopo indicato all'atto della loro raccolta o previsto da una legge. Le altre disposizioni dettagliate riguardanti il trattamento dei dati, la rettifica, la cancellazione nonché i diritti d'informazione e consultazione (cfr. per i principi art. 4 e 16 segg. LPD) assicurano che il trattamento dei dati non comporti un'ingerenza ingiustificata nei diritti fondamentali. Per il previsto servizio di coordinamento della Confederazione, il disegno di legge d'introduzione menziona espressamente i requisiti in materia di protezione dei dati (cfr. sotto 4.1). Le disposizioni per le autorità cantonali scaturiscono dalle relative leggi cantonali sulla protezione dei dati.

3.6. Formazione

Quale misura preventiva, l'articolo 23 della convenzione chiede che le persone che nella loro funzione ufficiale potrebbero entrare in contatto con casi di sparizione forzata siano formate adeguatamente. L'attuazione del modello «rete» consente di assicurare che i servizi

³⁷ Legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati, RS 235.1.

competenti a livello cantonale e federale siano informati sulla convenzione e sul suo contenuto. Con l'introduzione della nuova norma penale, inoltre, la fattispecie della sparizione forzata sarà inclusa nei relativi cicli di formazione. Come richiesto dall'articolo 23 capoverso 2 della convenzione, la nuova fattispecie penale sanzionerà espressamente gli ordini e le istruzioni di rappresentanti dello Stato che prescrivono o autorizzano la sparizione forzata.

3.7. Aiuto alle vittime

L'articolo 24 della convenzione contiene disposizioni concernenti le vittime di sparizione forzata. Gli obblighi degli Stati Parte di proteggere le vittime sono molto estesi rispetto agli strumenti relativi ai diritti dell'uomo esistenti. Assumono particolare rilievo l'ampia definizione di vittima e la forza dei diritti delle vittime. Ciò va letto in particolare sullo sfondo delle esperienze degli Stati latinoamericani, che hanno conosciuto una prassi sistematica di sparizione forzata e hanno dovuto elaborare il passato da questo punto di vista. Nei negoziati sulla convenzione sono state accolte le rivendicazioni delle associazioni di congiunti e vittime di sparizione forzata.

a Definizione di vittima (art. 24 cpv. 1 della convenzione)

Secondo l'articolo 24 capoverso 1 della convenzione, per vittima s'intende non solo la persona sparita, bensì anche qualsiasi altra persona fisica che abbia subito un pregiudizio quale diretta conseguenza della sparizione forzata. Come già menzionato, la convenzione colma così una lacuna nel diritto internazionale: finora il diritto internazionale non garantiva infatti la protezione necessaria alle persone legate a una persona sparita.

Nel diritto svizzero, con l'introduzione del nuovo articolo 185bis CP, le persone sparite sono considerate per principio vittime ai sensi della legge concernente l'aiuto alle vittime di reati (LAV³⁸) nonché danneggiati e vittime ai sensi degli articoli 115 capoverso 1 e 116 capoverso 1 CPP. In proposito non si pone alcun problema.

Per quanto riguarda le altre vittime, la convenzione è generosa: rientra tra le «vittime» ogni persona che abbia subito un pregiudizio quale diretta conseguenza della sparizione forzata. Nel dibattito su questa definizione di vittima è stato evidenziato che bisogna concedere alle autorità nazionali un margine di manovra per includere anche altre persone, oltre al partner e ai figli. Accanto a ogni persona lesa direttamente nella sua integrità fisica o psichica, nel diritto svizzero in base alla LAV e al CPP hanno espressamente diritto all'aiuto alle vittime anche il coniuge, i figli e i genitori della vittima nonché altre persone a lei unite da legami analoghi (art. 1 cpv. 2 LAV e art. 116 cpv. 2 CPP). Benché da questo punto di vista nel diritto svizzero la definizione di vittima sia più restrittiva che nella convenzione, il diritto svizzero garantisce il diritto all'aiuto alle vittime a varie persone legate alla vittima.

b Diritto alla verità (art. 24 cpv. 2 e 3 della convenzione)

L'articolo 24 capoversi 2 e 3 della convenzione obbliga gli Stati Parte ad adottare misure affinché ogni vittima apprenda la verità sulle circostanze della sparizione forzata. Per la Svizzera non vi è alcun bisogno di attuazione diretto: quanto chiedono questi due capoversi è già soddisfatto dall'obbligo d'indagine delle autorità in materia penale e dai diritti d'informazione degli interessati e dei congiunti (cfr. in proposito 3.4.d).

c Diritti delle vittime (art. 24 cpv. 4 e 5 della convenzione)

Secondo l'articolo 24 capoverso 4 della convenzione, lo Stato Parte deve assicurare alle vittime il diritto a una riparazione e un indennizzo rapido. Il capoverso 5 precisa questo diritto:

³⁸ Legge federale del 23 marzo 2007 concernente l'aiuto alle vittime di reati, RS 312.5.

esso comprende la restituzione, la riabilitazione, la soddisfazione e la garanzia di non ripetizione. La nozione di restituzione si riferisce in particolare al ripristino dello status giuridico prima della sparizione forzata (diritto alla libertà, rientro al domicilio, restituzione della proprietà, ecc.), mentre la nozione di riabilitazione riguarda in particolare le prestazioni mediche e psicologiche. La nozione di soddisfazione comprende anche prestazioni immateriali, oltre che pecuniarie.

In generale in Svizzera i diritti delle vittime sono molto estesi e comprendono sia i reati commessi in Svizzera sia quelli commessi all'estero. La garanzia di non ripetizione è attuata nell'ordinamento giuridico svizzero con il perseguimento penale, il controllo giudiziario di tutte le azioni delle autorità, la separazione dei poteri nonché la conclusione di trattati internazionali e la vigilanza sulla loro esecuzione. Per gli altri aspetti menzionati occorre fare una distinzione a seconda del luogo del reato e del domicilio della vittima.

- *Vittime di un atto commesso in Svizzera:* se una persona è vittima di sparizione forzata, tale azione è imputabile allo Stato. La vittima potrà quindi fondarsi sulla legge sulla responsabilità della Confederazione (LResp³⁹) o sulle leggi cantonali corrispondenti per ottenere una riparazione ai sensi della convenzione. È inoltre applicabile la LAV: in base ad essa, le persone lese direttamente nella loro integrità fisica, psichica o sessuale a causa di un reato commesso in Svizzera hanno diritto a consulenza e assistenza nonché ad aiuto immediato e a più lungo termine da parte dei consultori (art. 12 segg. LAV), indennizzi (art. 19 segg. LAV) e riparazione morale (art. 22 segg. LAV). Le vittime beneficiano inoltre di speciali diritti di protezione secondo il CPP (per un elenco non esaustivo dei diritti delle vittime cfr. art. 117 CPP). Anche le persone legate alla vittima hanno diritto all'aiuto alle vittime. Se fanno valere pretese civili, nel procedimento penale i congiunti godono degli stessi diritti della vittima (art. 117 cpv. 3 CPP). Vanno inoltre menzionate le misure di protezione previste nel CPP per le persone esposte a un grave pericolo per la vita e l'integrità fisica a causa del loro coinvolgimento in un procedimento (art. 149 segg. CPP). In futuro si applicheranno anche le misure di protezione della futura legge federale sulla protezione extraprocedurale dei testimoni⁴⁰.
- *Vittime di un atto commesso all'estero:* se una persona domiciliata in Svizzera (al momento dell'atto o al momento della domanda di aiuto alle vittime) è vittima di un reato all'estero, non ha diritto a prestazioni secondo la legge sulla responsabilità della Confederazione o leggi cantonali corrispondenti, ma ha diritto a prestazioni dell'aiuto alle vittime. Lo stesso vale per i suoi congiunti. Si applicano i diritti già illustrati concernenti la consulenza e l'assistenza da parte dei consultori. In questa costellazione non possono tuttavia essere concessi indennizzi e soddisfazione (art. 3 LAV). Siccome la LAV si applica a titolo sussidiario è prestato aiuto solo se lo Stato in cui è stato commesso il reato non fornisce prestazioni o fornisce prestazioni insufficienti (art. 4 e 17 cpv. 2 LAV). Le vittime beneficiano anche di speciali diritti di protezione secondo il CPP (per un elenco non esaustivo dei diritti delle vittime cfr. art. 117 CPP). La protezione prevista nella LAV per le vittime si applica integralmente se l'autore è arrestato e giudicato sul territorio svizzero.

Per le persone vittime di un reato all'estero e non domiciliate in Svizzera, la legge concernente l'aiuto alle vittime di reati non prevede per contro alcuna prestazione. Lo scopo della convenzione non sembra tuttavia neanche richiederlo. I diritti delle vittime si rivolgono in primo luogo allo Stato di cui sono state vittime.

d Status giuridico e libertà di associazione (art. 24 cpv. 6 e 7 della convenzione)

³⁹ Legge federale del 14 marzo 1958 su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali, RS 170.32.

⁴⁰ FF 2011 99.

Il capoverso 6 dell'articolo 24 della convenzione obbliga gli Stati ad adottare misure per lo status giuridico delle persone di cui ancora si ignori la sorte. L'ordinamento giuridico svizzero non contempla uno status specifico per le «persone sparite» ai sensi della convenzione, vi è tuttavia la possibilità di una dichiarazione di scomparsa (art. 35 segg. Codice civile, CC⁴¹).

L'articolo 24 capoverso 7 della convenzione esorta inoltre gli Stati a garantire il diritto di formare associazioni che si occupano di ricostruire i fatti e assistere le vittime di sparizione forzata. La libertà di associazione è totalmente garantita all'articolo 23 Cost. e concretizzata all'articolo 60 segg. CC. In Svizzera è quindi possibile costituire associazioni ai sensi dell'articolo 24 della convenzione in qualsiasi momento. Per la Svizzera non sono necessarie altre misure di attuazione.

3.8. Protezione speciale dei bambini

L'articolo 25 della convenzione colma una lacuna nel diritto internazionale vigente, garantendo ai bambini una speciale protezione nel contesto della sparizione forzata. In primo luogo gli Stati sono tenuti a punire l'allontanamento illegale di bambini nonché a prevedere procedure di revisione delle adozioni. In secondo luogo essi devono adottare misure per restituire i bambini vittime di sparizione forzata alle loro famiglie d'origine. In tutti i casi, secondo l'articolo 25 capoverso 5 della convenzione la priorità va all'interesse del bambino.

a Criminalizzazione dell'allontanamento illegale di bambini (art. 25 cpv. 1 della convenzione)

Per proteggere in modo mirato i bambini, la convenzione chiede in particolare che gli Stati Parte puniscano l'allontanamento illegale di bambini vittime di sparizione forzata nonché la falsificazione, l'occultamento o la distruzione di documenti attestanti la vera identità dei bambini.

L'ordinamento giuridico svizzero soddisfa già questi requisiti: in caso di allontanamento illegale di bambini sono applicabili varie disposizioni del codice penale: l'articolo 183 capoverso 2 CP protegge espressamente i minori di 16 anni dal rapimento. Inoltre l'articolo 220 CP punisce la sottrazione di minorenne e il rifiuto di restituire un minorenne alla persona che esercita l'autorità parentale. Infine l'articolo 219 CP contempla i casi di chi espone a pericolo lo sviluppo fisico o psichico di un minorenne violando il dovere di assistenza o educazione. I documenti che attestano la vera identità di una persona devono inoltre essere considerati atti la cui falsificazione o soppressione (compresa la distruzione) è punibile secondo gli articoli 251 – 255 CP. Anche i documenti stranieri rientrano nel campo di applicazione di queste disposizioni.

b Requisiti della procedura di adozione (art. 25 cpv. 2 – 5 della convenzione)

Secondo l'articolo 25 capoverso 4 della convenzione, gli Stati Parte che riconoscono sistemi di adozione o altre forme di collocamento di bambini devono prevedere procedimenti legali per rivedere le misure adottate in materia di adozione o collocamento e, se del caso, per annullare l'adozione o il collocamento di bambini vittime di sparizione forzata.

L'articolo 268a CC prevede un obbligo d'indagine globale per le autorità prima di concedere un'adozione. Secondo l'articolo 269 segg. nCC, un'adozione può essere contestata davanti a un tribunale se, senza motivo legale, non è stato richiesto il consenso. La possibilità di contestazione è quindi offerta tra l'altro ai genitori biologici a cui il bambino è stato sottratto illegalmente. Nell'ottica dell'interesse del bambino, per la contestazione di un'adozione sono previsti termini fissi: sei mesi dalla scoperta del motivo di contestazione e, in ogni caso, due

⁴¹ Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907, RS 210.

anni dall'adozione. Una contestazione dopo questi termini è però possibile – analogamente agli articoli 256c, 260c e 263 CC – se motivi importanti giustificano il ritardo⁴². Rientrano in questa categoria le adozioni in seguito a sparizione forzata. Come richiesto all'articolo 25 capoverso 5 della convenzione, il diritto svizzero attribuisce la massima priorità al bene del bambino: l'avvio di una procedura di annullamento dell'adozione può essere respinto se il bene del bambino sarebbe seriamente compromesso da un annullamento dell'adozione. Il diritto svizzero è quindi compatibile con la convenzione anche in questo punto.

Per quanto riguarda le adozioni internazionali, alla Svizzera si applica la convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (Convenzione dell'Aia; RS 0.211.221.311⁴³), il cui articolo 4 lettera c numero 2 e lettera d numero 3 prevede che il consenso a un'adozione sia stato prestato liberamente, nelle forme legalmente stabilite e per iscritto. Un'adozione in seguito a sparizione forzata costituisce quindi un motivo per annullare un'adozione.

Il diritto svizzero è pertanto compatibile con la convenzione anche in questo punto.

3.9. Disposizioni istituzionali

a Istituzione di un Comitato (art. 26 – 28 della convenzione)

Gli articoli 26 – 28 della convenzione prevedono l'istituzione di un Comitato sulle sparizioni forzate. Il Comitato è formato da dieci esperti indipendenti e di riconosciuta competenza, eletti tenendo conto della distribuzione geografica degli Stati Parte. L'articolo 26 della convenzione disciplina i dettagli dell'elezione, la durata del mandato e le risorse. L'articolo 27 della convenzione prevede che dopo almeno quattro anni e non oltre sei anni dall'entrata in vigore della convenzione gli Stati Parte valutino il funzionamento del Comitato per consentire adeguamenti sulla scorta delle prime esperienze. L'articolo 28 della convenzione obbliga il Comitato a cooperare con tutti gli organi pertinenti, gli uffici, le agenzie specializzate e i fondi delle Nazioni Unite nonché con le istituzioni internazionali e statali pertinenti e a coordinarsi in particolare con gli organi dei Patti ONU I e II.

b Obblighi degli Stati (art. 29 della convenzione)

L'articolo 26 capoverso 9 della convenzione obbliga gli Stati Parte a cooperare con il Comitato. Per quanto riguarda il meccanismo di vigilanza, la convenzione è molto snella: a differenza di altre convenzioni delle Nazioni Unite non prevede rapporti periodici. Secondo l'articolo 29 della convenzione, gli Stati sono tenuti unicamente a sottoporre, due anni dopo l'entrata in vigore della convenzione, un rapporto sulle misure di attuazione adottate. Il Comitato è autorizzato a esaminare il rapporto e, se del caso, formulare raccomandazioni. Secondo l'articolo 29 capoverso 4 della convenzione, il Comitato può inoltre chiedere agli Stati Parte di fornire informazioni supplementari sull'attuazione della convenzione. In un certo senso è così istituita una procedura di rapporti ad hoc.

c Procedure davanti al Comitato (art. 30 – 36 della convenzione)

Gli articoli 30 – 34 della convenzione disciplinano le procedure davanti al Comitato. Si distinguono procedure applicabili a tutti gli Stati Parte (art. 30, 33 e 34 della convenzione) e procedure che richiedono una dichiarazione preliminare dello Stato Parte, con cui questi riconosce la competenza del Comitato per tale procedura (art. 31 e 32 della convenzione). L'articolo 35 della convenzione stabilisce che il Comitato è competente unicamente per i casi che hanno avuto inizio dopo l'entrata in vigore della convenzione per lo Stato in questione: è

⁴² Cfr. in proposito DTF 112 II 298 seg.

⁴³ Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, RS 0.211.221.311.

quindi previsto un divieto di retroattività. Per la pubblicazione del rapporto annuale, l'articolo 36 della convenzione stabilisce che, se intende pubblicare un'osservazione su uno Stato, il Comitato informa preliminarmente lo Stato interessato. Si distinguono tre procedure.

- *Procedure obbligatorie secondo gli articoli 30, 33 e 34 della convenzione:* l'articolo 30 della convenzione consente a ogni individuo che ha un interesse legittimo, in casi urgenti, di avviare una procedura di ricerca presso il Comitato. Se la richiesta non si rivela infondata, abusiva, già pendente presso un altro organo d'indagine o incompatibile con la convenzione e il caso è stato sottoposto preliminarmente all'autorità nazionale competente, il Comitato chiede allo Stato interessato informazioni sulla situazione della persona da rintracciare. Il Comitato è autorizzato a cooperare con lo Stato Parte nonché a trasmettergli raccomandazioni per appurare la sorte della persona. Esso informa inoltre il richiedente della sua comunicazione con lo Stato Parte. La procedura obbligatoria persegue quindi obiettivi umanitari: la persona sparita deve essere rintracciata il più rapidamente possibile e i congiunti devono essere informati.

L'articolo 33 della convenzione autorizza inoltre il Comitato, in caso di informazioni affidabili indicanti gravi violazioni della convenzione, a effettuare una visita annunciata nello Stato corrispondente. L'articolo 34 della convenzione prevede infine che il Comitato possa informare l'Assemblea generale su Stati Parte in cui la sparizione forzata è praticata in modo sistematico. Il Comitato dispone pertanto di competenze inedite in questa forma nel sistema delle Nazioni Unite.

- *Procedura facoltativa di comunicazione secondo l'articolo 31 della convenzione:* se uno Stato Parte ha presentato una dichiarazione corrispondente, secondo l'articolo 31 il Comitato è competente anche per ricevere comunicazioni da parte di persone interessate o dei loro congiunti. A differenza della procedura obbligatoria, in primo piano qui non vi è l'aspetto umanitario, bensì la responsabilità internazionale dello Stato. L'articolo 31 capoverso 2 della convenzione determina le condizioni di ammissibilità: non soddisfano i requisiti in particolare le comunicazioni anonime e abusive. La convenzione chiede inoltre che lo stesso caso non sia oggetto di un'altra procedura d'indagine internazionale e che siano esauriti i rimedi giuridici applicabili sul piano nazionale. Se la comunicazione è valida, il Comitato è competente per l'esame. Esso sottopone la comunicazione allo Stato interessato per parere. Il caso è trattato dal Comitato in una riunione a porte chiuse. Il Comitato informa gli interessati e lo Stato Parte in merito alla sua conclusione. Anche in questa procedura il Comitato ha inoltre il diritto di esortare lo Stato Parte ad adottare misure provvisorie per scongiurare danni agli interessati.
- *Procedura facoltativa di comunicazione degli Stati secondo l'articolo 32 della convenzione:* sempre presentando una dichiarazione corrispondente, ogni Stato Parte può riconoscere la competenza del Comitato a ricevere le comunicazioni degli Stati. Il Comitato è così autorizzato a esaminare le comunicazioni con cui uno Stato Parte informa il Comitato che un altro Stato Parte non adempie i suoi obblighi derivanti dalla convenzione. La condizione è che entrambi gli Stati abbiano presentato una dichiarazione conformemente all'articolo 32.

3.10. Disposizioni finali

Infine la parte III (art. 37-45) contiene disposizioni finali. Per gli Stati federali, l'articolo 41 della convenzione stabilisce che essa si applica senza limitazioni in tutte le parti degli Stati federali. In caso di controversie in merito all'applicazione o all'interpretazione della convenzione decide un tribunale arbitrale o, se le parti non si accordano sulla sua configurazione, la Corte internazionale di giustizia dell'Aia (art. 42). Se uno Stato Parte viola la convenzione, esso può essere chiamato da un altro Stato Parte a rispondere ai sensi del diritto internazionale. Nell'ottica del diritto internazionale, l'articolo 43 della convenzione

stabilisce che le disposizioni del diritto internazionale umanitario, comprese le Convenzioni di Ginevra e i due Protocolli addizionali, non sono pregiudicate. Gli emendamenti al testo della convenzione proposti da ogni Stato Parte sono sottoposti dal Segretario generale a tutti gli Stati Parti per accettazione. Ogni emendamento necessita di una maggioranza dei due terzi (art. 44). La convenzione non prevede alcuna possibilità di denuncia. Gli Stati Parte sono per contro liberi di formulare riserve, a condizione che siano compatibili con lo scopo della convenzione.

4. Modifiche di leggi

Dalle considerazioni che precedono emerge che la ratifica della convenzione è associata a modifiche di leggi puntuali per la Svizzera. Come già menzionato, il codice penale deve essere completato con una fattispecie separata dedicata alla sparizione forzata. La creazione della rete e di riflesso i diritti d'informazione dei congiunti nonché l'introduzione di un rimedio giuridico richiedono inoltre una base esplicita. Visto il contenuto da disciplinare, in particolare gli aspetti legati alla protezione dei dati, deve trattarsi di una legge formale. È pertanto prevista l'emanazione di una legge d'introduzione, che serva ad ancorare giuridicamente la rete e al tempo stesso contenga le altre modifiche del diritto vigente in un certo senso come un atto quadro. I commenti che seguono ricalcano la sistematica della legge.

4.1. Creazione di una rete

a Scopo e definizione

La legge d'introduzione proposta mira ad attuare la convenzione. Ciò è stabilito espressamente nell'articolo sullo scopo e costituisce pertanto la cornice per le disposizioni contenute nella legge, che non vanno oltre i requisiti della convenzione.

La definizione di sparizione forzata all'articolo 2 della legge d'introduzione corrisponde alla nuova fattispecie penale. Sono così assicurate un'interpretazione e un'applicazione unitarie della nozione di sparizione forzata all'interno dell'ordinamento giuridico svizzero.

b Verballi

L'articolo 3 della legge d'introduzione sancisce l'obbligo di registrare i dati menzionati all'articolo 17 capoverso 3 della convenzione in verballi. La registrazione di questi dati è una condizione irrinunciabile per attuare i diritti d'informazione dei congiunti. Il rimando all'articolo 17 capoverso 3 della convenzione serve alla trasparenza, per far sì che le autorità interessate possano adottare i provvedimenti corrispondenti. L'espressione «casi di privazione della libertà» va interpretata ai sensi della convenzione: essa comprende pertanto forme di privazione della libertà di diritto penale, diritto processuale penale, diritto degli stranieri, diritto militare e diritto civile. L'obiettivo di protezione della convenzione prevede che si debba trattare di forme di privazione della libertà in istituto chiuso.

c Creazione e funzionamento della rete

L'articolo 4 sancisce la creazione della rete e invita la Confederazione e i Cantoni a designare un servizio di coordinamento ciascuno. Sul fronte della Confederazione sembra adeguato affidare tale compito al servizio «Ricerche di persone disperse» dell'Ufficio federale di polizia, in modo da sfruttare gli effetti di sinergia. Come già menzionato, già oggi questo servizio tratta le domande concernenti persone sparite. Esso dispone pertanto di esperienza in materia di ricerca di persone e ha buoni contatti con altri servizi di ricerca. Per motivi di flessibilità dell'organizzazione, il servizio di coordinamento della Confederazione

non deve tuttavia essere menzionato nella legge, bensì designato dal Consiglio federale. La legge attribuisce inoltre al Consiglio federale la competenza di disciplinare gli ulteriori dettagli concernenti il funzionamento della rete, in particolare le modalità di cooperazione con i Cantoni nonché i termini e i canali di comunicazione. La legge stabilisce che questo compito deve essere svolto con la partecipazione dei Cantoni.

Gli articoli 5 e 6 della legge d'introduzione costituiscono la base giuridica per l'inoltro e il trattamento delle richieste di informazioni. La condizione preliminare per avviare una ricerca nella rete è una richiesta di informazioni presentata da una persona che segnala la scomparsa di una persona a essa legata o ha un interesse degno di protezione e presume una sparizione forzata. La nozione di persona a essa legata va interpretata ai sensi della convenzione. Oltre ai congiunti vi rientrano anche altre persone che, dati i loro rapporti stretti con la persona detenuta, hanno un interesse legittimo alle informazioni, ad esempio il rappresentante legale. La richiesta deve essere motivata, in modo da consentire al servizio di coordinamento della Confederazione di escludere che si tratti di una richiesta abusiva. L'articolo 5 stabilisce che la richiesta va immessa nella rete se vi sono elementi che fanno ritenere che la persona cercata sia stata privata della libertà. A tal fine, il servizio di coordinamento della Confederazione comunica ai servizi di coordinamento cantonali il nome, la data di nascita e la nazionalità della persona cercata. L'articolo 5 capoverso 4 della legge d'introduzione stabilisce che i Cantoni devono comunicare al più presto al servizio di coordinamento della Confederazione se la persona cercata è stata privata o meno della libertà.

L'articolo 6 della legge d'introduzione rappresenta l'elemento centrale per attuare i diritti d'informazione dei congiunti e delle persone legate alla persona sparita. Le disposizioni si orientano ai valori del diritto vigente, che prevedono il rispetto dei diritti della personalità delle persone incarcerate e in particolare il rispetto di un rifiuto di rilasciare informazioni. L'articolo 6 della legge d'introduzione stabilisce pertanto che la persona cercata sia informata della ricerca. Se acconsente al rilascio di informazioni, queste informazioni sono trasmesse al richiedente. Se non acconsente, la legge crea la base affinché si possa comunicare ai richiedenti che la persona cercata non è sparita ai sensi della convenzione. Questa disposizione va al di là del diritto vigente, nel senso che consente eventualmente di concludere che la persona possa essere stata sottoposta a privazione della libertà. Al tempo stesso questa disposizione costituisce però il minimo per soddisfare il requisito della convenzione di non lasciare i congiunti nell'incertezza sulla sorte dei loro cari. Con il rimando all'articolo 20 capoverso 2 della convenzione, l'articolo 6 assicura inoltre che possano essere rispettati anche gli interessi delle autorità di perseguimento penale. L'obiettivo di protezione della convenzione prevede che la ricerca si limiti alle istituzioni che esercitano una forma di privazione della libertà in istituto chiuso.

L'articolo 6 capoverso 3 della legge d'introduzione stabilisce che il servizio di coordinamento conferma mediante decisione l'impossibilità di rilasciare altre informazioni. Secondo l'articolo 7 della legge d'introduzione, la protezione giuridica si orienta alle disposizioni generali dell'organizzazione giudiziaria, secondo le quali tali decisioni possono essere impugnate mediante ricorso al Tribunale amministrativo federale. Sono così soddisfatti i requisiti della convenzione, secondo cui deve esistere un rimedio giuridico.

d Protezione dei dati

L'articolo 8 della legge d'introduzione descrive le condizioni a cui il servizio di coordinamento della Confederazione può trattare dati personali. Il trattamento di tali dati è ammesso a patto che sussista una relazione con la persona privata della libertà e che ciò sia necessario per l'adempimento dei compiti del servizio di coordinamento. Per i dati personali degni di particolare protezione, l'articolo 8 della legge d'introduzione rimanda all'articolo 18 della convenzione, che contiene già un catalogo di dati concreti. L'articolo 8 costituisce inoltre la base giuridica per tenere una collezione di dati ai sensi dell'articolo 3 lettera g LPD. Sulla

base di tale banca dati, il servizio di coordinamento della Confederazione inoltra le richieste agli organi di coordinamento cantonali. Da parte loro, gli organi di coordinamento cantonale si limitano a informare il servizio di coordinamento della Confederazione, se la persona cercata è stata ritrovata. In tal caso, gli altri organi di coordinamento cantonali ricevono la notifica che la ricerca è conclusa. L'inoltro di dati personali è così ridotto al minimo.

Il Consiglio federale è autorizzato a disciplinare gli ulteriori dettagli e in particolare a definire quali dati possono essere elaborati, oltre a quelli previsti dall'articolo 18 della convenzione, per cercare la persona scomparsa. Il Consiglio federale è inoltre incaricato di fissare la durata di conservazione dei dati e di adottare le necessarie misure di sicurezza, soprattutto al fine di impedire l'accesso non autorizzato alla banca dati.

4.2. Nuova fattispecie della sparizione forzata

Come già illustrato (cfr. 3.2.a sopra), l'attuazione della convenzione presuppone una nuova disposizione nel codice penale, che punisca la sparizione forzata.

La nuova disposizione, l'articolo 185bis CP, deve da un lato garantire che le persone che lo Stato ha privato della libertà continuino a godere della protezione della legge e in particolare dispongano di garanzie procedurali e dall'altro assicurare che i congiunti di una persona privata della libertà ricevano informazioni sulla sua sorte (questo diritto scaturisce dal rispetto della sfera privata e delle relazioni familiari). Lo scopo è di evitare loro le sofferenze psichiche e la disperazione provocate da una sparizione forzata e dall'incertezza a essa associata. Anche i congiunti vanno quindi considerati vittime del reato di sparizione forzata⁴⁴. Di conseguenza devono essere concessi loro i diritti procedurali che scaturiscono da tale status.

La fattispecie penale della sparizione forzata comprende sostanzialmente quattro elementi: (a) una persona è privata della libertà, (b) lo Stato ha dato il mandato o approva l'atto, (c) è negata ogni informazione sulla sorte di questa persona o sul luogo in cui si trovi e infine (d) autori hanno l'intenzione di sottrarre la persona alla protezione della legge. Il crimine della sparizione forzata è in genere commesso da più persone congiuntamente. La disposizione proposta punisce sia coloro che partecipano alla privazione della libertà che coloro che negano ogni informazioni sull'interessato; i singoli autori non possono non essere a conoscenza dell'altro aspetto della fattispecie.

La formulazione della fattispecie penale ricalca pertanto la struttura della disposizione concernente la sparizione forzata quale crimine contro l'umanità: si distinguono due fattispecie, fondate sui quattro elementi costitutivi seguenti (a – d).

a Privazione della libertà

In analogia al testo della convenzione, la nozione di privazione della libertà è interpretata in termini generali e comprende le espressioni più specifiche della convenzione (arresto, privazione della libertà, rapimento), menzionate anche nello Statuto di Roma (art. 7 cpv. 2 lett. i).

b Partecipazione dello Stato

In quanto violazione dei diritti dell'uomo, la sparizione forzata presuppone una partecipazione dello Stato. Questa partecipazione può avvenire mediante un mandato o un'approvazione. Occorre distinguere varie costellazioni.

⁴⁴ Ciò viene già precisato anche dal messaggio concernente la modifica di leggi federali per l'attuazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, del 23 aprile 2008 (FF 2008 3293, p. 3351).

- *Attività su incarico o con approvazione dello Stato*: tipicamente gli impiegati pubblici (o i privati incaricati dallo Stato) agiscono su mandato di un superiore o con il consenso dello stesso. In questa costellazione il superiore incarna la partecipazione dello Stato. Se gli impiegati pubblici, sulla base di un grado elevato, agiscono invece di propria iniziativa e senza mandato, rientrano anch'essi nella norma penale, dal momento che dati i loro poteri o il loro margine di manovra, che consentono loro di far sparire una persona, in un certo senso incarnano la volontà dello Stato. Agiscono pertanto a nome dello Stato. La nozione di approvazione è formulata in termini sufficientemente ampi per includere gli aspetti dell'autorizzazione e della tolleranza. La convenzione (così come lo Statuto di Roma) menziona inoltre il sostegno. Il sostegno presuppone sempre un'approvazione, anche solo a titolo di dolo eventuale. La disposizione proposta contempla anche questa costellazione.
- *Partecipazione di organizzazioni politiche*: possono verificarsi casi di sparizione forzata anche in un contesto politico in cui l'autorità dello Stato è indebolita. Per evitare una lacuna giuridica in tali contesti occorre aggiungere che il mandato o l'approvazione della sparizione forzata possono provenire anche da un'organizzazione politica. Si tratta in particolare di includere agenti non statali che di fatto esercitano il potere o controllano un determinato territorio⁴⁵. Ciò corrisponde all'interpretazione della nozione di organizzazione politica menzionata nello Statuto di Roma in relazione a un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili⁴⁶. L'articolo 2 della convenzione non chiede un'estensione dell'applicabilità alle organizzazioni politiche. Tale estensione consente tuttavia di tener conto adeguatamente anche dei requisiti di cui all'articolo 3 della convenzione. Per questo motivo nonché allo scopo di allineare la nuova fattispecie alla disposizione corrispondente dello Statuto di Roma, nell'ambito dell'attuazione nel diritto svizzero sono quindi incluse quali agenti anche le organizzazioni politiche. Le attività dei gruppi puramente criminali continuano invece a rientrare nel campo di applicazione delle disposizioni del CP già in vigore.

c *Rifiuto dell'informazione*

Questo elemento costituisce la principale caratteristica distintiva della sparizione forzata: il rifiuto di qualsiasi informazione sulla sorte della persona sparita o sul luogo in cui si trova. L'incertezza che ne risulta può avere gravi ripercussioni sui congiunti (e in caso di prassi sistematica alimentare un clima generale di paura tra la popolazione). Inoltre l'assenza di qualsiasi informazione priva la persona della protezione della legge, in particolare perché né i congiunti né il sistema giudiziario possono appurare se e in quali circostanze è avvenuta la privazione della libertà. Infine la sparizione forzata si traduce in una tacita congiura, che ostacola la punibilità: siccome è fatta sparire ogni traccia della persona scomparsa, non sarà più possibile ricostruire la sua sorte in un procedimento penale. Il rifiuto dell'informazione costituisce quindi una grave lesione sia del diritto dei congiunti di essere informati sulla sorte della persona sparita sia della protezione giuridica a cui ha diritto ogni persona. Particolare attenzione va riservata ai seguenti punti.

- *Contenuto dell'informazione: «luogo» e «sorte»*. La nozione di sorte comprende non solo la morte della persona sparita, bensì anche tutti gli eventi essenziali che le sono capitati, in particolare il suo arresto e le relative circostanze. Il rifiuto di fornire informazioni sulla

⁴⁵ Un autore cita ad esempio il precedente dei Balcani nonché il territorio controllato dalle FARC in Colombia. Cfr. in proposito Grammer, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person – Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, 2005, pagg. 183-184.

⁴⁶ Cfr. P. es. Cassese, *Crimes against Humanity*, in Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford 2002, pag. 357 e Boot/Dixon/Hall, *Crimes against humanity*, in Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article*, Second Edition, München 2008, pagg. 236-237, compresa la nota 383.

sorte di una persona comprende quindi anche il «rifiuto di riconoscere la privazione della libertà»⁴⁷, menzionato espressamente nella convenzione.

- *Qualifica del rifiuto dell'informazione*: un rifiuto dell'informazione deve essere qualificato per poter definire meglio la cerchia dei potenziali autori. La punibilità del rifiuto scaturisce da un lato dall'infrazione a un obbligo giuridico, e cioè della lesione di un interesse pubblico o privato protetto dalla legge⁴⁸. Dall'altro un rifiuto rientra nella fattispecie anche se avviene su mandato dello Stato e di conseguenza sussiste un legame tra l'autore e il potere statale. L'autore partecipa quindi a un'azione criminale contraddistinta appunto dall'abuso di tale potere.

d Privazione della protezione della legge

La privazione della libertà seguita dal rifiuto di fornire informazioni sulla sorte o sul luogo in cui si trovi la persona fa sì che questa persona sia privata della protezione della legge.

Una persona è sottratta alla protezione della legge se una privazione della libertà inizialmente conforme ai requisiti della legge non è più legale poiché si protrae oltre la durata prevista dalle norme nazionali o internazionali (in questo senso il testo di legge francese parla di «période prolongée»)⁴⁹. È il caso ad esempio se la detenzione non viene di proposito comunicata al tribunale entro il termine prescritto dalla legge⁵⁰. La fattispecie non sussiste invece se la privazione della libertà segue la sequenza delle tappe procedurali secondo la legge (cfr. tra l'altro art. 215, 219, 224 e 225 CPP), anche se all'inizio per un breve periodo non è ancora approvata da un giudice. Se la privazione della libertà è illegale sin dall'inizio, anche la privazione della protezione della legge sussiste sin dall'inizio.

La privazione della protezione della legge rientra nelle intenzioni dell'autore, indipendentemente dal fatto che partecipi all'atto della privazione della libertà stesso o al rifiuto di qualsiasi informazione sulla sorte della persona o sul luogo in cui si trovi.

e Punizione

La pena da 1 a 20 anni proposta nel nuovo articolo 185bis CP corrisponde alla comminatoria della pena per la presa d'ostaggio (art. 185 CP) o il sequestro di persona e il rapimento in circostanze aggravanti (art. 184 CP)⁵¹. La pena minima di un anno corrisponde inoltre alla pena nei casi meno gravi di crimine contro l'umanità (art. 264a cpv. 3 CP).

La fattispecie penale della sparizione forzata è molto grave già di per sé: come descritto, la sparizione forzata mira a negare l'esistenza di una persona e ha ampie ripercussioni, dal momento che la persona è di fatto sottratta alle garanzie dello Stato di diritto.

Non è necessario introdurre una forma attenuata di sparizione forzata. In questo contesto, le norme della parte generale del codice penale (in particolare art. 48 lett. d e 48 lett. a cifra 4 CP) sono sufficienti. Per lo stesso motivo, il Parlamento ha rinunciato a una clausola attenuante per la fattispecie penale del crimine contro l'umanità (art. 264a cpv. 1 lett. e CP). Non deve essere introdotta neanche una fattispecie qualificata. Con l'articolo 264a capoverso 1 lettera e CP sussiste già una fattispecie qualificata, se la sparizione forzata è commessa nell'ambito di un crimine contro l'umanità.

⁴⁷ Allo stesso modo, lo Statuto di Roma parla di rifiuto di riconoscere la privazione della libertà.

⁴⁸ Si è optato per questa soluzione anche nell'ambito dell'attuazione dello Statuto di Roma nel diritto tedesco. Cfr. §7 capoverso 1, ch. 7, Völkerstrafgesetzbuch (Deutschland).

⁴⁹ Per un'interpretazione identica dello Statuto di Roma, cfr. Boot/Dixon/Hall, Crimes against humanity, in Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article, Second Edition, München, ad art. 7, n. 133, pag. 271.

⁵⁰ Per un'interpretazione simile della fattispecie penale della privazione della libertà, cfr. Delnon/Rüdy, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basilea 2007, N 12, 21 e 22 con l'articolo 183.

⁵¹ Delnon/Rüdy, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2007, N 25 zu Art. 184.

4.3. Criminalizzazione degli atti preparatori punibili

Visti il genere e la gravità di questo reato, la sparizione forzata assomiglia alla presa d'ostaggio (art. 185 CP). Per questo motivo dovrebbe essere inserita nel catalogo dei reati oggetto di atti preparatori punibili secondo l'articolo 260bis capoverso 1 CP. Vi figurano anche le fattispecie del sequestro di persona o del rapimento, di cui la sparizione forzata costituisce una fattispecie qualificata.

Di norma, inoltre, i casi di sparizione forzata sono pianificati e presuppongono che gli autori agiscano congiuntamente. Con la criminalizzazione degli atti preparatori punibili è possibile contemplare ad esempio atti preparatori di un rapimento o un'incarcerazione di persone sparite (p. es. la creazione di luoghi di detenzione segreti). Vi rientrano anche misure organizzative volte a occultare il fatto che la persona sparita è stata privata della libertà.

4.4. Modifica del codice penale militare

Analogamente al codice penale, è previsto l'inserimento di una nuova disposizione contro la sparizione forzata nel codice penale militare (CPM⁵²) (art. 151d). Inoltre sulla falsariga dell'articolo 260bis capoverso 1 CP il catalogo dei reati che possono essere oggetto di atti preparatori punibili (art. 171b cpv. 1 CPM) è completato con un rimando alla disposizione contro la sparizione forzata, e cioè all'articolo 151d CPM. Per queste modifiche si rimanda ai commenti precedenti⁵³.

4.5. Rafforzamento degli strumenti d'inchiesta

Come l'articolo 185 CP, l'articolo 185bis CP (Presa d'ostaggio) deve essere menzionato nell'elenco dei reati per cui possono essere ordinate la sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni (art. 269 cpv. 2 CPP⁵⁴) o un'inchiesta mascherata (art. 286 cpv. 2 CPP).

Lo stesso vale per la procedura penale militare. Come l'articolo 151c CPM (Presa d'ostaggio), anche il nuovo articolo 151d CPM deve essere menzionato nell'elenco dei reati per cui può essere ordinata la sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni (art. 70 cpv. 2 PPM⁵⁵). Per l'inchiesta mascherata, che segnatamente rientra nel campo di applicazione dell'articolo 73a PPM, non è invece necessario alcun adeguamento, dal momento che questo articolo rimanda all'articolo 70 PPM menzionato.

4.6. Altri adeguamenti del codice penale

Come il rapimento o la presa d'ostaggio, la sparizione forzata deve essere menzionata nell'elenco dei reati che possono essere puniti con l'internamento a vita, fintantoché sono soddisfatte le altre condizioni di cui all'articolo 64 capoverso 1bis CP.

5. Riconoscimento della procedura facoltativa di ricorso

La Svizzera deve chiedersi se con la ratifica intende anche rilasciare una dichiarazione concernente la competenza del Comitato secondo gli articoli 31 e 32 della convenzione. Finora 15 Paesi hanno riconosciuto la competenza del Comitato per la procedura facoltativa di comunicazione e 16 Paesi la competenza per le procedure degli Stati. Oltre ad alcuni Stati

⁵² Codice penale militare del 13 giugno 1927, RS 321.0.

⁵³ Cfr. cap. 3.1 e 3.2.

⁵⁴ Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007, RS 312.0.

⁵⁵ Procedura penale militare del 23 marzo 1979, RS 322.1.

latinoamericani e al Mali, tra di essi figurano anche Stati come Germania, Francia, Austria, Spagna, Belgio e Paesi Bassi. Siccome la convenzione è entrata in vigore solo da poco, finora il Comitato non ha ancora chiuso alcun procedimento.

Per il Consiglio federale, l'istituzione di strumenti di controllo efficaci è una misura indispensabile per promuovere il rispetto dei diritti dell'uomo. Per questo motivo, negli ultimi decenni la Svizzera ha riconosciuto i meccanismi di procedura facoltativa di comunicazione di tre convenzioni fondamentali delle Nazioni Unite: quelli del Comitato contro la tortura (CAT), del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale (CERD) e del Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW). La Svizzera è invece più reticente nei confronti della ratifica di strumenti riguardanti i diritti sociali, economici e culturali: in questi settori, essa difende la posizione che tali diritti sono di natura programmatica e una loro giustiziabilità non si giustifica.

La procedura facoltativa di comunicazione davanti al Comitato sulle sparizioni forzate non riguarda invece la tematica della giustiziabilità dei diritti sociali, che giustificerebbe tale reticenza. La procedura equivale piuttosto al meccanismo del CAT, già ratificato dalla Svizzera. Anche se nel complesso la rilevanza e l'applicabilità della presente procedura sembrano relativamente scarse per la Svizzera, la sua adozione da parte del maggior numero possibile di Stati – compresa la Svizzera – contribuisce a una migliore protezione dei diritti dell'uomo in tutto il mondo. A livello internazionale, con il riconoscimento della procedura di ricorso degli Stati la Svizzera disporrebbe di una base giuridica per intervenire concretamente presso gli Stati Parte che non rispettano la convenzione.

Per questi motivi, il Consiglio federale propone di rilasciare, con la ratifica della convenzione, la dichiarazione che la Svizzera riconosce la competenza del Comitato per la procedura facoltativa di comunicazione e la procedura di ricorso degli Stati.

6. Ripercussioni

La convenzione non ha ripercussioni finanziarie dirette né per la Confederazione né per i Cantoni. Le spese del Comitato sulle sparizioni forzate sono sostenute mediante il bilancio generale delle Nazioni Unite.

Siccome la presente strategia di attuazione non richiede la creazione di un registro centrale, non sono previsti costi infrastrutturali elevati. In vista della creazione della «rete», l'attuazione determinerà tuttavia un maggior onere amministrativo. A livello della Confederazione l'incarico al servizio di ricerca «Ricerche di persone disperse» dell'Ufficio federale di polizia di creare e gestire la rete nonché di trattare le richieste in qualità di servizio di coordinamento della Confederazione comporterà un leggero incremento del fabbisogno di personale. Anche a livello dei Cantoni devono essere adottate alcune misure amministrative riguardo agli organi di coordinamento cantonali.

7. Costituzionalità

Il progetto si fonda sull'articolo 54 capoverso 1 Cost., secondo cui gli affari esteri competono alla Confederazione. L'articolo 184 capoverso 2 Cost. autorizza il Consiglio federale a firmare e ratificare trattati internazionali. Secondo l'articolo 166 capoverso 2 Cost., l'Assemblea federale è competente per l'approvazione dei trattati internazionali, tranne quelli la cui conclusione è di competenza del Consiglio federale in virtù della legge o di un trattato internazionale (art. 24 cpv. 2 LParl; art. 7a cpv. 1 LOGA). Se la Svizzera conclude un trattato internazionale conformemente a queste disposizioni, esso è giuridicamente vincolante per la

Confederazione, con la conseguenza che essa dovrà rispondere di eventuali violazioni di disposizioni del trattato in base al diritto internazionale. Entro i confini nazionali, il carattere vincolante dei trattati internazionali si applica nella stessa misura alla Confederazione e ai Cantoni. La conclusione di un trattato internazionale non ha invece ripercussioni dirette sull'ordinamento interno delle competenze: l'esecuzione delle disposizioni del trattato resta di competenza di Confederazione e Cantoni secondo la ripartizione dei compiti prevista dalla Costituzione. Secondo l'articolo 49 capoverso 2 Cost., la Confederazione ha tuttavia l'obbligo di vigilare sul rispetto e sull'attuazione del diritto federale da parte dei Cantoni.

Con la ratifica della convenzione la Svizzera s'impegna a punire la sparizione forzata e ad adottare altre misure di prevenzione. Le competenze di Confederazione e Cantoni restano invariate. La Confederazione dispone delle competenze per emanare le disposizioni giuridiche necessarie: secondo l'articolo 123 capoverso 1 Cost. la Confederazione è competente per la legislazione nel campo del diritto penale, secondo l'articolo 122 capoverso 1 Cost. per la legislazione nel campo del diritto civile e secondo l'articolo 121 capoverso 1 nel settore degli stranieri.

La convenzione non è annullabile e necessita di modifiche legislative. La decisione in merito alla ratifica sottostà al referendum facoltativo secondo l'articolo 141 capoverso 1 lettera d cifra 1.

Secondo l'articolo 141a Cost., le modifiche costituzionali o legislative necessarie per l'attuazione di un trattato internazionale che sottostà al referendum possono essere incluse nel decreto di approvazione. Le disposizioni giuridiche proposte nel disegno sono necessarie per attuare la convenzione e scaturiscono direttamente dagli impegni che essa contiene. Il disegno dell'atto di attuazione può quindi essere incluso nel decreto di approvazione.

Allegato: Avamprogetto di legge di attuazione

Legge che attua la Convenzione internazionale del 20 dicembre 2006 per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata

Visti gli articoli 54 capoverso 1, 121 capoverso 1, 122 capoverso 1 e 123 capoverso 1 della Costituzione federale; vista la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 2006 per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata

Art. 1 Oggetto e scopo

La presente legge disciplina l'attuazione della Convenzione internazionale del 20 dicembre 2006 per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata.

Art. 2 Sparizione forzata

Ai sensi della presente legge è considerata sparita qualsiasi persona sottoposta a privazione della libertà su mandato dello Stato o con la sua approvazione, seguita dal rifiuto dello Stato di riconoscere tale privazione della libertà allo scopo di sottrarre la persona alla protezione della legge.

Art. 3 Obbligo di registrazione

Le autorità che eseguono ordini di privazione della libertà assicurano la registrazione delle informazioni enumerate all'articolo 17 capoverso 3 della convenzione.

Art. 4 Rete

¹ La Confederazione crea, in stretta cooperazione con i Cantoni, una rete che serva allo scambio di informazioni nell'ambito della ricerca di presunte persone sparite.

² A tal fine, la Confederazione e i Cantoni istituiscono un servizio di coordinamento ciascuno. Il Consiglio federale disciplina, con la partecipazione dei Cantoni, i dettagli relativi al funzionamento della rete, in particolare i termini di trattamento.

Art. 5 Richiesta di informazioni

¹ Le persone che non riescono a rintracciare una persona a esse legata e temono una sparizione forzata possono presentare una richiesta scritta e motivata di informazioni al servizio di coordinamento della Confederazione.

² La motivazione della richiesta deve illustrare segnatamente il rapporto esistente tra il richiedente e la persona cercata e i motivi su cui si fonda il sospetto di sparizione forzata.

³ Se vi sono motivi di ritenere che la persona cercata sia stata privata della libertà, il servizio di coordinamento della Confederazione avvia una richiesta corrispondente nella rete.

⁴ I servizi di coordinamento dei Cantoni comunicano immediatamente se la persona cercata si trova in stato di privazione della libertà sul loro territorio.

Art. 6 Rilascio di informazioni

¹ Se la ricerca nella rete non consente di stabilire il luogo in cui si trova la persona, il servizio di coordinamento della Confederazione comunica al richiedente che la persona non ha potuto essere rintracciata nell'ambito della ricerca nella rete.

² Se la ricerca nella rete rivela che la persona cercata si trova in stato di privazione della libertà, il servizio di coordinamento comunica della Confederazione al richiedente il luogo in cui si trova e i dati di contatto. A tal fine è necessario il consenso esplicito della persona cercata.

³ Se la persona cercata non acconsente o sussiste un altro motivo di esclusione secondo l'articolo 20 capoverso 2 della convenzione, il servizio di coordinamento della Confederazione conferma mediante decisione che la persona non è vittima di sparizione forzata ai sensi della convenzione e che non possono essere rilasciate ulteriori informazioni.

Art. 7 Protezione giuridica

La protezione giuridica è disciplinata dalle disposizioni generali sull'organizzazione giudiziaria.

Art. 8 Sistema d'informazione del servizio di coordinamento della Confederazione

¹ Il servizio di coordinamento della Confederazione gestisce un sistema d'informazione volto a registrare le richieste di ricerca nella rete secondo l'articolo 4 e il rilascio di informazioni secondo l'articolo 6.

² Il sistema contiene i dati personali degni di particolare protezione menzionati all'articolo 18 capoverso 1 della convenzione.

³ Il Consiglio federale disciplina i singoli punti concernenti: il catalogo dei dati, la durata di conservazione dei dati e la sicurezza dei dati.

Art. 9 Referendum ed entrata in vigore

La presente legge sottostà a referendum facoltativo.

Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

Modifica del diritto vigente

Le leggi federali qui appresso sono modificate come segue:

Modifica dell'articolo 64 capoverso 1bis CP

^{1bis} Il giudice ordina l'internamento a vita se l'autore ha commesso un assassinio, un omicidio intenzionale, una lesione personale grave, una rapina, una violenza carnale, una coazione sessuale, un sequestro di persona, un rapimento, una presa d'ostaggio o una sparizione forzata, una tratta di esseri umani, un genocidio, un crimine contro l'umanità o un crimine di guerra (titolo dodicesimo^{ter}) e se sono adempite le condizioni seguenti:

- a. con il crimine l'autore ha pregiudicato o voluto pregiudicare in modo particolarmente grave l'integrità fisica, psichica o sessuale di un'altra persona;
- b. è altamente probabile che l'autore commetta di nuovo uno di questi crimini;
- c. l'autore è considerato durevolmente refrattario alla terapia, poiché il trattamento non ha prospettive di successo a lungo termine.

Introduzione di un articolo 185bis CP Sparizione forzata

È punito con una pena detentiva non inferiore ad un anno chiunque, nell'intento di sottrarre una persona per un prolungato periodo alla protezione della legge:

¹ priva la persona della libertà su mandato o con l'approvazione di uno Stato o di un'organizzazione politica, negando in seguito la fornitura di informazioni sulla sorte di tale persona o sul luogo in cui questa si trova, o

² si rifiuta di fornire informazioni sulla sorte di tale persona o sul luogo in cui questa si trova, su mandato di uno Stato o di un'organizzazione politica oppure in violazione di un obbligo legale.

Modifica dell'articolo 260bis capoverso 1 lettera fbis CP

¹ È punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria chiunque prende, conformemente a un piano, concrete disposizioni tecniche od organizzative la cui natura ed estensione mostrano che egli si accinge a commettere uno dei seguenti reati:

(...)

f^{bis}. sparizione forzata (art. 185bis);

Introduzione di un articolo 151d CPM Sparizione forzata

È punito con una pena detentiva non inferiore ad un anno chiunque, nell'intento di sottrarre una persona per un prolungato periodo alla protezione della legge:

¹ priva la persona della libertà su mandato o con l'approvazione di uno Stato o di un'organizzazione politica, negando in seguito la fornitura di informazioni sulla sorte di tale persona o sul luogo in cui questa si trova, o

² si rifiuta di fornire informazioni sulla sorte di tale persona o sul luogo in cui questa si trova, su mandato di uno Stato o di un'organizzazione politica oppure in violazione di un obbligo legale.

Modifica dell'articolo 171b cpv. 1 lett. ibis CPM

¹ È punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria chiunque prende, conformemente a un piano, concrete disposizioni tecniche od organizzative la cui natura ed estensione mostrano che egli si accinge a commettere uno dei seguenti reati:

(...)

i^{bis}. sparizione forzata (art. 151d);

Modifica dell'articolo 269 capoverso 2 lettera a CPP

²La sorveglianza può essere disposta per perseguire i reati di cui alle disposizioni seguenti:

a. CP: (...)181 a 185bis, (...);

Modifica dell'articolo 286 capoverso 2 lettera a CPP

²L'inchiesta mascherata può essere disposta per perseguire i reati di cui alle disposizioni seguenti:

a. CP: (...)182 a 185bis, (...);

Modifica dell'articolo 70 capoverso 2 lettera a PPM

²La sorveglianza può essere disposta per perseguire i reati di cui alle disposizioni seguenti del Codice penale militare del 13 giugno 1927: (...) 151a a 151d, (...)