

Avamprogetto per la procedura di consultazione

Dipartimento federale di giustizia e polizia

**Misure complementari in materia di diritto penale per
l'attuazione dello Statuto di Roma della Corte penale
internazionale**

Avamprogetto e rapporto esplicativo

Ufficio federale di giustizia

Berna, agosto 2005

Indice

Elenco delle abbreviazioni	6
Compendio	7
1 PARTE GENERALE	8
1.1 La Corte penale internazionale	8
1.1.1 Breve panoramica	8
1.1.2 La Svizzera e la Corte penale internazionale	9
1.1.2.1 La prima fase: ratifica dello Statuto di Roma e cooperazione con la Corte	9
1.1.2.2 La seconda fase: misure complementari in materia di diritto penale svizzero	9
1.1.2.3 Il ruolo della Svizzera nelle trattative riguardanti le fattispecie di reato dello Statuto di Roma e i cosiddetti „elementi dei crimini”	10
1.2 Diritto penale internazionale	11
1.2.1 Importanza ed evoluzione del diritto penale internazionale	11
1.2.2 Diritto penale internazionale e legislazione nazionale	14
1.3 Linee generali dell'avamprogetto	16
1.3.1 Introduzione di nuove fattispecie penali	16
1.3.1.1 Motivi in favore di una normativa specifica in materia di crimini contro l'umanità e crimini di guerra nel diritto penale svizzero	16
1.3.1.2 Portata della revisione del diritto penale	22
1.3.1.2.1 La scelta delle nuove fattispecie dei crimini	22
1.3.1.2.2 Presa in considerazione dei principi fondamentali del diritto penale internazionale	23
1.3.1.2.3 Pene	24
1.3.1.3 Approccio normativo: modifica del Codice penale e del Codice penale militare o creazione di una legge distinta con disposizioni di diritto penale internazionale?	25
1.3.1.3.1 Possibilità di trasposizione penale	25
1.3.1.3.2 Diritto comparato	26
1.3.1.3.3 Modifica del Codice penale e del Codice penale militare	27
1.3.1.4 Tecnica normativa	28
1.3.1.4.1 Metodica della trasposizione di diritto penale	28
1.3.1.4.2 Panoramica di diritto comparato	31
1.3.1.4.3 Combinazione delle diverse opzioni	31
1.3.2 Competenza della Svizzera per il perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra	33
1.3.2.1 Il contenuto del principio di diritto internazionale dell'universalità	33
1.3.2.2 Il principio dell'universalità secondo il diritto vigente e la nuova Parte generale del Codice penale	34
1.3.2.3 Il principio dell'universalità in Svizzera nel perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra	36
1.3.2.3.1 Prima condizione: l'autore si trova in Svizzera	37
1.3.2.3.2 Seconda condizione: l'extradizione dell'autore non è possibile	37
1.3.2.3.3 Condizione supplementare per il perseguimento dei crimini di guerra: l'autore ha uno „stretto legame” con la Svizzera	38
1.3.2.4 Validità dello „stretto legame” anche per il genocidio e i crimini contro l'umanità	39
1.3.3 Nuova ripartizione delle competenze tra giurisdizione civile e militare per il perseguimento del genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra	44
1.3.3.1 Competenza secondo il diritto vigente	44
1.3.3.2 Modello di soluzione per le future competenze della giurisdizione civile e militare	46
1.3.3.2.1 Modello 1: deferimento integrale alla giurisdizione civile	46
1.3.3.2.2 Modello 2: deferimento integrale alla giurisdizione militare	46
1.3.3.2.3 Modello 3: soluzione mista, ovvero deferimento alla giurisdizione civile e a quella militare	47
1.3.3.3 Decisione di attribuire la competenza in funzione del tipo di autore (civile o militare)	49
1.3.4 Regolamentazione della giurisdizione civile: competenza della Confederazione o dei Cantoni?	50
1.3.4.1 Diritto vigente	50
1.3.4.2 Competenza della Confederazione	52
1.3.5 Relazione con le revisioni e i progetti di riforma più recenti in materia di diritto penale, procedura penale e organizzazione dei tribunali	53
2 PARTE SPECIALE	53

2.1	Modifica del Codice penale	53
2.1.1	Articolo 75 ^{bis} AP-CP (imprescrittibilità)	54
2.1.1.1	Imprescrittibilità secondo lo Statuto di Roma	54
2.1.1.2	Situazione giuridica in Svizzera	55
2.1.1.3	Excursus: convenzioni dell'ONU e del Consiglio d'Europa sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e i crimini di guerra	56
2.1.2	Articolo 259 capoverso 1 ^{bis} AP-CP (Pubblica istigazione al genocidio)	57
2.1.3	Articolo 260 ^{bis} AP-CP (Atti preparatori punibili)	58
2.1.4	Titolo dodicesimo ^{bis} AP-CP (Reati contro gli interessi della comunità internazionale)	59
2.1.4.1	Articolo 264 AP-CP (Genocidio)	59
2.1.4.1.1	Necessità di revisione	59
2.1.4.1.2	Le modifiche dell'articolo 264 AP-CP in dettaglio	60
2.1.4.2	Art. 264 ^{bis} AP-CP (Crimini contro l'umanità)	62
2.1.4.2.1	Campo d'applicazione della fattispecie dei crimini contro l'umanità	62
2.1.4.2.2	Fattispecie di base: attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile	63
2.1.4.2.3	Articolo 264 ^{bis} capoverso 1 lettere a-k AP-CP (le singole fattispecie dei crimini contro l'umanità)	65
2.1.4.2.4	Pene	77
2.1.5	Titolo dodicesimo ^{ter} AP-CP (Crimini di guerra)	78
2.1.5.1	Punibilità dei crimini di guerra nel diritto penale svizzero vigente e futuro	78
2.1.5.2	Le nuove disposizioni che puniscono le violazioni del diritto internazionale umanitario nel contesto di conflitti armati (crimini di guerra)	78
2.1.5.2.1	Art. 264 ^{ter} AP-CP (Campo d'applicazione)	79
2.1.5.2.2	Articolo 264 ^{quater} AP-CP (Gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949)	82
2.1.5.2.3	Articolo 264 ^{quinquies} – articolo 264 ^{decies} AP-CP (Altri crimini di guerra)	84
2.1.5.3	Pene	93
2.1.6	Titolo dodicesimo ^{quater} AP-CP (Disposizioni comuni)	94
2.1.6.1	Art. 264 ^{duodecies} AP-CP (Punibilità dei superiori)	94
2.1.6.1.1	Fondamenti di diritto internazionale	94
2.1.6.1.2	La responsabilità dei comandanti militari e dei civili	95
2.1.6.1.3	La punibilità dei superiori secondo il diritto svizzero vigente	96
2.1.6.1.4	Il principio giuridico della punibilità del superiore secondo l'articolo 264 ^{duodecies} AP-CP	97
2.1.6.1.5	Delimitazione rispetto ad altre forme di responsabilità dell'autore	98
2.1.6.2	Articolo 264 ^{terdecies} AP-CP (Commissione di un reato su ordine di un superiore)	98
2.1.6.3	Articolo 264 ^{quaterdecies} AP-CP (Reati commessi all'estero)	99
2.1.6.4	Art. 264 ^{quinquiesdecies} AP-CP (Esclusione dell'immunità relativa)	101
2.1.7	Articolo 340 numero 2 AP-CP (Giurisdizione federale)	103
2.2	Modifica del Codice penale militare	103
2.2.1	Campo d'applicazione personale del Codice penale militare	103
2.2.2	Articolo 9 capoverso 1 ^{bis} e capoverso 1 ^{ter} AP-CPM (Condizioni di luogo)	104
2.2.3	Articolo 18 capoverso 2 AP-CPM (Commissione di un reato su ordine di un superiore)	105
2.2.4	Articolo 56 ^{bis} AP-CPM (Imprescrittibilità)	105
2.2.5	Reati contro gli interessi della comunità internazionale	105
2.2.5.1	Articolo 108 AP-CPM (Genocidio)	105
2.2.5.2	Articolo 109 AP-CPM (Crimini contro l'umanità)	106
2.2.6	Capo sesto ^{bis} AP-CPM Crimini di guerra	106
2.2.7	Disposizioni comuni	107
2.2.7.1	Articolo 112 ^{octies} AP-CPM (Punibilità dei superiori)	107
2.2.8	Articolo 171a capoverso 1 ^{bis} AP-CPM (Pubblica istigazione al genocidio)	107
2.2.9	Atti preparatori punibili	107
2.2.9.1.1	Articolo 220 numero 1 AP-CPM (Giurisdizione in caso di partecipazione di civili)	107
2.2.9.1.2	Articolo 221 capoversi 2 e 3 AP-CPM (Giurisdizione in caso di concorso di reati o di disposizioni penali)	108
2.3	Revisione di altre leggi	108
2.3.1	Modifica della legge federale sulla procedura penale	108
2.3.2	Modifica della legge federale sull'assistenza giudiziaria in materia penale	109
2.3.3	Modifica della legge sulla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni e della legge federale sull'inchiesta mascherata (ampliamento dell'elenco dei reati)	110
3	CONSEGUENZE	110
3.1	Conseguenze finanziarie e personali	110
3.2	Conseguenze economiche	112
3.3	Conseguenze a livello informatico	112

3.4	Conseguenze per i Cantoni	112
4	PROGRAMMA DI LEGISLATURA	112
5	RAPPORTO CON IL DIRITTO EUROPEO	113
5.1	Unione europea	113
5.2	Consiglio d'Europa	114
6	COSTITUZIONALITÀ	114

Allegato 1: Tabella (competenza della giustizia civile e militare) XXX

Legge federale sulle modifiche del Codice penale e del Codice penale militare nonché di altre leggi federali, in vista dell'attuazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (avamprogetto) XXX

Eelenco delle abbreviazioni

AIMP	Legge federale del 20 marzo 1981 sull'assistenza internazionale in materia penale (RS 351.1)
AP-CP	Avamprogetto del DFGP XX XX 2005 concernente la modifica del CP
AP-CPM	Avamprogetto del DFGP del XX XX 2005 concernente la modifica del CPM
BU N	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BU S	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
CG	Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949
CICR	Comitato Internazionale della Croce Rossa
CIG	Corte internazionale di giustizia
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0)
CPI	Corte penale internazionale
CPM	Codice penale militare del 13 giugno 1927 (RS 321.0)
DTF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale
FF	Foglio federale
ICC	International Criminal Court (Corte penale internazionale)
ICJ	International Court of Justice (Corte internazionale di giustizia)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunale penale internazionale per il Ruanda)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia)
ILC	International Law Commission
IMT	International Military Tribunal
loc. cit.	loco citato
nPG-CP	Modifica del 13 dicembre 2002 della Parte generale del Codice penale (FF 2002 7351, non ancora entrata in vigore)
nPG-CPM	Modifica del 21 marzo 2003 della Parte generale del Codice penale militare (FF 2003 2438, non ancora entrata in vigore)
OGPM	Ordinanza del 24 ottobre 1979 concernente la giustizia penale militare (RS 322.2)
Protocollo	Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (Protocollo I o II)
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali
STE	Série des traités européens (Consiglio d'Europa)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
Vol.	Volume
YB	Yearbook
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Compendio

Il 17 luglio 1998, una Conferenza diplomatica di plenipotenziari delle Nazioni Unite ha adottato a Roma il cosiddetto “Statuto di Roma” della Corte penale internazionale (CPI), entrato in vigore il 1° luglio 2002. Lo Statuto è stato sottoscritto da 139 Stati e fino al 1° giugno 2005 vi avevano aderito 99 Paesi. La Svizzera ha depositato i suoi strumenti di ratifica il 12 ottobre 2001.

Dopo l'adozione dello Statuto di Roma, l'obiettivo prioritario del Consiglio federale era quello di aderire il più presto possibile alla CPI. Il Governo, nel suo messaggio concernente la ratifica dello Statuto di Roma, si è pertanto concentrato sugli emendamenti legislativi che si rivelavano immediatamente necessari. Si trattava di emanare una legge specifica sulla cooperazione con la CPI e di adeguare il diritto penale in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia. Per poter giungere in tempi brevi alla ratifica, si è deciso di rinviare a una seconda fase ulteriori modifiche di legge quali l'introduzione nel diritto penale svizzero della fattispecie riguardante i crimini contro l'umanità e la definizione dei crimini di guerra. Il 12 ottobre 2001 la Svizzera è stato il 43° Stato a depositare i documenti di ratifica presso la sede principale dell'ONU a New York.

Nell'ambito della seconda fase di trasposizione dello Statuto di Roma, occorre ora effettuare i necessari emendamenti legislativi, affinché la Svizzera sia in grado di garantire il perseguimento penale dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra in modo effettivo, trasparente e soprattutto senza lacune. Oltre a fornire precisazioni nella Parte generale e nella Parte speciale del Codice penale e del Codice penale militare, con la revisione si intende in primo luogo introdurre la nuova fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità e definire in modo dettagliato i crimini di guerra. I crimini contro l'umanità non sono ancora stati codificati nel diritto penale svizzero e non sono quindi ancora specificatamente punibili. La punibilità dei crimini di guerra, invece, è al momento prevista soltanto dal diritto penale militare, sulla base di un rinvio generico al diritto internazionale applicabile, ciò che non soddisfa le attuali esigenze dettate dal principio della legalità in materia di diritto penale. Sono state inoltre ridefinite le competenze della giustizia civile e militare per quel che concerne l'apertura di procedimenti penali per genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Occorre infine operare alcuni adeguamenti minori alla legge federale sulla procedura penale, alla legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale, alla legge federale sulla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni e alla legge federale sull'inchiesta mascherata (ampliamento dell'elenco di reati).

Con l'adozione delle misure menzionate si prevede di realizzare due obiettivi: in primo luogo, la possibilità di avviare autonomamente un procedimento penale contro gli autori di crimini contro l'umanità o crimini di guerra. Grazie a tale possibilità, anche in futuro la Svizzera non potrà essere considerata un “porto sicuro” per gli autori di simili crimini. In secondo luogo, grazie a una legislazione particolareggiata in materia di crimini contro l'umanità e crimini di guerra, la Svizzera sarà in grado di impedire che la CPI avochi a sé procedimenti riguardanti crimini che rientrano nella sovranità territoriale elvetica o che sono stati commessi da un cittadino svizzero.

Rapporto esplicativo

1 Parte generale

1.1 La Corte penale internazionale

1.1.1 Breve panoramica¹

Il cosiddetto „Statuto di Roma“ della Corte penale internazionale (CPI)² è stato adottato a Roma il 17 giugno 1998 dalla Conferenza diplomatica di plenipotenziari delle Nazioni Unite per la creazione di una Corte penale internazionale, ed è entrato in vigore il 1° luglio 2002. 139 Stati hanno sottoscritto lo Statuto di Roma e 97 vi hanno finora aderito³, tra i quali la Svizzera in data 12 ottobre 2001. Dopo l'elezione dei giudici e del Procuratore all'inizio del 2003, la Corte ha potuto cominciare la propria attività all'Aia. Fino a oggi la Corte ha già ricevuto da 80 Stati diversi oltre 1 000 segnalazioni concernenti presunti crimini⁴.

La CPI è competente per giudicare i crimini di particolare gravità che concernono l'intera comunità internazionale: genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Prima che la Corte possa esercitare la sua giurisdizione anche sul crimine di aggressione occorre che gli Stati parte ne definiscano la fattispecie.

La Corte si fonda sul principio della complementarità: esercita le proprie funzioni unicamente qualora le autorità nazionali competenti non intendano o non siano in grado di perseguire efficacemente uno dei reati citati, commesso sul loro territorio nazionale o da un loro cittadino. Si intende in tal modo garantire che le lacune frequentemente riscontrate nel perseguimento penale di questi crimini esecrabili possano essere colmate, senza che la Corte si sostituisca a priori alle giurisdizioni nazionali. Finora tre Stati, l'Uganda, la Repubblica democratica del Congo e la Repubblica centrafricana hanno segnalato al Procuratore della CPI situazioni⁵ in cui crimini di competenza della Corte sembra siano stati commessi sui loro territori nazionali. Il Procuratore della CPI ha finora avviato inchieste in relazione alle situazioni segnalate nella Repubblica democratica del Congo e in Uganda⁶.

¹ Per una presentazione più particolareggiata, cfr. il messaggio del 15 novembre 2000 concernente lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, la legge federale sulla cooperazione con la Corte penale internazionale e una revisione del diritto penale (messaggio sulla CPI), FF **2001** 311, 333 segg.

² **RS 0.312.1.**

³ Stato al 1° marzo 2005.

⁴ Cfr. art. 14 cpv. 1 dello Statuto di Roma.

⁵ Cfr. comunicati per la stampa della CPI del 29 gennaio 2004, del 19 aprile 2004 e del 7 gennaio 2005.

⁶ Cfr. comunicati per la stampa della CPI del 23 giugno 2004 e del 29 luglio 2004.

1.1.2 La Svizzera e la Corte penale internazionale

1.1.2.1 La prima fase: ratifica dello Statuto di Roma e cooperazione con la Corte

Dopo l'adozione dello Statuto di Roma il 18 luglio 1998, l'obiettivo prioritario del Consiglio federale era quello di aderire quanto prima alla CPI. Gli sforzi si sono quindi focalizzati sulle modifiche legislative immediatamente necessarie per la ratifica dello Statuto di Roma. Si trattava in particolare di emanare una legge specifica sulla cooperazione tra le autorità svizzere e la CPI⁷ e di estendere l'elenco svizzero dei reati contro l'amministrazione della giustizia alle procedure dinanzi a tribunali internazionali⁸. Per poter giungere in tempi brevi alla ratifica, si è deciso di rinviare a una seconda fase le ulteriori modifiche di legge, come l'introduzione nel diritto penale svizzero della fattispecie riguardante i crimini contro l'umanità e la definizione dei crimini di guerra. Il 12 ottobre 2001 la Svizzera è stato il 43° Stato a depositare i documenti di ratifica presso la sede principale dell'ONU a New York⁹.

1.1.2.2 La seconda fase: misure complementari in materia di diritto penale svizzero

Nel messaggio concernente la ratifica dello Statuto di Roma, il Consiglio federale annuncia anche di voler intraprendere una revisione del diritto penale in relazione ai crimini di competenza della CPI. Poiché simili adeguamenti legislativi non risultano dagli obblighi immediati previsti dallo Statuto, tale revisione andrà effettuata in un secondo tempo, in modo da non ritardare i lavori necessari alla ratifica dello Statuto.¹⁰

Nell'ambito della seconda fase di trasposizione dello Statuto di Roma, occorre ora effettuare i necessari emendamenti legislativi, affinché la Svizzera sia in grado di garantire il perseguimento penale dei crimini contro l'umanità e il diritto internazionale umanitario (norme che proteggono le vittime di conflitti armati) in modo effettivo, trasparente e soprattutto esente da lacune. Oltre a precisazioni nella Parte generale e nella Parte speciale del Codice penale e del Codice penale militare, la revisione concerne in primo luogo la creazione della nuova fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità. Nei rapporti degli esperti e nel corso della procedura di consultazione relativa al messaggio concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, era già stata rilevata la necessità di introdurre il più rapidamente possibile una simile fattispecie nel nostro diritto. Anche la dottrina svizzera è favorevole alla creazione della fattispecie dei

⁷ Legge federale del 22 giugno 2001 sulla cooperazione con la Corte penale internazionale (LCPI), RS **351.6**; per maggiori dettagli cfr. il messaggio sulla CPI, FF **2001** 371 segg.

⁸ Cfr. art. 309 CP (RS **311.0**) e art. 179b CPM (RS **321.0**).

⁹ Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998, RS **0.312.1**, entrato in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2002.

¹⁰ Messaggio sulla CPI, FF **2001** 340 e 369.

crimini contro l'umanità¹¹. Occorre definire nei dettagli anche le fattispecie relative ai crimini di guerra, la cui punibilità è al momento prevista soltanto dal diritto penale militare sulla base di un rinvio generico al diritto internazionale applicabile¹². Ciò non basta più a soddisfare le attuali esigenze dettate dal principio della legalità in materia di diritto penale. La revisione si propone inoltre di ridefinire la ripartizione delle competenze tra giurisdizione civile e militare, e rendere quindi più professionale la conduzione di procedimenti penali per genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Alcuni adeguamenti minori riguardano la legge federale sulla procedura penale, la legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale, la legge federale sulla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni e la legge federale sull'inchiesta mascherata (ampliamento dell'elenco di reati).

Con l'adozione delle misure menzionate si prevede di realizzare due obiettivi: in primo luogo, la possibilità di avviare autonomamente un procedimento penale per crimini contro l'umanità o crimini di guerra garantirà alla Svizzera anche in futuro di non essere considerata un "porto sicuro" dagli autori di simili crimini. In secondo luogo, grazie a una legislazione particolareggiata in materia di crimini contro l'umanità e crimini di guerra, la Svizzera sarà in grado di impedire che la CPI avochi a sé procedimenti riguardanti crimini che rientrano nella sovranità territoriale elvetica o che sono stati commessi da un cittadino svizzero.

1.1.2.3 Il ruolo della Svizzera nelle trattative riguardanti le fattispecie di reato dello Statuto di Roma e i cosiddetti „elementi dei crimini”

La Svizzera è socio fondatore di un gruppo di Stati dalla posizione affine (il cosiddetto "*like-minded group*"), ossia una coalizione di Stati a sostegno di una Corte penale forte e indipendente. Il nostro Paese ha così potuto partecipare in modo determinante alla formazione della volontà di questo gruppo, nell'ambito del quale, nel corso della Conferenza internazionale di Roma del 1998, ha coordinato parti importanti dei lavori inerenti al catalogo dei crimini, in particolare per quanto riguarda la lista dei crimini di guerra. La Svizzera si è impegnata affinché nel definire le nozioni di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra non si compisse un passo indietro rispetto alla situazione di allora del diritto internazionale. Tale esigenza è stata ampiamente soddisfatta nello Statuto.

In seno alla Commissione preparatoria, che dal 1999 al 2000 si è occupata tra l'altro dell'elaborazione degli „elementi dei crimini“ supplementari¹³, la Svizzera ha pure fornito un contributo determinante. Gli "elementi dei crimini" esplicitano le formulazioni talvolta approssimative delle fattispecie di reato contenute nello Statuto

¹¹ Cfr. ad es. Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, San Gallo 1992, art. 109, pag. 546 nota 2; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), pag. 54.

¹² Cfr. art. 109 CPM.

¹³ Per la genesi degli „elementi dei crimini“, cfr. il messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 406 segg.

di Roma. Tuttavia, gli “elementi dei crimini” non sono direttamente vincolanti per la CPI. Il valore normativo degli “elementi dei crimini” si limita quindi a una funzione ausiliaria (“check-list”) a beneficio della Corte nell’interpretazione e nell’applicazione dello Statuto, con il quale gli “elementi dei crimini” non devono pertanto essere in contraddizione. Per le autorità giudiziarie svizzere gli “elementi dei crimini” rappresentano unicamente un ausilio per la determinazione del diritto. Tuttavia, le fonti giuridiche determinanti per la Svizzera sono costituite unicamente dai trattati internazionali ratificati dal nostro Paese e dal diritto internazionale consuetudinario, su cui si basano anche le presenti modifiche del CP e del CPM.

Nonostante l’importanza secondaria degli “elementi dei crimini”, fin dall’inizio dei negoziati non si poteva escludere che una descrizione poco accurata potesse in definitiva ripercuotersi sulle fattispecie formulate nello Statuto. Per questo motivo la Svizzera si è decisa a intervenire nell’ambito della Commissione preparatoria affinché lo standard del diritto internazionale umanitario raggiunto nello Statuto e nella giurisprudenza non fosse minato da «elementi dei crimini» di carattere secondario. Sulla base di lavori preliminari del Comitato Internazionale della Croce Rossa, la Svizzera ha formulato proposte relative a “elementi dei crimini” nell’ambito dei crimini di guerra¹⁴, sostenute in seguito da una chiara maggioranza delle altre delegazioni. Nella loro forma attuale, gli “elementi dei crimini” emanati il 10 settembre 2002 dall’assemblea degli Stati membri della CPI si basano ampiamente sulle proposte avanzate dalla Svizzera¹⁵.

1.2 Diritto penale internazionale

1.2.1 Importanza ed evoluzione del diritto penale internazionale

Porre fine all’impunità

A proposito della relazione tra crimini e impunità, già nel 1651 THOMAS HOBBS scriveva: «Lo stesso reato, se in passato è stato punito da altri senza eccezioni, è un crimine più grave di quanto sarebbe se molti autori avessero potuto beneficiare dell’impunità. Omettendo di punire gli autori di un reato, il sovrano alimenta per così dire la speranza che si possa restare impuniti. Chi fa nascere in qualcuno una tale

¹⁴ Cfr. U.N. Doc. PCNICC/1999/DP.5; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.8; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.10; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.11; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.20; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.22.

¹⁵ Cfr. gli «elementi dei crimini» della CPI, riprodotti in «Éléments des crimes», *Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels* (Doc. ICC-ASP/1/3); http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/french/part_ii_b_f.pdf; per l’evoluzione, il contenuto e l’interpretazione dei singoli „elementi dei crimini“ in relazione a tutti i reati di competenza della CPI, cfr. l’esaustivo commento di Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court -Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley (2001).

speranza e presunzione, compartecipa al reato commesso e non può pretendere che l'autore risponda da solo del misfatto.»¹⁶

Guerre, omicidi e repressioni di popolazioni civili hanno dimostrato che a lungo termine non è possibile ottenere la riconciliazione e ristabilire pace e democrazia, se chi si è macchiato di colpe non viene punito. Nella maggior parte dei casi l'impossibilità di riportare la pace in uno Stato o in una regione ha conseguenze anche sulla comunità internazionale nel suo insieme. Pur non essendo più tollerati dall'ordine giuridico moderno, i regimi ingiusti costituiscono un terreno fertile per l'estremismo violento, il razzismo e il terrorismo internazionale. Nei decenni e nei secoli passati gli autori di reati potevano sottrarsi alle loro responsabilità, ottenendo la protezione di apparati statali o quasi statali o approfittando del mancato funzionamento della cooperazione internazionale tra Stati: la creazione della CPI rappresenta quindi un importante passo verso la fine dell'impunità.

Gli Stati sono tenuti a punire il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra nell'ambito della loro sovranità nazionale, in modo complementare alla giurisdizione penale internazionale. La frase coniata quasi 300 anni or sono dal filosofo francese BARON DE MONTESQUIEU, secondo cui il torto commesso ai danni di un singolo individuo rappresenta una minaccia per l'intera comunità, da vuota massima morale può assurgere a imperativo giuridico soltanto se i singoli Stati mandano un chiaro segnale ai potenziali delinquenti, facendo loro capire che le malefatte non rimarranno impunte.

La codificazione internazionale del diritto penale internazionale

Il diritto internazionale classico si limita alla regolamentazione degli affari tra Stati. Sulla base delle esperienze acquisite con i regimi totalitari, dalla Seconda guerra mondiale si riconosce che gli individui possano invocare diritti fondandosi direttamente sul diritto internazionale. Una persona può tuttavia anche essere resa penalmente responsabile della violazione di una norma sancita dal diritto internazionale. La sanzione della violazione individuale di beni giuridici protetti dal diritto internazionale è oggetto del diritto penale internazionale.

Il diritto penale internazionale è un ambito giuridico in continuo sviluppo. Esso comprende essenzialmente le norme del diritto internazionale umanitario applicabili ai conflitti armati e la fattispecie dei crimini contro l'umanità. La Convenzione di Ginevra del 1864 sulla protezione dei feriti e malati degli eserciti in campagna è stata la prima codificazione di simili norme. Ha fatto seguito una continua evoluzione di quest'ambito giuridico¹⁷, che dalla Seconda guerra mondiale è stato designato come diritto internazionale umanitario. Lo sviluppo del diritto penale internazionale ha compiuto un passo essenziale con l'adozione delle quattro Convenzioni di Ginevra

¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), traduzione, capitolo 27, pag. 253.

¹⁷ In particolare negli anni 1899 e 1907, con le cosiddette „Convenzioni dell'Aia e dichiarazioni“ sulla protezione delle persone coinvolte nella guerra di terra e sulla proibizione dell'impiego di determinate armi.

del 1949 sulla protezione dei feriti, malati, prigionieri di guerra e civili in caso di conflitto armato¹⁸, completate nel 1977 da due Protocolli aggiuntivi¹⁹.

La fattispecie dei crimini contro l'umanità, che consente di punire gravi violazioni dei diritti umani ai danni della popolazione civile anche in tempo di pace, è stata espressamente sancita per la prima volta nello statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga. Anche il crimine di genocidio è stato messo al bando a livello internazionale soltanto dopo la Seconda guerra mondiale, in una convenzione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite²⁰. Il carattere di diritto internazionale consuetudinario del divieto dei crimini contro l'umanità è stato confermato negli anni 90 attraverso la sua integrazione negli statuti del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia e il Ruanda e nel 1998 nello Statuto di Roma della CPI.

Il processo evolutivo del diritto penale internazionale, in particolare del diritto internazionale umanitario, non si è tuttavia concluso con la creazione dello Statuto di Roma. Dopo la sua adozione, infatti, il 26 marzo 1999 è stato emanato il Secondo Protocollo relativo alla Convenzione dell'Aia del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato²¹ e il 25 maggio 2000 è stato approvato il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo relativo alla partecipazione di fanciulli a conflitti armati²².

L'attuazione del diritto penale internazionale

Il diritto, oltre a essere codificato, va anche fatto rispettare. La storia del diritto dimostra che talvolta le autorità penali dei singoli Stati non sono in grado di applicare efficacemente le norme fondamentali del diritto penale internazionale. Dopo la fine della Seconda guerra mondiale, furono istituiti tribunali militari internazionali per giudicare i principali criminali di guerra delle forze dell'Asse. Tali corti dovevano infatti giudicare, oltre ai crimini di guerra conosciuti fino ad allora, altri due tipi di atti contrari al diritto internazionale: i «crimini contro la pace» (preparazione e conduzione di una guerra di aggressione) e i «crimini contro l'umanità» (atti disumani gravi e sistematici

¹⁸ Convenzione di Ginevra per migliorare la sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna (CG I), RS **0.518.12**; Convenzione di Ginevra per migliorare la sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate di mare (CG II), RS **0.518.23**; Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra (CG III), RS **0.518.42**; Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra (CG IV), RS **0.518.51**. Tutte le convenzioni sono state adottate il 12 agosto 1949 e sono entrate in vigore per la Svizzera il 21 ottobre 1950.

¹⁹ Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Protocollo I), RS **0.518.521**; Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali (Protocollo II), RS **0.518.522**. Entrambi i protocolli sono stati adottati l'8 giugno 1977 e sono entrati in vigore per la Svizzera il 17 agosto 1982.

²⁰ Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, RS **0.311.11**, entrata in vigore per la Svizzera il 6 dicembre 2000.

²¹ Cfr. RS **0.520.33**, entrata in vigore per la Svizzera il 9 ottobre 2004; cfr. anche il messaggio del 20 agosto 2003.

²² RS **0.107.1**, ratificato dalla Svizzera il 26 giugno 2002; cfr. anche il messaggio del 5 settembre 2001, FF **2001** 5595.

contro la popolazione civile, inclusa la propria). Gli statuti dei Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokio non prevedevano ancora il genocidio in quanto crimine a sé stante. Con l'istituzione del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia e il Ruanda è stata creata per la prima volta, dopo i Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokio, la possibilità di portare singole persone dinanzi a una corte internazionale per rispondere di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario. Nel 1998, con lo Statuto di Roma è stata creata un'autorità giudiziaria internazionale permanente e indipendente, che interviene nel caso in cui gli Stati non intendano o non possano rispettare il loro obbligo di perseguire penalmente le persone ree di aver commesso crimini proscritti a livello internazionale. L'ambizioso obiettivo dello Statuto di Roma è di porre fine all'impunità, male diffuso da sempre. Lo Statuto di Roma costituisce un importante strumento per l'attuazione del diritto internazionale umanitario e per il rispetto delle regole fondamentali inerenti alla natura umana.

1.2.2 Diritto penale internazionale e legislazione nazionale

Diritto penale internazionale come parte del diritto interno svizzero

Ogni Stato è in linea di principio libero di scegliere come rispettare l'obbligo di attuare nella legislazione interna il diritto penale internazionale. Può decidere autonomamente, secondo la propria concezione di applicabilità del diritto internazionale nel diritto interno. Dal punto di vista del diritto internazionale, è determinante soltanto che gli Stati adempiano ai loro obblighi internazionali. In applicazione della concezione monistica delle relazioni tra diritto internazionale e diritto interno, predominante nell'ordine giuridico svizzero, il nostro Paese riprende disposizioni repressive derivanti dal diritto internazionale pubblico, senza che l'atto normativo interno nel quale sono trasposte istituisca nulla di nuovo rispetto alla norma internazionale. Dunque, un atto considerato punibile nel diritto internazionale può continuare a essere considerato di diritto internazionale secondo l'ordinamento svizzero²³. Tuttavia, nella misura in cui una norma penale internazionale si limiti a circoscrivere il comportamento punibile, senza prevedere una comminatoria concreta, la sua applicazione immediata in un procedimento penale secondo il diritto svizzero è esclusa²⁴.

Valore di diritto consuetudinario di determinate norme del diritto penale internazionale

Una norma di diritto internazionale ha valore di diritto consuetudinario se è riconosciuta e applicata dalla comunità internazionale in quanto norma vincolante²⁵.

²³ In caso di difficoltà a livello di interpretazione, l'autorità preposta all'applicazione del diritto deve pertanto interpretare la fattispecie conformemente al diritto internazionale, rispettando il valore autonomo del testo convenzionale.

²⁴ Cfr. in merito il capitolo concernente le condizioni per un'applicabilità diretta delle disposizioni di diritto penale internazionale nel diritto svizzero.

²⁵ Cfr. il messaggio del 31 marzo 1999 concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611.

Non tutte le norme del diritto penale internazionale possiedono questa caratteristica. È vero che la lotta contro il traffico di droga o contro il terrorismo rappresentano importanti esigenze della comunità internazionale. La portata della proibizione e i mezzi a disposizione per lottare contro tali fenomeni non sono tuttavia sostenuti da una convinzione giuridica generale degli Stati, né trovano conferma in una prassi internazionale uniforme²⁶.

È tuttavia generalmente riconosciuto che la proibizione del genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra abbia un carattere di diritto consuetudinario²⁷. Ciò significa in particolare che gli Stati sono tenuti a rispettare queste norme indipendentemente dall'esistenza e dalla validità di regole convenzionali, e a creare le basi legali che permettano di sanzionare coloro che violano tale proibizione. Non si tratta di obblighi reciprocamente dipendenti (sinallagmatici), ma di doveri che tutelano valori fondamentali dell'umanità e che vanno quindi rispettati a prescindere dal comportamento di altri Stati (portata "*erga omnes*"). Nella misura in cui tali regole costituiscono norme imperative del diritto internazionale ("*ius cogens*"), ogni disposizione statutale che ingiunga di commettere simili crimini o che li legittimi è nulla fin dall'inizio²⁸. L'elenco non esaustivo delle norme imperative del diritto internazionale comprende la proibizione del genocidio e dei crimini contro l'umanità nonché il rispetto dell'essenza del diritto internazionale umanitario²⁹.

Tale proibizione è immediatamente applicabile agli individui e non dipende quindi dall'esistenza di una regolamentazione statutale corrispondente. Tuttavia, senza la determinazione di un quadro penale concreto, questa proibizione di diritto internazionale consuetudinario non può fondare direttamente una condanna nell'ambito del processo penale (in merito, cfr. *infra*).

Condizioni per un'applicabilità diretta delle disposizioni di diritto penale internazionale nel diritto svizzero

Una convenzione internazionale approvata dall'Assemblea federale diviene diritto internazionale vincolante al momento dello scambio degli strumenti di ratifica. Con la

²⁶ I crimini legati al terrorismo e al traffico di droga non vengono infatti presi in considerazione nella lista dei reati di competenza della CPI menzionati nello Statuto di Roma.

²⁷ Cfr. il n. 33 del Rapporto del Segretario generale dell'ONU del 3 maggio 1993 concernente l'istituzione di un tribunale internazionale per i crimini di guerra sul territorio della ex Jugoslavia, U.N. Doc S/25704.

²⁸ Cfr. ad esempio l'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (RS **0.111**, entrata in vigore per la Svizzera il 6 giugno 1990), secondo cui è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale.

²⁹ Nell'elenco non esaustivo delle norme imperative di diritto internazionale (*ius cogens*), il messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale (FF **1997** I 1) menziona il divieto dell'uso della forza, il divieto di aggressione, la proibizione del genocidio e della tortura; cfr. anche il messaggio concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611, il messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 418 nonché la nota del 23 marzo 1998 della Direzione del diritto internazionale pubblico, secondo la quale gli atti che violano l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 vanno considerati violazioni del diritto internazionale imperativo (*ius cogens*) (riprodotto in SZIER 1999, pag. 708 segg.).

portata internazionale esso assume anche portata nazionale. Secondo la prassi svizzera, tale convenzione internazionale, se è direttamente applicabile (*self-executing*), può essere invocata da un cittadino dinanzi a un tribunale o utilizzata dalle autorità come base su cui fondare una decisione. Ciò presuppone che la regolamentazione convenzionale invocata, in generale e considerato l'oggetto e lo scopo del trattato, sia sufficientemente precisa e chiara per poter essere applicata a una fattispecie concreta e servire da base a una decisione in un caso determinato. La norma deve parimenti essere idonea a costituire oggetto di un ricorso davanti a un tribunale, comprendere i diritti e gli obblighi del singolo e avere come destinatario le autorità che applicano il diritto. La certezza richiesta non è compatibile con articoli puramente programmatici o con disposizioni che disciplinano una materia in modo generico, lasciano allo Stato contraente un considerevole margine di apprezzamento o di decisione o che fissano unicamente un certo orientamento, rivolgendosi quindi non alle autorità amministrative o giudiziarie, bensì al legislatore³⁰.

Se un'accusa o una condanna nell'ambito di un procedimento penale dovessero fondarsi direttamente su una norma di diritto internazionale, occorre che la norma in questione sia precisa e chiara, affinché l'autore sia in grado di prevedere la punibilità del suo agire e le conseguenze della sua infrazione. Sulla base del principio della legalità occorre garantire che la fattispecie di diritto internazionale sia sufficientemente esplicita da far intravedere al cittadino, almeno a grandi linee, il rischio di una sanzione. Se una fattispecie di diritto internazionale non determina in modo vincolante le conseguenze giuridiche del comportamento punibile, o se non vi è una norma di diritto interno che preveda una comminatoria penale concreta in caso di violazione di detta fattispecie³¹, essa non può costituire una base legale per una condanna penale. Se le conseguenze di diritto penale non sono prevedibili, le fattispecie relative ai crimini contro l'umanità fondate sul diritto internazionale consuetudinario non possono in linea di principio essere direttamente applicate nell'ambito di un procedimento penale svizzero³².

1.3 Linee generali dell'avamprogetto

1.3.1 Introduzione di nuove fattispecie penali

1.3.1.1 Motivi in favore di una normativa specifica in materia di crimini contro l'umanità e crimini di guerra nel diritto penale svizzero

³⁰ Cfr. il messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF **1997** 1, 498; DTF **120** Ia 11; DTF **124** III 90 cons. 3; DTF **124** IV 23 cons. 4.

³¹ Come ad esempio il vigente art. 109 CPM.

³² Cfr. in merito il messaggio del 31 marzo 1999 concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611. Secondo Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^a edizione, Berna 1996, pag. 87 RZ 24 il principio «*nulla poena sine lege*» pone fin dall'inizio limiti relativamente severi al diritto penale consuetudinario.

I crimini menzionati nello Statuto di Roma non sono direttamente applicabili nella procedura penale svizzera

Innanzitutto ci si può chiedere perché sia necessaria una legislazione in materia di crimini contro l'umanità e crimini di guerra, quando lo Statuto di Roma prevede già le pertinenti fattispecie riconosciute a livello di diritto internazionale consuetudinario. Occorre quindi verificare se le disposizioni dello Statuto di Roma sono direttamente applicabili o se devono essere concretizzate dal legislatore. In tal caso va osservato che si tratta di norme di diritto penale internazionale, e in quanto tali devono essere particolarmente chiare e precise.

Anche se, in base al sistema monista della Svizzera, il diritto internazionale diviene parte del diritto interno senza particolari atti di trasposizione, le fattispecie dei crimini contenute nello Statuto di Roma costituiscono basi legali vincolanti soltanto per l'esercizio della giurisdizione da parte della CPI. Gli articoli 6-8 dello Statuto di Roma, che contemplano le fattispecie dei crimini, non si rivolgono direttamente agli Stati contraenti. Lo Statuto non prevede alcun obbligo per gli Stati contraenti né di riprendere le fattispecie in quanto tali, né di agire sul piano legislativo in questo ambito. Il carattere vincolante per gli Stati contraenti deriva indirettamente dal rischio di dover cedere alla CPI la competenza giurisdizionale (cfr. in merito le considerazioni seguenti).

Non è inoltre possibile applicare direttamente le fattispecie dello Statuto nell'ambito di un procedimento penale svizzero, poiché le loro formulazioni nello Statuto non rispettano necessariamente le esigenze svizzere in materia penale³³. Il loro contenuto è certamente sufficientemente determinato, in modo da consentire alla CPI di giudicare se in un caso concreto sia realizzata la fattispecie del genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra ai sensi dello Statuto. Anche se l'articolo 77 dello Statuto di Roma contiene disposizioni relative alle pene che la CPI può infliggere, non determina in modo vincolante le comminatorie penali che gli Stati sono concretamente chiamati ad applicare.

Riduzione del rischio di un'assunzione del procedimento da parte della Corte penale internazionale

L'obbligo di punire i crimini menzionati nello Statuto di Roma risulta in primo luogo dalle convenzioni internazionali già ratificate dalla Svizzera (ad esempio dalla Convenzione del 1948 per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio o dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 per la protezione delle vittime della guerra e dai due relativi Protocolli aggiuntivi del 1977) e dal diritto internazionale consuetudinario determinante. L'obbligo di infliggere una sanzione deriva anche indirettamente dal principio di complementarità, sancito dall'articolo 17 dello Statuto di Roma. Come detto, lo Statuto di Roma non sollecita direttamente gli Stati contraenti a prevedere determinate disposizioni di diritto interno per perseguire e punire nello stesso modo gli autori dei crimini contemplati dallo Statuto. Sotto il profilo della clausola della complementarità, la qualificazione penale di un reato prevista dal diritto interno è quindi irrilevante fintanto che non sussistano lacune in materia di

³³ Cfr. n. 1.2.2.

punibilità. Lo stesso vale per le comminatorie penali: la Corte potrebbe rivendicare la competenza di giudicare una causa soltanto qualora vi fosse una sproporzione crassa e incomprensibile tra la punibilità di un crimine in virtù dello Statuto e il trattamento riservato a tale crimine dal diritto nazionale.

Grazie all'iscrizione, nel 2000, del crimine di genocidio nell'articolo 264 del Codice penale e a all'introduzione di una descrizione generale dei crimini di guerra nel Codice penale militare (articolo 109 CPM), la Svizzera è in linea di massima ben attrezzata per perseguire due delle tre categorie di reati di cui la Corte è competente *ratione materiae*; in quest'ambito non vi è il rischio che la Svizzera perda la propria competenza in favore della CPI. Per quel che concerne i crimini contro l'umanità, nel diritto svizzero non vi è invece alcuna base legale specifica. Nel diritto svizzero sono attualmente in vigore disposizioni penali che puniscono i crimini contro l'umanità, prevedendo una fattispecie determinata o una combinazione di fattispecie diverse³⁴. Alcune fattispecie di crimini contro l'umanità sono tuttavia difficili da strutturare³⁵. La creazione di una fattispecie a sé stante e specifica relativa ai crimini contro l'umanità consentirebbe pertanto di ridurre il rischio che la CPI avochi a sé il procedimento, qualora la Svizzera non fosse in grado, in mancanza di basi legali sufficienti, di perseguire autonomamente gli autori di tali crimini.

Presa in considerazione dell'elemento colposo specifico dei crimini contro l'umanità

L'attacco esteso e sistematico contro popolazioni civili costituisce il vero elemento colposo fondamentale dei crimini contro l'umanità e conferisce ai singoli reati una dimensione internazionale. I singoli atti vengono quindi puniti in quanto crimini contro l'umanità, poiché si inseriscono nell'azione complessiva dell'attacco: ciò da un lato agevola la commissione dei singoli atti e dall'altro giustifica la loro particolare gravità. Nelle vigenti fattispecie previste dal CP manca l'elemento colposo legato all'attacco contro le popolazioni civili, che contraddistingue i crimini contro l'umanità e, a differenza dei crimini "ordinari", li fa apparire come particolarmente abominevoli.

In caso di lesioni corporali o di sequestro di persona ai sensi del CP, il contesto istituzionale e la relazione funzionale del singolo reato nell'ambito di una vasta azione contro la popolazione civile (o contro una parte di essa) non vengono sanzionati o stigmatizzati in modo particolare. La legge deve prendere in considerazione in modo adeguato le peggiori violazioni dei diritti umani ai danni di persone civili, tra cui spesso donne, bambini o minoranze etniche. Appare pertanto opportuna l'emanazione di disposizioni particolari.

³⁴ Sulla base dei motivi di aggravamento della pena in relazione a singoli crimini (ad esempio se il reato è commesso nei confronti di molte persone o se l'autore tratta la vittima in modo particolarmente crudele) è in linea di principio pure possibile pronunciare pene più severe.

³⁵ Un esempio è costituito dal crimine di apartheid, in quanto regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione su un gruppo razziale, etnico o religioso da parte di un altro gruppo razziale, etnico o religioso, in relazione con la commissione di gravi violazioni dei diritti umani. Il diritto penale svizzero non prevede una fattispecie applicabile alla discriminazione in generale. La fattispecie della discriminazione razziale (art. 261^{bis} CP) collima soltanto in minima parte con il crimine di apartheid.

Descrizione più precisa del comportamento punibile

In relazione ai crimini contro l'umanità e alle violazioni del diritto internazionale umanitario, il principio della legalità derivante dall'articolo 5 della Costituzione federale³⁶, che esige una precisa descrizione del comportamento punibile, in Svizzera è finora stato concretizzato soltanto in misura parziale.

Come già rilevato, nel diritto svizzero in vigore non esiste una fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità che consenta espressamente di punire l'autore di un simile reato. A tutt'oggi non esiste nemmeno una convenzione internazionale che definisca in generale e in maniera vincolante, all'indirizzo degli Stati, i crimini contro l'umanità. Le rare convenzioni internazionali che riguardano gravi violazioni dei diritti umani sono situate in un particolare contesto storico³⁷, non definiscono la fattispecie in quanto crimine contro l'umanità³⁸ o, in ragione della data a cui risalgono, non corrispondono più completamente alle esigenze attuali³⁹.

Lo Statuto della CPI non può fungere da base per una condanna. Lo Statuto e i relativi "elementi dei crimini"⁴⁰ menzionano i singoli crimini contro l'umanità e gli elementi delle rispettive fattispecie, ma le definizioni nello Statuto e gli "elementi dei crimini" si rivolgono in primo luogo alla CPI. È generalmente ammesso che alla proibizione di commettere crimini contro l'umanità sia conferito un carattere di diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia, ciò significa soltanto che la commissione di simili crimini è proibita a prescindere da una regolamentazione convenzionale. In assenza di una fattispecie oggettiva e soggettiva sufficientemente determinate, questa proibizione di diritto internazionale consuetudinario non può fondare una condanna in un procedimento penale svizzero. Nel Codice penale svizzero, a differenza dell'articolo 109 CPM concernente i crimini di guerra (cfr. *infra*), manca una norma d'attuazione riguardante i crimini contro l'umanità, che preveda un quadro penale concreto in caso di violazione. Dal punto di vista del principio della legalità ("*nulla poena sine lege*"), in Svizzera è indispensabile agire sul piano legislativo al fine di punire i crimini contro l'umanità.

Nel diritto svizzero, il capo sesto del Codice penale militare sanziona le violazioni del diritto internazionale umanitario, ossia il diritto applicabile a tutela delle vittime della guerra in caso di conflitti armati. La descrizione delle singole azioni punibili non è tuttavia contenuta come per gli altri reati nella legge stessa, ma risulta unicamente da un rinvio generale previsto nell'articolo 109 CPM alle convenzioni internazionali

³⁶ RS 101.

³⁷ La Convenzione internazionale del 30 novembre 1973 sulla lotta e il perseguimento penale del crimine di apartheid è stata elaborata sullo sfondo della situazione in Sudafrica e non contiene alcuna definizione astratta del crimine di apartheid. La convenzione non è stata sottoscritta dalla Svizzera.

³⁸ Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura o altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, RS 0.105, entrata in vigore per la Svizzera il 26 giugno 1987.

³⁹ Convenzione del 25 settembre 1926 concernente la schiavitù, RS 0.311.37, entrata in vigore per la Svizzera il 1° novembre 1930.

⁴⁰ Cfr. gli «elementi dei crimini» della CPI, riprodotti in «Eléments des crimes», *Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels* (Doc. ICC-ASP/1/3), pag. 119 segg.

applicabili e al pertinente diritto internazionale consuetudinario, senza indicazione delle singole fonti giuridiche applicabili⁴¹. Non è chiaro quali norme di diritto internazionale siano comprese dal rinvio operato dall'articolo 109 CPM: a prescindere da ciò, tali norme in generale non contengono fattispecie precise e il diritto internazionale consuetudinario, per sua natura, non è completamente codificato. Per ragioni istituzionali, in particolare a causa del principio di legalità radicato nel diritto penale, già al momento dell'elaborazione di questa norma ci si chiedeva se questo metodo avrebbe creato sufficiente chiarezza quanto alla punibilità di un comportamento in caso di conflitto⁴². Questa situazione è stata criticata anche dalla dottrina giuridica svizzera: l'imprecisione del rinvio non permette di garantire la certezza del diritto garantita da una legislazione penale esplicita⁴³. Anche se l'articolo 109 CPM può in linea di principio comprendere per il diritto svizzero i crimini di guerra da punire secondo lo Statuto di Roma, per i motivi indicati appare opportuno creare basi legali più precise per punire con pene detentive severe i crimini più gravi.

Basi legali trasparenti e più precise per le autorità di perseguimento penale e i tribunali

In base al diritto vigente, la clausola generale dell'articolo 109 CPM, a prescindere dalle fattispecie previste dagli articoli 110-114 CPM, è l'unica base legale su cui ci si può fondare per muovere un'accusa e per sanzionare l'autore di violazioni del diritto internazionale nel contesto di conflitti armati. Come già rilevato, questa situazione non soddisfa completamente l'attuale esigenza di chiarezza e certezza del diritto dal punto di vista di chi è sottoposto alla legge. Ma anche dal punto di vista delle autorità di perseguimento penale e delle autorità giudiziarie, questo tipo di regolamentazione e soprattutto la scarsa densità normativa a livello nazionale non permettono di risolvere i problemi legati a questa complessa materia. Il diritto internazionale umanitario non è costituito da un unico codice normativo, ma da normative evolute nel corso della storia, impresse da diversi avvenimenti, non sempre accettate nello stesso modo dai singoli Stati, concordate in seno a organi diversi e che talvolta si completano a vicenda e talvolta si sovrappongono. Per quel che concerne i crimini contro l'umanità, vi è ancora meno trasparenza poiché le basi legali non sono del tutto disciplinate in convenzioni internazionali. Una codificazione autonoma del diritto

⁴¹ Gli articoli 110-114 descrivono esplicitamente soltanto alcuni reati.

⁴² Cfr. messaggio del 18 febbraio 1981 sui protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra, FF **1981** I 901.

⁴³ Cfr. Raphaël Barras, *Incidences des dispositions pénales sur Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 sur le système judiciaire national*, Recueils de la Société internationale de droit pénale militaire et droit de guerre, Bruxelles 1982, pag. 415 segg.; Marc Henzelin, *La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflit armés – la situation en Suisse*, in: *La répression internationale du génocide rwandais*, Brüssel 2003, pagg. 162 segg.; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, San Gallo 1992, art. 109, pag. 546 n. 2; Robert Roth/Marc Henzelin, *La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse*, in: *Répression nationale des violations du droit international humanitaire*, Rapport de la réunion d'experts, a cura di Christina Pellandini, Services consultatifs en droit international humanitaire (CICR), Ginevra 1997, pag. 200 seg.; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), pag. 49 seg.

penale internazionale nel diritto svizzero ha il grande vantaggio di eliminare le incertezze, fugando i dubbi di accusa e organi giudicanti quanto al diritto applicabile in Svizzera e offrendo alle autorità di perseguimento penale e ai tribunali una raccolta leggibile e precisa delle più importanti fattispecie internazionali di reato.

Promovimento e diffusione del diritto internazionale umanitario

Al fine di consentire alla CPI di esercitare la sua giurisdizione, lo Statuto di Roma ha avuto il grosso merito di aver riunito il diritto internazionale determinante (diritto convenzionale e diritto consuetudinario), in modo da poter sanzionare l'inosservanza del diritto internazionale umanitario. L'istituzione della CPI esplica in particolare anche un effetto preventivo: la CPI può assumersi il procedimento soltanto quando gli Stati che avrebbero dovuto impedire o punire un crimine di guerra non hanno adempiuto ai loro doveri. Gli Stati sono quindi invitati anche a garantire l'applicazione del diritto penale internazionale nei loro ordini giuridici e a opporsi definitivamente all'impunità. Ciò significa che, oltre ad agire sul piano legislativo, occorre in particolare divulgare il diritto internazionale umanitario in seno alle forze armate e, per quanto possibile, tra la popolazione civile. Gli Stati devono adottare tutti i provvedimenti necessari (istruzione, integrazione nel processo di comando, tener conto di tali norme in ogni decisione a ogni livello gerarchico nell'ambito delle forze armate o del governo) per garantire il rispetto di questo diritto e perseguire le sue violazioni. In quanto Stato contraente e depositario delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei loro Protocolli addizionali del 1977, la Svizzera ha una responsabilità particolare anche per quanto attiene alla codificazione interna.

Evoluzione all'estero

Prima dell'adozione dello Statuto di Roma nel 1998, erano rari gli Stati che prevedevano normative nazionali dettagliate ed esplicite riguardanti le fattispecie del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. La maggior parte degli Stati erano tenuti a perseguire questi crimini sulla base di diverse convenzioni internazionali o del diritto internazionale consuetudinario. È soltanto negli anni Novanta, con l'istituzione dei Tribunali dell'ONU per la ex Jugoslavia e per il Ruanda e con l'adozione dello Statuto di Roma, che gli Stati si sono dotati dei dispositivi di diritto penale per lottare contro simili crimini. È in particolare nel 1998, dopo l'adozione dello Statuto di Roma, che numerosi Stati hanno intrapreso ampie modifiche di legge⁴⁴.

Posizione della dottrina svizzera

In base ai pareri espressi finora in merito alla trasposizione delle fattispecie penali dello Statuto di Roma e del diritto penale internazionale nel diritto svizzero, la dottrina svizzera è favorevole a una regolamentazione il più precisa e completa possibile. Le principali critiche al diritto vigente sono dirette alla normativa rudimentale in materia

⁴⁴ Cfr. n. 1.3.1.3.2.

di crimini di guerra e alle lacune che permangono in ambito di crimini contro l'umanità⁴⁵.

1.3.1.2 Portata della revisione del diritto penale

1.3.1.2.1 La scelta delle nuove fattispecie dei crimini

Secondo l'articolo 5 dello Statuto di Roma, la competenza della Corte è limitata ai crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. Si tratta del genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra e del crimine di aggressione⁴⁶. Tali crimini assumono una dimensione di diritto penale internazionale poiché non si riferiscono a eventi isolati, ma si situano in un contesto più vasto e si ripercuotono sull'intera comunità internazionale. I rappresentanti degli Stati della Conferenza di Roma del 1998 che hanno adottato lo statuto della Corte penale internazionale sono partiti dall'idea che tali reati facessero parte del diritto internazionale consuetudinario. Anche la Svizzera auspicava una limitazione della competenza materiale della Corte ai crimini universalmente riconosciuti.

Nello stesso tempo, nel corso dei negoziati relativi allo Statuto di Roma (1994-1998) e in seno alla Commissione preparatoria della CPI, che dal 1999 al 2000 si è occupata dell'elaborazione degli "elementi dei crimini", la delegazione svizzera si è impegnata in modo determinante affinché le fattispecie contenute nello Statuto di Roma si limitassero a concretizzare il diritto internazionale vigente, senza metterlo in questione⁴⁷. In questo senso l'articolo 10 dello Statuto prevede che le definizioni dei crimini contenute nello Statuto non possono essere interpretate nel senso di limitare o pregiudicare in qualsiasi modo le norme del diritto internazionale esistenti o in formazione volte a finalità diverse da quelli dello Statuto.

Anche secondo il Consiglio federale, la proibizione di commettere questi crimini si fonda nella maggior parte dei casi su regole del diritto internazionale consuetudinario⁴⁸ oppure, nell'ambito del diritto internazionale umanitario, sulle convenzioni ratificate dalla Svizzera. Le norme del diritto internazionale umanitario convenzionale hanno talvolta un campo d'applicazione più ampio rispetto alle disposizioni dello Statuto di Roma, che delimitano la competenza della CPI sul piano materiale.

⁴⁵ Cfr. ad es. Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, San Gallo 1992, art. 109, pag. 546 n. 2; Marco Sassoli, *Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international*, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (2002), pag. 163; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), pag. 46 segg.

⁴⁶ Per il momento la Corte non può tuttavia esercitare il proprio potere giurisdizionale sul crimine di aggressione, poiché gli Stati, nel corso dell'elaborazione dello Statuto di Roma, non hanno trovato un accordo sulla definizione di tale reato. Al più presto sette anni dopo l'entrata in vigore dello Statuto, una Conferenza di revisione potrà decidere l'adozione di una definizione dettagliata del crimine di aggressione (cfr. art. 5 cpv. 2 dello Statuto).

⁴⁷ Per maggiori dettagli cfr. n. 1.1.2.3 e il messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 323.

⁴⁸ Messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 405.

Nella scelta delle fattispecie da disciplinare nel diritto svizzero, l'avamprogetto si basa quindi sui seguenti criteri: in primo luogo, il diritto svizzero deve in ogni caso rispettare le esigenze dello Statuto di Roma, per evitare il rischio che la CPI avochi a sé la competenza. In secondo luogo, le norme giuridiche svizzere devono riprodurre fedelmente il diritto internazionale vigente, senza limitazioni; nella misura in cui lo Statuto di Roma è più restrittivo, le fattispecie svizzere devono attenersi al contenuto e al tenore del diritto consuetudinario e convenzionale, in particolare nell'ambito del diritto internazionale umanitario⁴⁹. In terzo luogo, il CP e il CPM devono rendere espressamente punibili soltanto le violazioni più gravi del diritto internazionale umanitario. Infine, in ragione della materia in costante evoluzione, una codificazione completa dell'intero diritto penale internazionale nell'ordine giuridico svizzero non sarebbe realizzabile e comporterebbe nel contempo un onere legislativo sproporzionato. Prevedendo espressamente la punibilità delle violazioni più gravi del diritto internazionale umanitario si tiene conto del principio della legalità in materia penale, mentre le rimanenti violazioni, di gravità minore, restano comprese come finora dalla fattispecie completa dell'articolo 109 CPM.

1.3.1.2.2 Presa in considerazione dei principi fondamentali del diritto penale internazionale

Nel corso dell'elaborazione dello Statuto di Roma è stato considerato che anche la CPI dovesse potersi fondare su principi generali del diritto penale, al fine di soddisfare pienamente l'esigenza del principio di legalità ("*nullum crimen sine lege*"). In Svizzera, i principi fondamentali del diritto penale sono disciplinati nella Parte generale del CP e del CPM. Si tratta in particolare della definizione di forme di partecipazione quali l'istigazione o la complicità, il tentativo o l'errore, o l'enumerazione dei motivi che nel singolo caso possono determinare l'esclusione della punibilità⁵⁰. I rappresentanti degli Stati si sono tuttavia accordati affinché i principi generali del diritto penale si applichino unicamente ai crimini definiti nello Statuto e nell'ambito dei procedimenti dinanzi alla CPI, senza che gli Stati debbano trasportarli immediatamente nei loro ordini giuridici interni. Quest'ultima affermazione va comunque sempre relativizzata, nella misura in cui l'applicazione del diritto penale è condizionata dalla riserva di complementarità prevista dall'articolo 17 dello Statuto di Roma. Ciò significa che il diritto nazionale non può contenere lacune dal profilo della punibilità o eccessivi motivi di esclusione della pena, tanto da convincere la Corte penale, in applicazione dell'articolo 17, che lo Stato in questione è in «difetto di volontà» o è «incapace» di svolgere procedimenti penali in modo corretto. L'analisi del diritto penale svizzero mostra che non esistono simili lacune. Le disposizioni delle rispettive Parti generali del CP e del CPM sono applicabili anche al genocidio, ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra⁵¹. Vanno create normative speciali

⁴⁹ Ad esempio le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sulla protezione delle vittime della guerra e i loro protocolli aggiuntivi del 1977, come pure la Convenzione dell'Aia del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato e i suoi protocolli aggiuntivi.

⁵⁰ Cfr. art. 25 segg. dello Statuto di Roma.

⁵¹ Cfr. anche il messaggio del 31 marzo 1999 concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611.

soltanto se si rivelano particolarmente opportune ai fini della trasposizione dello Statuto di Roma⁵². Un chiarimento nell'ambito del diritto svizzero dovrebbe avvenire soltanto in due casi, affinché la legge penale possa essere applicata conformemente al diritto internazionale non soltanto mediante interpretazione o ripresa diretta di principi di diritto internazionale. Questo chiarimento corrisponde all'esigenza di principio del presente avamprogetto di legge, che è quella di prendere in considerazione in modo ottimale il principio della legalità nell'ambito del diritto penale internazionale. L'avamprogetto integra pertanto la disposizione in parte già contenuta dal CPM relativa agli ordini del superiore gerarchico e la nuova disposizione sulla punibilità dei superiori militari e civili per crimini commessi dai loro sottoposti.

1.3.1.2.3 Pene

Nel capitolo VII dello Statuto di Roma vengono definite le pene che la CPI può infliggere⁵³. L'articolo 77 prevede come pena principale una pena detentiva fino a 30 anni. Questa pena massima può essere eccezionalmente superata e la Corte può infliggere l'ergastolo, se l'estrema gravità del crimine e la situazione personale del condannato lo giustificano. Come pena aggiuntiva la Corte può pronunciare una pena pecuniaria e ordinare la confisca di valori patrimoniali.

Ci si può ora chiedere se il diritto svizzero, che per i crimini più gravi prevede pene detentive di durata inferiore⁵⁴, sia compatibile con le esigenze dello Statuto di Roma. L'articolo 80 precisa che il capitolo VII dello Statuto non influisce sull'applicazione da parte degli Stati delle pene previste dal diritto interno. Questa disposizione è tuttavia soggetta alla riserva generale concernente la complementarità di cui all'articolo 17 dello Statuto, in base alla quale gli Stati non possono prevedere pene inferiori rispetto a quanto previsto dallo Statuto, tanto da far presumere alla CPI che vi sia l'intenzione da parte di uno Stato di sottrarre manifestamente alla Corte l'autore di un crimine.

Sulla base delle pene severe previste per il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, in Svizzera non vi è la necessità di estendere il quadro penale del sistema vigente.

⁵² Anche la Germania e i Paesi Bassi, che recentemente hanno adottato vere e proprie leggi contenenti disposizioni di diritto penale internazionale, hanno rinunciato a disciplinare in modo completo i principi generali del diritto penale internazionale.

⁵³ Per il sistema penale e la commisurazione della pena, cfr. il messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 458 segg.

⁵⁴ Secondo l'articolo 35 CP la durata massima di una pena privativa della libertà è di 20 anni nel caso della reclusione. La reclusione è perpetua se la legge lo dichiara espressamente. In linea di massima l'ergastolo dura fino alla morte del detenuto. La liberazione condizionale può essere pronunciata al più presto dopo quindici anni di reclusione (cfr. art. 38 n. 1, 2° periodo CP).

1.3.1.3 Approccio normativo: modifica del Codice penale e del Codice penale militare o creazione di una legge distinta con disposizioni di diritto penale internazionale?

Come rilevato in precedenza, per l'introduzione dei crimini contro l'umanità e per definire in modo più preciso i crimini di guerra, occorre una modifica del diritto svizzero. A causa della loro insufficiente chiarezza e della mancanza di una comminatoria penale, non è possibile applicare le fattispecie di diritto internazionale direttamente nei procedimenti penali svizzeri.

Dal profilo del diritto penale, si presentano in particolare le due seguenti possibilità per la trasposizione legislativa delle fattispecie in questione.

1.3.1.3.1 Possibilità di trasposizione penale

Variante 1: Modifica del Codice penale o del Codice penale militare

Secondo la prima variante, il Codice penale e il Codice penale militare vigenti verrebbero parzialmente completati e modificati. Questa variante verte sulla regolamentazione delle fattispecie del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra nel CP e nel CPM. A ciò si aggiungono disposizioni generali, ad esempio sulla punibilità dei superiori per atti commessi da subordinati o sugli ordini dei superiori gerarchici e sugli ordini di legge. Ulteriori modifiche del CP e del CPM concernono le disposizioni sulla punibilità dei reati commessi all'estero, sulla competenza della giustizia civile e militare per il perseguimento penale e sull'imprescrittibilità dei reati menzionati.

Variante 2: Adozione di una legge distinta con disposizioni di diritto penale internazionale

Secondo questa variante, per la trasposizione dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra verrebbe creata una legge distinta contenente disposizioni di diritto penale internazionale; si rinunciarebbe in tal caso a un completamento del CP e del CPM. La vigente normativa riguardante il genocidio verrebbe estratta dal CP e codificata insieme ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra, in quanto diritto penale accessorio specifico. Ciò avrebbe come conseguenza la necessità di integrare in questa speciale normativa anche tutte quelle disposizioni che concernono specificatamente la fattispecie del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Si tratta delle norme relative alle competenze della giustizia civile e militare, delle disposizioni generali sulla punibilità dei superiori, sugli ordini dei superiori gerarchici e sugli ordini di legge nonché della punibilità dei reati commessi all'estero. Vi sarebbero inoltre le disposizioni sull'imprescrittibilità di tali reati, sulla pubblica istigazione al genocidio e sugli atti preparatori punibili dei reati menzionati. Le disposizioni della Parte generale del CP e del CPM resterebbero applicabili nella misura in cui la legge distinta non preveda disposizioni particolari.

1.3.1.3.2 Diritto comparato

In seguito all'adozione dello Statuto di Roma, numerosi Stati hanno operato importanti modifiche di legge nell'ambito del diritto penale internazionale, completando il loro diritto penale o adottando leggi distinte con disposizioni di diritto penale internazionale. Gli Stati dell'ordine giuridico anglosassone ("*Common Law*") hanno in linea di principio creato leggi specifiche (ad esempio l'Australia⁵⁵, la Gran Bretagna⁵⁶, l'Irlanda⁵⁷, il Canada⁵⁸, la Nuova Zelanda⁵⁹, il Sudafrica⁶⁰), mentre per quel che concerne i Paesi dell'Europa continentale ("*Civil Law*") la situazione si presenta in modo diverso. La Germania⁶¹, i Paesi Bassi⁶², il Portogallo⁶³ e la Svezia⁶⁴ hanno creato leggi distinte in materia di diritto penale internazionale o hanno integrato in tali leggi speciali le fattispecie dello Statuto di Roma che ancora non vi figuravano (è ad esempio il caso del Belgio⁶⁵). In Italia diversi parlamentari hanno proposto di adottare un Codice penale internazionale⁶⁶. La Finlandia⁶⁷, da quanto risulta, non prevede per il momento emendamenti del proprio Codice penale, avendovi già inserito le pertinenti fattispecie prima dell'adozione dello Statuto di Roma. La Spagna ha adeguato il suo Codice penale allo Statuto di Roma alla fine del 2003, integrando in particolare la fattispecie concernente i crimini contro l'umanità⁶⁸. Francia⁶⁹ e Norvegia⁷⁰ stanno attualmente preparando modifiche delle rispettive leggi

penali per integrarvi le fattispecie di diritto penale internazionale non ancora contemplate.

1.3.1.3.3 Modifica del Codice penale e del Codice penale militare

La forma dell'atto normativo nel quale saranno introdotti i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra dipende in primo luogo dalla metodica legislativa. Dal profilo giuridico, il contenuto delle disposizioni penali da adottare è il medesimo, a prescindere da un inserimento nel CP e nel CPM o in una nuova legge con disposizioni di diritto penale internazionale. La decisione sulla via da percorrere va pertanto presa innanzitutto sulla base di criteri di politica criminale e di tecnica legislativa nell'ambito della legislazione penale svizzera.

Il fatto che i gravi crimini in questione debbano essere disciplinati nel Codice penale, e non nell'ambito del diritto penale accessorio, fa propendere per la variante 1 (modifica del CP e del CPM). In tal modo alle nuove fattispecie viene conferita la

⁵⁵ *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002* del 27 giugno 2002.

⁵⁶ *International Criminal Court Act 2001* del 11 maggio 2001.

⁵⁷ *International Criminal Court Bill 2003*, progetto governativo n. 36/2003 del 12 agosto 2003.

⁵⁸ Bill C-19, *Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts: the Crimes Against Humanity Act*, in vigore dal 23 ottobre 2000.

⁵⁹ *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* del 6 settembre 2000.

⁶⁰ *International Criminal Court Bill* del 26 giugno 2002

⁶¹ *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* del 26 giugno 2002 (BGBl. I, 2254).

⁶² *Wet Internationale Misdrifven (Gesetz über internationale Verbrechen)* del 17 giugno 2003.

⁶³ *Lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário (Legge penale concernente le violazioni del diritto internazionale umanitario)* N.° 72/IX del 20 maggio 2003. L'avamprogetto di legge è attualmente dibattuto in Parlamento.

⁶⁴ *Gesetz über Völkerstrafrechtstaten*, SOU 2002:98.

⁶⁵ *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire* del 10 febbraio 1999, *Moniteur Belge* del 23 marzo 1999, pag. 9286. Questa legge è stata abrogata dalla *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* del 5 agosto 2003, pubblicata nel *Moniteur Belge* del 7 agosto 2003, pag. 40506 segg. Le pertinenti fattispecie sono state integrate negli art. 136^{bis} segg. della legge penale belga.

⁶⁶ Progetto di legge N. 2724 del 9 maggio 2002, contenente in particolare disposizioni riguardanti i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. Dal canto suo, il Governo ha conferito a una Commissione interdipartimentale l'incarico di elaborare una legge.

⁶⁷ Codice penale finlandese, Capitolo 11 (Crimini di guerra e crimini contro l'umanità), approvato il 21 aprile 1995, *Bollettino delle leggi finlandese* 1995/578.

⁶⁸ *Ley Organica 15/2003* del 25 novembre 2003.

⁶⁹ Prossimamente in Francia sarà sottoposto al Parlamento un avamprogetto di legge elaborato (*Avant-projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour pénale internationale*), che completerà il Codice penale francese, art. 212-1, cpv. 1, adottato con la legge n. 92-1336 del 16 dicembre 1992, modificato dalla legge n. 93-913 del 19 luglio 1993, in vigore dal 1° marzo 1994; cfr. anche la recente proposta di Robert Badinter del 26 giugno 2003, *Proposition de loi relative aux crimes de guerre*, n. 370 (2002-2003).

⁷⁰ Recentemente la Commissione permanente in materia di diritto penale ha proposto una revisione del diritto norvegese, al fine di integrare le fattispecie dei crimini menzionate nello Statuto di Roma nella legge penale nazionale e di sanzionarle con le rispettive pene massime.

dovuta rilevanza e diffusione, favorendo in modo ottimale la loro percezione da parte delle persone assoggettate al diritto. L'introduzione di tali fattispecie nell'attuale sistematica del CP e del CPM permette alle autorità di perseguimento penale di applicare le altre disposizioni delle Parti generali di queste due leggi (ad esempio in relazione all'istigazione e al tentativo). L'incorporazione di questi crimini nel CP potrebbe inoltre accrescere la loro presa in considerazione nell'ambito di istituzioni accademiche e di trattati scientifici. Uno svantaggio di questa variante è tuttavia rappresentato dal fatto che al CP e al CPM verrebbero aggiunte numerose disposizioni che, si spera, saranno applicate raramente.

Il vantaggio della variante 2 (legge con disposizioni di diritto penale internazionale) risiede nel fatto che tutte le norme riguardanti il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra vengono disciplinate in una legge tematica. L'inconveniente è rappresentato dal fatto che un disciplinamento nell'ambito del diritto penale accessorio è meno trasparente e questa importante materia legislativa godrebbe di minor considerazione. La regolamentazione in una legge distinta renderebbe inoltre più difficile l'applicazione delle sperimentate norme generali del CP e del CPM. Il principale argomento contro una legge distinta in materia di diritto penale internazionale risiede nel fatto che la Svizzera, a differenza dei Paesi anglosassoni, non crea di volta in volta leggi apposite per la regolamentazione di singoli crimini, ma incorpora questi ultimi nel suo Codice penale ordinario. Le disposizioni penali che attualmente sono contenute in altre leggi sono di volta in volta inserite in un contesto materiale ben preciso (ad esempio circolazione stradale o stupefacenti). Tali leggi non disciplinano essenzialmente questioni di diritto penale, ma contengono disposizioni tecniche e amministrative. Una legge sul genocidio, sui crimini contro l'umanità e sui crimini di guerra non costituirebbe un atto normativo inserito in un contesto materiale determinato, ma una normativa con carattere di proibizione, destinata quindi *a priori* a essere integrata nel Codice penale.

Per i motivi indicati, la variante 1, ossia la regolamentazione di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra nel CP e nel CPM, va preferita all'adozione di una legge speciale.

1.3.1.4 Tecnica normativa

1.3.1.4.1 Metodica della trasposizione di diritto penale

Sia che le fattispecie di diritto internazionale vengano trasposte nel CP e nel CPM oppure in una legge speciale, occorre determinare in che misura tali fattispecie devono essere riprodotte nell'ordine giuridico svizzero. Il legislatore svizzero è in linea di principio libero di scegliere il grado di precisione con cui intende disciplinare gli elementi delle fattispecie, purché rispetti le esigenze minime dettate dal principio della legalità in diritto penale. Non bisogna in ogni caso dimenticare che nella materia in questione esistono chiari limiti imposti dal diritto internazionale consuetudinario e convenzionale e dallo Statuto di Roma. Scostarsi dal contenuto e dal tenore di tali fattispecie di diritto internazionale può causare difficoltà a livello di interpretazione,

qualora tribunali nazionali o internazionali siano chiamati a giudicare fattispecie sulla base di nozioni eccessivamente divergenti.

Entrano di principio in linea di conto tre diverse opzioni per la formulazione delle fattispecie di diritto internazionale nell'ordine giuridico svizzero; tali opzioni sono combinabili anche tra di loro.

Opzione 1: Clausola generale con rinvio al diritto internazionale applicabile

Scegliendo questa opzione, la delimitazione dei singoli atti punibili non avverrebbe, come è abituale per i reati, nella legge medesima, ma risulterebbe unicamente da un rinvio globale ai trattati internazionali applicabili e al pertinente diritto internazionale consuetudinario, senza un'identificazione delle singole fonti giuridiche. Per quel che concerne le violazioni del diritto internazionale umanitario, ciò equivarrebbe al mantenimento dello *status quo*. L'articolo 109 CPM punisce già oggi ogni violazione di "prescrizioni di convenzioni internazionali sulla condotta della guerra e sulla protezione delle persone e dei beni", come pure di "altre leggi e usi riconosciuti della guerra". Il vantaggio di questa opzione consiste nel fatto che l'applicazione dell'articolo 109 CPM ha già permesso alla giustizia (militare) svizzera di accumulare un certo numero di esperienze. Un altro argomento in favore della clausola generale consiste nel fatto che essa è per sua natura completa: non comprende soltanto il diritto internazionale vigente (diritto internazionale consuetudinario e convenzionale), ma può includere anche tutti i trattati che saranno conclusi in futuro come pure gli sviluppi venturi del diritto consuetudinario. Uno svantaggio di questa soluzione globale è tuttavia quello di non permettere alcuna differenziazione della pena in funzione della gravità del crimine, o lasciando tale onere al tribunale chiamato a decidere. Per violazioni del diritto internazionale umanitario il giudice può quindi teoricamente scegliere, sulla base dell'articolo 109 CPM, pene di 20 anni di reclusione o sanzioni disciplinari (ad esempio un ammonimento).

Il ricorso all'articolo 109 si rivela tuttavia inadeguato quando occorre giudicare un crimine contro l'umanità. L'articolo 109 CPM si applica unicamente ai crimini commessi nel contesto di un conflitto armato, mentre i crimini contro l'umanità (come il genocidio) sono punibili anche se commessi in tempo di pace. Per i crimini contro l'umanità occorrerebbe pertanto creare una pertinente nuova fattispecie generale. Lo svantaggio di questa opzione risiede tuttavia nel fatto che i crimini contro l'umanità, al contrario del diritto internazionale umanitario, si fondano largamente sul diritto internazionale consuetudinario non scritto. Se dal profilo del principio della legalità in diritto penale («*nullum crimen sine lege*») è discutibile fondare la punibilità dei crimini di guerra, ampiamente disciplinati a livello convenzionale, sulla base di una clausola generale basata su una norma di rinvio⁷¹, lo è ancora di più se la fattispecie penale non è codificata a livello internazionale.

⁷¹ Cfr. in merito n. 1.3.1.1.

Opzione 2: Ripresa testuale delle disposizioni dello Statuto di Roma nel diritto penale svizzero

La scelta dell'opzione 2 equivarrebbe a riprendere l'esatto tenore delle fattispecie dei crimini previste dagli articoli 6-8 dello Statuto di Roma. Una variante di trasposizione meno dispendiosa potrebbe anche consistere in una soluzione in cui nel CP e nel CPM non venga disciplinata alcuna fattispecie, ma venga unicamente operato un rinvio allo Statuto. Una simile legislazione presenterebbe il vantaggio di riprendere in modo perfettamente fedele il testo dello Statuto e di evitare ogni contraddizione. La legislazione svizzera non rischierebbe quindi di essere in contraddizione con le esigenze dello Statuto. Inoltre la giurisprudenza della CPI potrebbe essere ripresa senza problemi dai tribunali svizzeri, poiché le fattispecie penali internazionali e nazionali sarebbero identiche.

Lo svantaggio di questa opzione risiede innanzitutto nel fatto che il testo dello Statuto, creato in primo luogo per la competenza della CPI, non corrisponde necessariamente al diritto internazionale al quale la Svizzera è vincolata sulla base del diritto consuetudinario o convenzionale. Talvolta nello Statuto vengono utilizzate formulazioni oggi ormai superate e sostituite nei nuovi trattati da espressioni più al passo con i tempi. Inoltre, il fatto di riprendere esclusivamente le fattispecie dei crimini dello Statuto non permetterebbe di tenere conto dell'evoluzione del diritto penale internazionale dal 1998. Nuove fattispecie di diritto internazionale renderebbero in ogni caso necessaria un'ulteriore modifica del CP e del CPM.

Questa opzione presenta un ulteriore inconveniente: limitandosi ai crimini contenuti nello Statuto, non verrebbero considerate tutte quelle violazioni, in particolare del diritto umanitario, pure di natura particolarmente grave, ma per le quali non è stato possibile trovare un consenso in occasione della Conferenza di Roma. Si pensi ad esempio all'impiego di armi, proiettili, materiali e metodi di combattimento con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie, o che colpiscono per loro natura in modo indiscriminato in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati. La Corte può esercitare la sua giurisdizione solo se tali armi, proiettili, materiali e metodi di combattimento sono oggetto di un divieto generale e gli Stati parte hanno acconsentito al loro inserimento nello Statuto di Roma. Sulla base dei suoi obblighi di diritto consuetudinario o convenzionale, la Svizzera al contrario deve già oggi perseguire le infrazioni a questa proibizione (ad esempio l'impiego di armi chimiche in conflitti internazionali o interni)⁷².

Infine il tenore delle fattispecie dello Statuto di Roma non corrisponde nemmeno alla tecnica legislativa normalmente utilizzata dalla Svizzera per la definizione della punibilità. In diversi casi lo Statuto definisce un crimine impiegando un'unica

⁷² Cfr. ad es. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, decisione del 2 ottobre 1995, §§ 119 segg.

espressione (ad es. “cattura di ostaggi”⁷³) o soltanto in modo rudimentale, mentre il diritto svizzero formula con precisione ogni singolo elemento⁷⁴.

Opzione 3: Formulazione precisa dei crimini menzionati nello Statuto, conformemente agli attuali obblighi di diritto internazionale della Svizzera e sulla base della metodica legislativa svizzera

L'opzione 3, come la 2, si fonderebbe sui crimini menzionati nello Statuto, ma le singole fattispecie si atterrebbero maggiormente a quelle del diritto internazionale consuetudinario, primariamente vincolanti per la Svizzera. Nell'ambito dei crimini di guerra, le diverse fattispecie verrebbero strutturate in categorie, basate sui singoli regimi contrattuali e ai beni giuridici protetti.

Un grande vantaggio di questa opzione risiede nel fatto che, da un lato, mantiene una certa prossimità tra la legge svizzera e lo Statuto di Roma (e quindi anche con la giurisprudenza della CPI) ma, d'altro lato, grazie all'impiego del linguaggio legale svizzero permette alle autorità di perseguimento penale di applicare con più facilità le fattispecie di diritto internazionale. Chi è sottoposto alla legge ha in tal modo la possibilità di prevedere il carattere punibile del suo comportamento.

Come nel caso dell'opzione 2, un'enumerazione esaustiva di fattispecie precise presenta tuttavia lo svantaggio di rendere necessaria una revisione del CP e del CPM al fine di prendere in considerazione nel diritto penale svizzero i futuri sviluppi del diritto penale internazionale.

1.3.1.4.2 Panoramica di diritto comparato

In linea di massima gli Stati di tradizione giuridica anglosassone (come Gran Bretagna, Irlanda, Nuova Zelanda, Sudafrica) riprendono tale e quale il testo delle fattispecie dei crimini previste dallo Statuto, o descrivono le fattispecie mediante brevi titoli (come il Canada), mentre i Paesi dell'Europa continentale tendono piuttosto a formulare con precisione le fattispecie nel linguaggio giuridico nazionale (ad esempio Belgio, Germania, Finlandia, Francia, Paesi Bassi, Portogallo, Svezia, Spagna).

1.3.1.4.3 Combinazione delle diverse opzioni

Anche nella scelta della metodica legislativa ci si deve basare su due principi già menzionati: in primo luogo la legislazione svizzera in materia di diritto penale deve essere strutturata in modo da evitare che, a causa di basi legali insufficienti, il procedimento debba essere ripreso dalla CPI. La trasposizione deve inoltre prendere in considerazione anche il diritto penale internazionale vigente, che la Svizzera è

⁷³ Cfr. art. 8 cpv. 2 lett. a cifra viii dello Statuto di Roma.

⁷⁴ Cfr. art. 185 CP (presa d'ostaggio): «Chiunque sequestra o rapisce una persona o comunque se ne impadronisce per costringere un terzo a fare, omettere o tollerare un atto, [...] è punito con la reclusione».

tenuta a rispettare a prescindere dallo Statuto di Roma e che deve essere strutturato in modo da risultare più trasparente per chi vi è assoggettato. Se le formulazioni dello Statuto di Roma sono più restrittive, le nuove fattispecie svizzere devono basarsi in particolare sul contenuto e il tenore del diritto consuetudinario e convenzionale vigenti.

Le tre opzioni precedentemente menzionate e riguardanti la trasposizione nel diritto svizzero di fattispecie di diritto penale internazionale presentano sì singoli svantaggi, ma tutte e tre possono portare anche un determinato valore aggiunto. Non escludendosi a vicenda, le diverse opzioni possono essere combinate tra loro. In tal modo è possibile approfittare dei vantaggi delle singole opzioni, neutralizzandone nel contempo gli inconvenienti.

In relazione alle singole combinazioni, è opportuno operare una distinzione tra le diverse categorie di crimini.

Genocidio

Dal 15 dicembre 2000, il diritto penale svizzero prevede una fattispecie relativa al genocidio (art. 264), che dal profilo del contenuto è conforme alla Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, come pure all'articolo 6 dello Statuto di Roma. Il CP è pertanto conforme alle direttive internazionali. Poiché in futuro anche la giustizia militare, in determinati casi, avrà la competenza di perseguire il genocidio⁷⁵, va prevista l'introduzione nel CPM di una disposizione corrispondente all'articolo 264 CP.

Crimini contro l'umanità

Già oggi i crimini contro l'umanità possono essere in parte compresi da fattispecie del diritto penale "ordinario", alle quali manca tuttavia l'elemento relativo all'attacco contro la popolazione civile, caratteristico dei crimini contro l'umanità e che li rende particolarmente riprovevoli. Nel caso dei crimini contro l'umanità, un rinvio unico a convenzioni internazionali nell'ambito di una clausola generale, così come previsto attualmente per i crimini di guerra, non permette di realizzare lo scopo perseguito, poiché non esistono convenzioni pertinenti o non ve ne sono di adeguate. Si rivela quindi necessaria l'introduzione di una fattispecie specifica nel CP e nel CPM, che può ispirarsi alle direttive dell'articolo 7 dello Statuto di Roma, ma deve nella misura del possibile conformarsi alla terminologia legale svizzera e garantire i presupposti per un effettivo perseguimento.

Crimini di guerra (e violazioni gravi del diritto internazionale umanitario)

Per la punibilità dei crimini di guerra, l'articolo 109 CPM prevede già oggi una clausola generale che rinvia alle fattispecie del diritto internazionale umanitario. Occorre altresì formulare con precisione le violazioni del diritto internazionale umanitario, considerate crimini di guerra ai sensi dello Statuto di Roma e del diritto internazionale generale. Poiché in futuro anche la giustizia civile sarà chiamata a

⁷⁵ Per maggiori dettagli, cfr. n. 1.3.3., 2.2.1 e 2.2.2.

perseguire i crimini di guerra⁷⁶, va prevista l'introduzione di disposizioni corrispondenti anche nel CP.

1.3.2 Competenza della Svizzera per il perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra

In base al diritto svizzero, già oggi le autorità svizzere sono competenti per il perseguimento penale di genocidio, crimini di guerra e tortura, indipendentemente dal luogo di commissione e dalla nazionalità dell'autore. Secondo l'avamprogetto, questo principio detto dell'"universalità" deve essere applicato anche ai crimini contro l'umanità. La competenza della Svizzera per il perseguimento penale di queste fattispecie non è tuttavia completa, ma è data soltanto se l'autore si trova in territorio elvetico e non può essere estradato. Per i crimini di guerra, l'Assemblea federale ha recentemente inserito l'esigenza supplementare di uno "stretto legame" dell'autore con la Svizzera.

1.3.2.1 Il contenuto del principio di diritto internazionale dell'universalità

Secondo il principio dell'universalità, uno Stato può esercitare la propria giurisdizione a prescindere dal fatto che un crimine sia stato commesso sul suo territorio o all'estero e indipendentemente dalla nazionalità dell'autore o della vittima. Anche se in alcuni casi, ad esempio in caso di grave violazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949 o della Convenzione contro la tortura del 1984 (vedi sotto), gli Stati parte sono obbligati a esercitare la loro giurisdizione, in altri casi il diritto internazionale non li obbliga sempre a esercitare in modo illimitato la loro sovranità in materia penale e a indagare al di fuori dei loro confini nazionali. La maggior parte dei trattati internazionali prevedono un nesso con il territorio nazionale (principio della territorialità) o con la nazionalità dell'autore (principio della personalità attiva) o della vittima (principio della personalità passiva). In altri casi, in cui il nesso con lo Stato in questione non ha la medesima intensità, gli Stati hanno *il diritto* di esercitare la loro giurisdizione su fattispecie estere in assenza di un nesso interno o con un nesso interno di minore intensità. Gli Stati possono far dipendere l'esercizio della giurisdizione su fattispecie estere dall'esigenza di un legame più stretto dell'autore con lo Stato in questione (ad esempio presenza sul territorio nazionale).

Nello stesso tempo, in caso di atti commessi all'estero senza nesso interno, gli Stati sono tenuti a rispettare la sovranità penale di altri Paesi. Per evitare che sorgano lacune nel perseguimento, numerosi accordi internazionali in materia di diritto penale prevedono tuttavia l'ulteriore obbligo per gli Stati di avviare un procedimento penale qualora non estradassero la persona sospetta (*aut dedere aut iudicare*). Nel loro diritto interno gli Stati possono anche accordare la priorità al perseguimento penale

⁷⁶ Per maggiori dettagli, cfr. n. 1.3.3.3.

dell'autore nel suo Paese di provenienza o nel luogo di commissione del reato, prevedendo di applicare la loro sovranità penale soltanto a titolo sussidiario.

In particolare in materia di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, nella coscienza giuridica dell'opinione pubblica vi è una radicata convinzione che tali crimini non debbano restare impuniti. Gli autori di tali atti non devono potersi recare in luoghi in cui sono al riparo dal perseguimento penale, beneficiando della protezione del locale governo o perché quest'ultimo non è in grado di perseguirli penalmente. Uno Stato non è in grado di garantire il perseguimento penale se ad esempio il suo apparato preposto a tale scopo è collassato a causa di un conflitto o se non dispone delle pertinenti basi legali che permettano il perseguimento. In relazione a un perseguimento universale del genocidio, la Corte internazionale di Giustizia (CIG)⁷⁷ ha ritenuto che l'obbligo di ogni Stato di prevenire o di punire il genocidio non è, dal profilo del diritto internazionale, limitato al suo territorio⁷⁸. Le Convenzioni di Ginevra del 1949 e il Protocollo aggiuntivo I del 1977 obbligano gli Stati parte ad avviare indagini nei confronti di persone accusate di aver commesso una "grave violazione" ai sensi di una di queste convenzioni e, a prescindere dalla loro nazionalità, a giudicarle dinanzi a un loro tribunale oppure a consegnarle a uno Stato parte interessato al loro perseguimento⁷⁹.

Nell'ambito delle fattispecie riconosciute dal diritto internazionale consuetudinario, l'esercizio della sovranità penale non dipende nemmeno dalla punibilità del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra nel luogo di commissione del reato o nel Paese d'origine dell'autore. Vi sarebbe altrimenti il rischio che il perseguimento penale possa essere eluso.

1.3.2.2 Il principio dell'universalità secondo il diritto vigente e la nuova Parte generale del Codice penale

A prescindere dai reati commessi all'estero, per i quali vale il principio della protezione dello Stato (art. 4 CP) o che la Confederazione si è impegnata a punire sulla base di un accordo internazionale (art. 6^{bis} CP), il diritto vigente consente di perseguire in Svizzera l'autore di un reato commesso in un altro Stato se sono soddisfatte le condizioni del principio della personalità attiva o passiva ai sensi degli articoli 5 e 6 CP. A ciò si aggiungono tutte le singole fattispecie alle quali si applica il principio dell'universalità sulla base di una normativa speciale (cfr. art. 185 n. 5, art. 240 cpv. 3, art. 245 n. 1 cpv. 4, art. 264 cpv. 2 CP).

⁷⁷ RS 0.193.501.

⁷⁸ IGH, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, decisione dell'11 luglio 1996, ICJ Reports 1996 § 31.

⁷⁹ art. 49 cpv. 2 CG I; art. 50 cpv. 2 CG II; art. 129 cpv. 2 CG III; art. 146 cpv. 2 CG IV; art. 85 cpv. 1 Protocollo I.

Nel messaggio concernente la modifica della Parte generale del Codice penale (Revisione PG)⁸⁰, il Consiglio federale ha rilevato che oggi non è più giustificato prevedere la giurisdizione svizzera soltanto per i reati commessi all'estero il cui autore o la cui vittima sono di nazionalità svizzera, o per i quali la sovranità penale svizzera è data sulla base di un obbligo previsto da una convenzione internazionale. Secondo il Consiglio federale, tenendo conto dell'indispensabile solidarietà in seno alla comunità internazionale nella lotta alla criminalità, il nostro Paese dovrebbe estendere l'applicabilità del diritto svizzero ai casi in cui un'extradizione si rivela inammissibile non a causa del genere di reato, ma per un altro motivo. In questo caso, in applicazione del principio della competenza in via sostitutiva⁸¹, il reato deve essere perseguito dallo Stato nel quale si trova l'autore. Con un nuovo articolo 7 capoverso 2 CP il Consiglio federale ha pertanto proposto una normativa secondo cui, sulla base del principio della competenza in via sostitutiva, in caso di reati commessi all'estero e in assenza di un legame dell'autore o della vittima con la Svizzera, il CP viene applicato in via sussidiaria, se la Svizzera nega l'extradizione non per un motivo inerente alla natura dell'atto (ad esempio motivi di natura politica, militare o fiscale)⁸², ma per motivi che non concernono il genere di reato (ad esempio se vi è la minaccia di un trattamento inumano nello Stato richiedente o se quest'ultimo ha manifestato la sua intenzione di non processare l'autore in caso di estradizione).

Nel corso dei dibattiti il Parlamento ha accolto favorevolmente la proposta del Consiglio federale, spingendosi ancora oltre e introducendo nel nuovo articolo 7 capoverso 2 CP la competenza della Svizzera anche per quei casi in cui "l'autore ha commesso un crimine particolarmente grave proscritto dalla comunità giuridica internazionale"⁸³. Questa competenza sussiste indipendentemente da un obbligo di perseguire contratto dalla Svizzera in un accordo internazionale o dal precedente rifiuto di una domanda estera di estradizione. Altrimenti, secondo il Parlamento, vi sarebbe il rischio che una persona che ha commesso un reato riprovevole all'estero possa sfruttare abusivamente la Svizzera come luogo di rifugio e restare così impunita⁸⁴.

Questa innovazione non significa invece che in futuro la Svizzera debba esigere dal mondo intero l'extradizione di persone sospettate di aver commesso simili crimini particolarmente gravi⁸⁵. In linea di principio, la Svizzera chiede l'extradizione a uno Stato in cui l'autore si trova o in cui è stato arrestato unicamente se la persona in questione è di nazionalità svizzera o se un crimine è stato commesso su territorio svizzero. A differenza di questi casi di competenza primaria, la Svizzera non chiede

⁸⁰ Messaggio del 21 settembre 1998 concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile, FF **1999** 1669, 1685.

⁸¹ Cfr. art. 85 segg. AIMP.

⁸² Cfr. art. 3 AIMP.

⁸³ Cfr. art. 7 cpv. 2 lett. b della nuova Parte generale del CP del 13 dicembre 2002, FF **2002** 7351.

⁸⁴ Cfr. Boll. uff. **N 2001** 541 e Boll. uff. **N 2002** 1178; Boll. uff. **S 2001** 1060.

⁸⁵ L'art. 7 cpv. 2 lett. b della nuova PG CP non sancisce il principio secondo cui si esige l'extradizione in Svizzera dell'autore. Ciò è possibile soltanto se l'autore o la vittima sono cittadini svizzeri.

mai l'estradizione di persone straniere che hanno commesso il reato all'estero, si trovano all'estero e non hanno commesso reati contro un cittadino svizzero⁸⁶. Il presupposto per l'esercizio della giurisdizione universale è piuttosto la presenza dell'autore straniero in Svizzera. È soltanto a questa condizione che, in linea di principio, vengono intrapresi i passi necessari per il perseguimento penale, come inchieste e indagini. Un'interpretazione diversa comporterebbe per la Svizzera una responsabilità tale da originare enormi difficoltà. Ciò è stato recentemente dimostrato dalle esperienze che il Belgio ha acquisito con la sua legge sui crimini di guerra del 1993 e 1999, che sancisce il principio della competenza universale, senza però presupporre l'arresto dell'autore in Belgio. Tale legge ha avuto come conseguenza la presentazione di denunce contro uomini di potere, politici e generali stranieri, originando complesse questioni giurisdizionali e conflitti con l'estero. In breve tempo il Belgio si è visto costretto a revocare la normativa. La legge rivista prevede ora una competenza del Belgio unicamente nei casi in cui la vittima o l'autore siano di nazionalità belga o abbiano il loro domicilio principale in Belgio⁸⁷.

1.3.2.3 Il principio dell'universalità in Svizzera nel perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra

Occorre innanzitutto rilevare che lo Statuto di Roma non prevede direttamente l'obbligo di introdurre il principio dell'universalità per il perseguimento penale dei crimini contro l'umanità. Secondo l'articolo 12 capoverso 2 dello Statuto di Roma, la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale se lo Stato nel cui territorio sono stati commessi genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra o del quale la persona accusata ha la cittadinanza è Parte dello Statuto. In altre parole, la Corte non è in linea di principio competente se un crimine è stato commesso nel territorio di uno Stato che non è Parte dello Statuto, da una persona che ha la cittadinanza di uno Stato che non è parte dello Statuto. Se l'autore di tale crimine si trova in Svizzera, sotto l'aspetto del principio della complementarità sancito dallo Statuto di Roma la Svizzera non è tenuta al perseguimento universale, poiché la CPI non può rimproverare al nostro Paese un'inattività contraria al diritto internazionale.

Tuttavia, al fine di non diventare un rifugio per gli autori di gravi crimini a livello internazionale, che riparerebbero in Svizzera per sottrarsi al perseguimento di Stati terzi o della CPI, la Svizzera ha un interesse particolare a fondare la propria competenza in caso di reati commessi all'estero che non rientrano nella giurisdizione della CPI. Una competenza planetaria per il perseguimento di crimini di diritto internazionale quali il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra contribuisce da un lato ad aumentare le possibilità di porre un termine all'impunità, largamente diffusa, di questi reati. D'altro lato, con la moltiplicazione dei criteri di

⁸⁶ Cfr. Messaggio del 22 gennaio 2003 concernente la modifica della procedura penale militare (protezione dei testimoni) e del Codice penale militare, FF **2003** 671, 721.

⁸⁷ *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* del 5 agosto 2003, pubblicata nel *Moniteur Belge* del 7 agosto 2003, pag. 40506 segg.

collegamento per fondare una competenza non si possono escludere abusi e conflitti di competenza tra Stati diversi. In questo senso, già oggi il diritto svizzero è quindi applicabile al perseguimento penale del genocidio⁸⁸ e dei crimini di guerra commessi all'estero, unicamente alle seguenti condizioni.

1.3.2.3.1 Prima condizione: l'autore si trova in Svizzera

Il primo presupposto della competenza delle autorità svizzere di perseguimento penale in caso di reati commessi all'estero è la presenza dell'autore sul territorio svizzero. In tal modo è escluso che un procedimento debba essere avviato e condotto in Svizzera in assenza dell'autore.

1.3.2.3.2 Seconda condizione: l'estradizione dell'autore non è possibile

Il secondo presupposto è che l'autore non possa essere estradato all'estero, malgrado abbia commesso un reato motivante l'estradizione⁸⁹. Con la riserva dell'estradizione di autori che non hanno la cittadinanza svizzera, si riconosce la priorità all'estradizione e quindi, sulla base del principio della territorialità, all'effettiva apertura di un procedimento penale nello Stato in cui il reato è stato commesso o, sulla base del principio della personalità, nello Stato di cui l'autore ha la nazionalità. Questo modo di procedere di regola permette di trattare con equità ogni singolo caso e garantisce l'economia processuale, poiché l'assunzione delle prove nel luogo di commissione del reato consente di ottenere risultati più affidabili. Non va nemmeno dimenticato che il perseguimento di simili reati in Svizzera può rivelarsi problematico dal profilo della sovranità internazionale, se prima non è stato accertato che lo Stato in cui l'atto è stato commesso ha chiesto l'estradizione. Fatti salvi altri ostacoli all'estradizione, la giurisdizione svizzera va pertanto di principio ammessa, se un'estradizione è possibile e lo Stato estero di commissione del reato, su richiesta, ha espressamente o implicitamente rinunciato a un perseguimento penale⁹⁰.

Un'estradizione non è tuttavia possibile se la persona perseguita rischia di subire un trattamento inumano nel Paese di commissione del reato⁹¹, oppure se tale Paese o lo Stato d'origine dell'autore rinunciano a chiedere il perseguimento⁹². Una domanda d'estradizione sarà pure respinta se concreti indizi inducono a credere che lo Stato richiedente non intende o non è in grado di condurre un procedimento penale serio, o

⁸⁸ Per i dettagli, cfr. il messaggio del 31 marzo 1999 concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611, 4631 seg.

⁸⁹ Cfr. art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP.

⁹⁰ DTF **121** IV 145, 148.

⁹¹ Cfr. in particolare art. 2 lett. a e art. 37 cpv. 3 AIMP.

⁹² In questo caso non è possibile fondare nemmeno la giurisdizione sulla base del principio della competenza sostitutiva ai sensi dell'articolo 85 AIMP.

se in caso di estradizione all'estero l'autore non incorrerà in una pena equa⁹³. Se in un simile caso non è stata presentata alcuna domanda, si può in via eccezionale rinunciare a interpellare lo Stato di commissione del reato⁹⁴.

Se per motivi giuridici o di fatto non è possibile estradare l'autore straniero di crimini commessi all'estero, il diritto svizzero deve garantire che anche per simili reati l'autore non rimanga impunito e non possa sfruttare la Svizzera in quanto "porto sicuro".

Se il crimine è stato commesso all'estero, la consegna di prevenuti stranieri a una corte penale internazionale ha pure la precedenza sulla giurisdizione penale svizzera. Nel dicembre 2003 il Parlamento ha precisato in tal senso l'articolo 9 CPM in riferimento ai crimini di guerra⁹⁵. L'avamprogetto deve operare questa precisazione anche in relazione al genocidio e ai crimini di guerra. I presupposti per la consegna a una corte penale internazionale sono la presentazione di una richiesta di trasferimento e il riconoscimento del tribunale da parte della Svizzera. Non sono riconosciuti dalla Svizzera i tribunali che non offrono garanzie sostanziali per lo svolgimento di processi equi e che non garantiscono che le loro richieste soddisfano le precondizioni per un'extradizione se non generano motivi di ricusa⁹⁶.

1.3.2.3.3 Condizione supplementare per il perseguimento dei crimini di guerra: l'autore ha uno "stretto legame" con la Svizzera

Il 24 settembre 2003 il Consiglio degli Stati ha deciso⁹⁷ di inserire un nuovo capoverso 1^{bis} nell'articolo 9 CPM. Secondo tale capoverso, le persone che non hanno la cittadinanza svizzera possono essere perseguite penalmente in Svizzera per un crimine di guerra commesso all'estero soltanto se si trovano nel nostro Paese, hanno uno "stretto legame" con la Svizzera e non possono essere estradate all'estero né essere deferite a un tribunale penale internazionale. Il 15 dicembre 2003, il Consiglio nazionale ha seguito il Consiglio degli Stati⁹⁸ e la modifica è stata accolta dalle due Camere il 19 dicembre 2003⁹⁹, entrando in vigore il 1° giugno 2004¹⁰⁰.

⁹³ Il procedimento all'estero presenta in tali casi „gravi deficienze“ ai sensi dell'art. 2 lett. d AIMP.

⁹⁴ Cfr. mutatis mutandis DTF **121** IV 145, 149. Il 20 maggio 2003 la Corte suprema spagnola (Tribunal supremo) ha deciso in questo senso nel caso del "genocidio peruviano" (n. 712/2003). La Corte ha riconosciuto la giurisdizione dei tribunali spagnoli soltanto nei casi in cui le autorità dello Stato di commissione del reato non avevano condotto un procedimento penale effettivo.

⁹⁵ Modifica del 19 dicembre 2003 del CPM e del CP (FF **2003** 7137).

⁹⁶ Cfr. messaggio del 22 gennaio 2003 concernente la modifica della procedura penale militare (Protezione dei testimoni) e del Codice penale militare, FF **2003** 671, 723.

⁹⁷ Boll. uff. **S 2003** 938.

⁹⁸ Boll. uff. **N 2003** 1983.

⁹⁹ Boll. uff. **N 2003** 1247, Boll. uff. **N 2003** 2131

¹⁰⁰ AS **2004** 2691

Nel suo messaggio del 22 gennaio 2003¹⁰¹, il Consiglio federale aveva originariamente proposto di precisare il diritto vigente, affinché il presupposto della presenza in Svizzera valesse anche per il perseguimento di persone di nazionalità straniera ree di aver commesso un crimine di guerra all'estero. Mediante questa modifica legislativa si intendeva armonizzare il CPM con le disposizioni della Parte generale¹⁰² e con le disposizioni specifiche della Parte speciale del CP¹⁰³, seguendo una prassi giuridica riconosciuta.

L'esigenza di uno „stretto legame“ dell'autore con la Svizzera, in quanto nuova condizione di validità del diritto penale svizzero, in determinati casi rappresenta da un lato una precisazione della prassi attuale. D'altro lato si tratta di limitare le possibilità di perseguimento penale, al fine di non esporre la Svizzera a un'ondata di denunce, come è stato in una certa misura il caso per il Belgio¹⁰⁴. Nel caso del perseguimento di crimini di guerra in Svizzera, il Parlamento ha perciò volutamente operato una nuova ponderazione tra il principio dell'universalità, volto a sanzionare le violazioni fondamentali dei diritti umani (ad esempio in caso di genocidio, tortura o crimini particolarmente gravi proscritti dalla comunità giuridica internazionale)¹⁰⁵, e la tutela di altri interessi nazionali, attribuendo la priorità a questi ultimi.

La decisione del legislatore ha in parte suscitato critiche nel mondo scientifico e da parte di organizzazioni non governative. È stata avanzata la richiesta di rinunciare all'esigenza dello „stretto legame“ per il perseguimento penale, e di ritornare alla proposta originariamente formulata dal Consiglio federale nel suo messaggio¹⁰⁶.

1.3.2.4 Validità dello „stretto legame“ anche per il genocidio e i crimini contro l'umanità

Nell'ambito dell'avamprogetto sulle misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI, in relazione alla forma del principio dell'universalità ci si chiede in che modo questa recente decisione legislativa del Parlamento, relativa alla validità del principio dell'universalità per il perseguimento penale dei crimini di guerra, potrà influire sul perseguimento penale di genocidio e crimini contro l'umanità.

In considerazione della chiara volontà espressa recentemente dal legislatore per quel che concerne il perseguimento penale dei crimini di guerra, l'avamprogetto prevede di introdurre l'esigenza dello „stretto legame“ anche per il perseguimento del

¹⁰¹ Messaggio del 22 gennaio 2003 concernente la modifica della procedura penale militare (Protezione dei testimoni), FF **2003** 671, 721 segg.

¹⁰² art. 6^{bis} CP, art. 5-7 nPG-CP.

¹⁰³ art. 185 n. 5, art. 240 cpv. 3, art. 245 n. 1 cpv. 4, art. 264 cpv. 2 CP.

¹⁰⁴ Cfr. n. 1.3.2.2.

¹⁰⁵ Cfr. art. 264 cpv. 2 CP, art. 6^{bis} CP, art. 7 cpv. 2 lett. b nPG-CP.

¹⁰⁶ Cfr. il corrispondente appello al Consiglio nazionale da parte di 37 professori di diritto. Il testo di questo intervento e la lista dei firmatari è reperibile all'indirizzo <http://www.trial-ch.org/>; cfr. pure la critica in Hans Vest, *Kriegs- und Menschheitsverbrechen – Strafverfolgung „light“?*, AJP (2004) 614 seg.

genocidio e dei crimini contro l'umanità. Per adeguarsi alla normativa prevista dal CPM, l'esigenza dello "stretto legame" dovrà valere anche per le fattispecie relative ai crimini di guerra da integrare nel CP.

L'introduzione del criterio dello „stretto legame“ rappresenta una decisione politica, volta a non subordinare al principio illimitato dell'universalità il perseguimento penale in Svizzera dei crimini di diritto internazionale più gravi commessi all'estero da una persona di nazionalità straniera. Appare opportuno indicare in questa sede le conseguenze che deriverebbero da tale modifica.

In cosa consiste il criterio dello „stretto legame“ tra l'autore e la Svizzera?

Nel corso dei dibattiti parlamentari, a titolo esemplificativo è stato attribuito lo „stretto legame“ con la Svizzera alle seguenti categorie di persone: quelle il cui domicilio o il cui centro degli interessi si trova in Svizzera, le persone alla ricerca di un soggiorno in Svizzera per altri motivi, come ad esempio rifugiati o richiedenti l'asilo, quelle che soggiornano in Svizzera per sottoporsi a cure mediche stazionarie, quelle con parenti stretti, come genitori, partner o figli, che vivono in Svizzera e con i quali intrattengono contatti regolari, o le persone proprietarie di fondi in Svizzera. Non hanno invece alcuno "stretto legame" con la Svizzera le persone unicamente titolari di un conto bancario presso una banca elvetica o le persone che transitano in Svizzera o che vi si trovano per un breve periodo, con l'intenzione di proseguire il loro viaggio¹⁰⁷.

Il criterio decisivo che fonda questi legami personali o materiali è una relazione accresciuta dell'autore con la Svizzera, ma non in base a un soggiorno casuale che mette l'autore in relazione con il nostro Paese soltanto per un breve periodo. Occorre invece che l'autore sia entrato in Svizzera per rimanervi a medio o lungo termine (relazione oggettivo-quantitativa). A questa categoria di autori vengono equiparate le persone il cui soggiorno di breve durata si distingue da quello di altri soggetti per una sua componente particolarmente emozionale (relazione soggettivo-qualitativa). In futuro questa categoria di persone continuerà a essere compresa dalla legge. Gli esempi menzionati nei dibattiti parlamentari non sono esaustivi, ma vanno compresi nel senso di queste considerazioni generali. Per la determinazione nel singolo caso di un legame interno sufficiente, è necessaria la ponderazione da parte dell'autorità competente. Alla luce del principio della legalità, l'indeterminatezza di questa disposizione legale non è ideale per quel che concerne l'applicabilità del Codice penale agli atti commessi all'estero. Essa va tuttavia accettata ai sensi della volontà recentemente espressa dal legislatore.

Come si inserisce la nuova esigenza dello „stretto legame“ nelle vigenti disposizioni (secondo l'attuale e la nuova PG) relative alle condizioni di luogo e alle condizioni personali di applicazione del CP?

Nei casi in cui è data una competenza extraterritoriale della Svizzera¹⁰⁸ per il perseguimento penale di cittadini stranieri, il Codice penale vigente non conosce il principio dello "stretto legame". L'unico vincolo personale tra l'autore e la Svizzera

¹⁰⁷ Cfr. Boll. uff. N 2003 1987 seg.

¹⁰⁸ Cfr. n. 1.3.2.2.

che viene presupposto è la presenza dell'autore sul territorio elvetico, oppure, se la vittima è di nazionalità svizzera, l'estradizione dell'autore nel nostro Paese. Nel messaggio concernente la revisione della Parte generale del CP, varato dal Parlamento alla fine del 2002, il Consiglio federale aveva formulato in tal senso le condizioni di applicabilità del diritto svizzero. Il Parlamento aveva tuttavia esteso i casi di competenza extraterritoriale della Svizzera per il perseguimento penale, attribuendo la competenza alle autorità svizzere di perseguimento penale, se l'autore si trova nel nostro Paese e "ha commesso un crimine particolarmente grave proscritto dalla comunità giuridica internazionale"¹⁰⁹. Nemmeno il Consiglio federale, nel suo messaggio del 22 gennaio 2003 concernente la revisione della procedura penale militare e del CPM¹¹⁰, aveva previsto tale criterio, prima che il Parlamento lo introducesse nel dicembre 2003.

Poiché questo nuovo criterio applicabile ai crimini di guerra si scosta dalle regole generali emanate finora, si deve supporre che il Parlamento intendesse creare una normativa speciale («*lex specialis*»), dunque prioritaria. La nuova normativa della Parte generale sulla competenza non potrà di conseguenza essere applicata né ai crimini di guerra, né al genocidio o ai crimini contro l'umanità secondo l'avamprogetto, anche se dal profilo del contenuto tali gravi misfatti fanno parte dei crimini particolarmente gravi proscritti dalla comunità giuridica internazionale. Non vi è tuttavia l'urgenza di operare un'analogia restrizione delle disposizioni relative alla competenza nella Parte generale del Codice penale.

L'esigenza dello "stretto legame" comporta lacune nel perseguimento penale in Svizzera?

L'applicazione del criterio dello "stretto legame" ai crimini di guerra e, secondo l'avamprogetto, anche al genocidio e ai crimini contro l'umanità, ha come conseguenza che la possibilità della Svizzera di perseguire persone ree di avere commesso gravi crimini motivo di allarme per l'intera comunità internazionale (cfr. art. 5 dello Statuto della CPI) è limitata rispetto al perseguimento di altri reati meno gravi. La Svizzera sarebbe quindi competente unicamente se nessun altro Stato o tribunale dimostrasse una competenza primaria, e se tra l'autore e la Svizzera esiste più di un semplice legame casuale. Così, ad esempio, una persona straniera in transito, quindi senza uno "stretto legame" con il nostro Paese, che ha sfruttato sessualmente un bambino all'estero, potrebbe essere chiamata a rispondere dei suoi atti in Svizzera¹¹¹. Al contrario, non può essere perseguita penalmente in Svizzera la persona in transito che, nell'ambito di un genocidio, di un attacco contro la popolazione civile o durante un conflitto armato all'estero ha preso parte a omicidi o stupri di massa, oppure deve rispondere della tortura di prigionieri di guerra. Se un'autorità giudiziaria estera o internazionale riprende il procedimento penale, l'autore dei reati può essere estradato, fatte salve eventuali immunità di diritto internazionale.

¹⁰⁹ Cfr. art. 7 cpv. 2 lett. b della nuova Parte generale (PG) del CP del 13 dicembre 2002, FF 2002 8240.

¹¹⁰ Cfr. n. 1.3.2.3.3.

¹¹¹ Cfr. art. 5 nPG-CP.

L'esigenza dello „stretto legame“ è compatibile con gli obblighi di diritto internazionale della Svizzera volti al perseguimento della tortura e dei crimini di guerra?

L'articolo 6^{bis} CP (risp. l'art. 6 della nuova Parte generale del CP) prevede la competenza della Svizzera per il perseguimento penale di reati commessi all'estero, se si tratta di crimini che la Svizzera si è impegnata a reprimere in virtù di un accordo internazionale che ha ratificato. Un tale obbligo scaturisce ad esempio dall'articolo 5 capoverso 2 della Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, in virtù della quale gli Stati si impegnano esplicitamente a stabilire la loro competenza per perseguire atti di tortura anche nel caso in cui la persona sospettata si trova nello Stato contraente e non viene estradata in un altro Stato parte della Convenzione¹¹². Nell'ambito dell'applicabilità degli obblighi di diritto internazionale della Svizzera, la disposizione restrittiva relativa allo “stretto legame” non viene applicata.

Le Convenzioni di Ginevra del 1949 per la protezione delle vittime della guerra e il primo Protocollo aggiuntivo del 1977 obbligano gli Stati contraenti ad aprire indagini nei confronti di persone accusate di un “grave crimine” ai sensi di una delle Convenzioni e, indipendentemente dalla loro nazionalità, a portarle dinanzi a un loro tribunale o a consegnarle a uno Stato parte interessato al loro perseguimento¹¹³. La Svizzera è quindi tenuta a perseguire penalmente un presunto autore, se questo si trova nel nostro Paese, vi sono sufficienti sospetti a suo carico e può essere arrestato. I “gravi crimini” delle Convenzioni di Ginevra del 1949 vengono puniti in base al diritto vigente come ogni altra violazione del diritto internazionale umanitario sulla base della clausola generale dell'articolo 109 CPM. Nell'avamprogetto questa categoria di crimini è compresa nell'articolo 264^{quater} AP-CP e nell'articolo 111 AP-CP. Nella misura in cui anche per questa categoria si applichi l'esigenza dello “stretto legame”, le autorità devono operare un'interpretazione conforme al diritto internazionale¹¹⁴.

Il criterio dello „stretto legame“ è necessario per sciogliere le riserve materiali e giuridiche che hanno indotto il Parlamento a introdurre tale principio nel CPM?

Di recente anche in Svizzera, e non soltanto in Belgio o in altri Paesi (come in Gran Bretagna contro l'ex capo di Stato cileno Augusto Pinochet), sono state sporte alcune denunce nei confronti di capi di Stato e ministri. Nel dicembre 2003, nell'ambito della revisione della procedura penale militare e del CPM, alcuni parlamentari hanno tra l'altro manifestato il timore che simili denunce potessero comportare difficoltà sul piano della politica estera e causare rappresaglie, considerando in particolare il ruolo di Ginevra quale città sede di negoziati e importante centro delle Nazioni Unite.

È nell'interesse della Svizzera evitare di subire pressioni politiche come quelle patite recentemente dal Belgio. Occorre pure evitare di dover condurre procedimenti inutili

¹¹² RS **0.105**, entrata in vigore per la Svizzera il 26 giugno 1987.

¹¹³ Art. 49 cpv. 2 CG I; art. 50 cpv. 2 CG II; art. 129 cpv. 2 CG III; art. 146 cpv. 2 CG IV; art. 85 cpv. 1 Protocollo I.

¹¹⁴ Sulla base delle considerazioni del rappresentante del Consiglio federale in occasione della revisione della procedura penale militare nel dicembre 2003, il Parlamento ha deciso di non emanare una legge contraria al diritto internazionale, cfr. Boll. uff. **N 2003** 1987.

ed onerosi, in mancanza di ragionevoli presupposti per arrestare, giudicare ed eventualmente estradare una persona oggetto di denuncia.

Nel caso di denunce nei confronti di capi di Stato o di governo in carica, ministri degli esteri, diplomatici accreditati in Svizzera o partecipanti a conferenze internazionali, va tuttavia sottolineato che tali persone, in virtù della loro immunità di diritto internazionale, non possono essere arrestate in Svizzera e chiamate a rispondere dinanzi alla legge, a meno che un tribunale penale internazionale non abbia spiccato un mandato di arresto o che l'immunità di queste persone non sia stata tolta. Le autorità di perseguimento penale non danno nemmeno seguito alle denunce prive di fondamento ragionevole. Va anche rilevato che, grazie al presupposto, in vigore già da tempo, della presenza dell'autore in Svizzera (una condizione che la legge belga non prevedeva) negli ultimi anni non vi è stata un'ondata di denunce. È stato invece possibile far fronte in modo adeguato a singoli procedimenti avviati nei confronti di criminali di guerra della ex Jugoslavia e del Ruanda.

Leggi estere sulla validità del principio dell'universalità nel perseguimento del genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra

Al fine di evitare i problemi che ha vissuto il Belgio, il Canada ha ad esempio sancito il principio della "quasi-universalità" nel *Crimes Against Humanity Act* del 2000, secondo il quale possono essere perseguiti soltanto i cittadini stranieri che si trovano in Canada; non occorre dimostrare uno "stretto legame". Il Procuratore generale dispone inoltre di potere discrezionale per valutare se perseguire tali crimini¹¹⁵. Nei Paesi Bassi, sulla base della legge sui crimini internazionali (*Wet Internationale Misdrijven*), in caso di reati commessi all'estero da cittadini stranieri, viene pure richiesta soltanto la presenza dell'autore sul territorio olandese¹¹⁶. Dall'entrata in vigore il 26 giugno 2002 del *Völkerstrafgesetzbuch*, in Germania il criterio del „legame interno“ non è più applicabile¹¹⁷. Il Ministero pubblico può quindi prescindere dal perseguimento di un cittadino straniero unicamente se l'imputato non si trova in territorio tedesco e un tale soggiorno non è nemmeno da attendersi¹¹⁸. L'*International Crimes and International Criminal Court Act* neozelandese del 2000 applica il principio dell'universalità in modo ancora più rigoroso, non rendendo necessaria la presenza dell'autore al momento dell'avvio del procedimento¹¹⁹.

Rispetto agli Stati menzionati con sistema giuridico simile al nostro, il presupposto dello "stretto legame" previsto dalla Svizzera per l'esercizio della giurisdizione universale deve rivestire un carattere più restrittivo.

¹¹⁵ Cfr. art. 8 lett. b e art. 9 cpv. 3 del *Crimes Against Humanity Act*.

¹¹⁶ Cfr. § 1, sezione 2, n. 1, lett. a della *Wet Internationale Misdrijven*).

¹¹⁷ Cfr. art.1 del *Völkerstrafgesetzbuch* (BGBl. I, 2254).

¹¹⁸ § 153f del Codice di procedura penale tedesco.

¹¹⁹ Cfr. Part 2, § 8, n. 1, lett. c dell'*International Crimes and International Criminal Court Act*.

1.3.3 Nuova ripartizione delle competenze tra giurisdizione civile e militare per il perseguimento del genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra

Il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra non sono reati ordinari. La storia ha dimostrato che si inseriscono sempre in un contesto più ampio. Un conflitto all'interno di uno Stato inizia spesso con l'oppressione sistematica di una minoranza o con la contrapposizione di diversi gruppi politici che fanno in seguito ricorso alle armi. Simili ostilità possono poi assumere una dimensione internazionale, nella quale Stati terzi intervengono a favore degli oppressi o per sostenere una delle parti in conflitto. I conflitti etnici più recenti hanno in particolare dimostrato che spesso non viene fatta alcuna differenza tra il fatto che le persone attaccate siano forze militari o civili. Tra gli autori vi sono anche sempre più persone che non fanno parte di forze armate regolari, ma commettono in modo più o meno libero importanti violazioni del diritto internazionale applicabile ai conflitti armati.

Il perseguimento penale di tragici eventi di tale gravità porta purtroppo alla luce situazioni (come nell'ex Jugoslavia o in Ruanda) in cui genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra vengono commessi contemporaneamente. Nella prassi i fatti sono in seguito oggetto di indagini e denunce comuni, in modo da affidare in definitiva ai tribunali il compito di determinare quale fattispecie è stata realizzata.

Con l'introduzione nel diritto penale svizzero della fattispecie dei crimini contro l'umanità, si pone ora la questione relativa a quali autorità debbano essere competenti per il perseguimento e il giudizio di tali reati.

1.3.3.1 Competenza secondo il diritto vigente

Genocidio

A differenza delle Convenzioni di Ginevra del 1949, la Convenzione sul genocidio del 1948 è applicabile anche se non è in corso un conflitto armato. Secondo il diritto vigente, i civili e i militari autori di crimini di genocidio sono pertanto sottoposti alla giurisdizione civile (art. 264 e 340 cpv. 2 CP; art. 7 e 219 cpv. 1 CPM).

Crimini contro l'umanità

Il diritto penale svizzero non comprende ancora esplicitamente i crimini contro l'umanità in quanto tali. Tuttavia, qualora fossero realizzati i presupposti per l'applicazione delle fattispecie "abituali" del CP e del CPM, le autorità giudiziarie competenti perseguirebbero tali casi conformemente alle regole generali.

Crimini di guerra

Attualmente i crimini di guerra, ossia la violazione grave del diritto internazionale umanitario in caso di conflitto armato (art. 108-114 CPM) tra Stati, ma anche

nell'ambito di conflitti interni¹²⁰, è sottoposta al diritto penale militare (cfr. art. 2 e 218 CPM), a prescindere dal fatto che i reati siano stati commessi da militari (cfr. art. 2 cpv. 1 n. 1, 2, 3, 6 e cpv. 2¹²¹) o da civili (art. 2 n. 9 CPM). Tale competenza è data tanto per i reati commessi in Svizzera quanto per quelli commessi all'estero (art. 9 cpv. 1 e 218 cpv. 2 CPM)¹²². Per i crimini di guerra commessi all'estero da cittadini stranieri, malgrado la modifica del CPM del 19 dicembre 2003¹²³, la competenza è data unicamente se l'autore si trova in Svizzera, ha uno "stretto legame" con la Svizzera e non può essere estradato all'estero o consegnato a un tribunale penale internazionale.

Questa estesa competenza della giurisdizione militare per crimini di guerra commessi all'estero da civili di nazionalità svizzera e da cittadini stranieri (civili o militari) vale soltanto nell'ambito di un conflitto armato¹²⁴. In tale contesto sono pertanto punibili unicamente le violazioni del diritto internazionale commesse in modo specifico nell'ambito di conflitti armati (il cosiddetto "diritto internazionale umanitario"). Il perseguimento e il giudizio delle violazioni del diritto internazionale in generale non rientrano nella competenza della giustizia militare. Ciò vale anche per la proibizione del genocidio sancita nella relativa convenzione: il genocidio, infatti, può in linea di principio essere commesso indipendentemente da un conflitto armato¹²⁵, anche se in pratica ciò avviene di rado.

Se qualcuno è accusato di più reati, sottoposti in parte alla giurisdizione militare (ad esempio crimini di guerra) e in parte alla giurisdizione civile (ad esempio genocidio), il Consiglio federale (art. 221 CPM) o l'uditore in capo (art. 46 cpv. 2 OGPM) deferiscono il giudizio di tali reati a un tribunale militare o civile.

Secondo un nuovo capoverso dell'articolo 221 CPM, introdotto dalla legge federale del 24 marzo 2000¹²⁶, il perseguimento e il giudizio del genocidio vengono affidati esclusivamente alle autorità di perseguimento penale civili, se a un atto sono applicabili diverse disposizioni che in parte devono essere applicate dalla giurisdizione militare e in parte da quella civile, e se uno degli atti punibili è il genocidio. Questa modifica non è ancora entrata in vigore, poiché le misure complementari per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI richiedono l'elaborazione di una nuova normativa concernente la ripartizione delle competenze tra autorità giudiziarie civili e militari.

¹²⁰ Cfr. Tribunale militare svizzero di cassazione, decisione del 27 aprile 2001, *Causa Fulgence Niyonteze*, pag. 10.

¹²¹ Legge federale del 3 ottobre 2003 concernente la modifica del Codice penale militare (revisione dell'ordinamento penale disciplinare; FF **2003** 5887), entrata in vigore il 1° marzo 2004 (RU **2004** 921).

¹²² Cfr. Tribunale militare svizzero di cassazione, decisione del 13 maggio 1996, *Causa M.*, Volume 11 n. 91 cons. 2a).

¹²³ In vigore dal 1° giugno 2004 (RU **2004** 2691).

¹²⁴ I militi dell'esercito svizzero sono invece sottoposti alla giurisdizione militare svizzera anche al di fuori di un conflitto armato.

¹²⁵ Messaggio del 31 marzo 1999 concernente la convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4628.

¹²⁶ FF **2000** 1945.

1.3.3.2 Modello di soluzione per le future competenze della giurisdizione civile e militare

Per determinare se le tre categorie di crimini definite nello Statuto di Roma (genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra) siano da deferire al giudizio della giurisdizione civile o militare, si propongono i seguenti modelli di soluzione.

1.3.3.2.1 Modello 1: deferimento integrale alla giurisdizione civile

Si potrebbe innanzitutto immaginare il deferimento delle tre categorie di crimini alla giustizia penale ordinaria. Il vantaggio sarebbe quello di una normativa unitaria. Inoltre, in seguito al recente potenziamento delle autorità di perseguimento penale della Confederazione nell'ambito del cosiddetto "progetto Efficienza", sono disponibili risorse limitate supplementari in termini di personale per il perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra¹²⁷. Dal 1° aprile 2004 è inoltre operativo il Tribunale penale federale, in grado di giudicare in prima istanza eventuali accuse di genocidio.

Una soluzione globale di questo tipo ha uno svantaggio: nell'ambito dei crimini di guerra le autorità civili di perseguimento penale non hanno alcuna esperienza, e dal profilo materiale non hanno una competenza paragonabile a quella di un'autorità giudiziaria militare.

1.3.3.2.2 Modello 2: deferimento integrale alla giurisdizione militare

Con i procedimenti penali condotti finora nell'ambito delle violazioni del diritto internazionale umanitario, la giustizia militare ha notoriamente acquisito una certa competenza in materia di crimini di guerra. In generale dispone di conoscenze specifiche che le consentono di valutare questioni particolari attinenti all'ambito militare e di esperienze pratiche nel perseguimento e nel giudizio di crimini di guerra. Un ulteriore vantaggio di un perseguimento integrale delle tre categorie di crimini da parte della giustizia militare è rappresentato dall'aspetto relativo alla milizia, meno oneroso dal profilo finanziario rispetto a un sistema di perseguimento civile e professionalizzato.

Nell'ambito di casi impegnativi e complessi, la giustizia militare non può d'altronde mettere a disposizione un numero sufficiente di specialisti per lunghi periodi di tempo. La giustizia militare, con la sua struttura di milizia, senza rinforzi non sarebbe in grado di garantire a lungo termine il regolare perseguimento e giudizio dei crimini di diritto internazionale.

¹²⁷ Cfr. i comunicati stampa del DFGP del 26 giugno 2003 e del Tribunale penale federale del 1 aprile 2004.

Considerando che i tre tipi di crimini possono essere commessi anche da civili, in caso di attribuzione della giurisdizione esclusiva la giustizia militare sarebbe competente anche in situazioni al di fuori del suo ambito primario. Ciò sarebbe tuttavia in contrasto con il principio sempre sancito dal legislatore, secondo cui le persone civili non devono essere sottoposte al diritto militare, se ciò non si rivela necessario per proteggere beni giuridici di particolare importanza a livello militare. Un deferimento integrale alla giustizia militare comporterebbe quindi una competenza che incontrerebbe serie difficoltà a essere accettata nella nostra società civile. L'aspetto determinante consiste nel fatto che la giustizia militare è composta da membri di milizia, a disposizione soltanto a certe condizioni per la trattazione di procedimenti così lunghi e complessi.

1.3.3.2.3 Modello 3: soluzione mista, ovvero deferimento alla giurisdizione civile e a quella militare

Variante A: in funzione della categoria di crimini

Secondo questa variante, le fattispecie del genocidio e dei crimini contro l'umanità sarebbero introdotte nel CP, mentre quella dei crimini di guerra nel CPM. L'attuale ripartizione delle competenze rimarrebbe invariata. La novità consiste nel fatto che la giustizia civile si occuperebbe del perseguimento dei crimini contro l'umanità, previsti unicamente dal CP. Anche questa variante porrebbe tuttavia dei problemi: spesso nell'ambito di un conflitto vengono commessi crimini di diritto internazionale che soltanto il tribunale può qualificare correttamente in base a una o più fattispecie di crimini. Optando per la variante A, occorrerebbe tuttavia decidere fin dall'inizio quale reato deva essere perseguito: tale decisione sarebbe infatti determinante per stabilire quale autorità è competente per il perseguimento penale. Se invece tale decisione spettasse alla corte giudicante, scegliendo la variante A non sarebbe in linea di principio possibile definire la competenza prima dell'apertura del procedimento penale.

Variante B: in funzione della cerchia di autori

Secondo questo modello, i tribunali militari sarebbero competenti per il giudizio definitivo dei militari, mentre la giustizia ordinaria per le persone civili. Poiché le tre fattispecie possono essere realizzate sia da civili che da militari, devono essere introdotte sia nel CP che nel CPM. Il Codice penale andrebbe completato con i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, mentre il Codice penale militare con il genocidio, i crimini contro l'umanità e una normativa più precisa in materia di crimini di guerra.

La variante B si compone di due sottovarianti. Secondo la variante B.1., la competenza della giustizia militare sarebbe limitata ai militi dell'esercito svizzero. Nella prospettiva di un trattamento unitario, la giustizia militare sarebbe applicata anche quando un milite svizzero non fosse autore, ma vittima di un simile crimine. Secondo la sottovariante B.2., la giustizia militare svizzera sarebbe competente per giudicare anche i militari stranieri.

Il vantaggio della sottovariante B.1. è che, fin dall'inizio, determina competenze chiare. La sottovariante B.2. porrebbe invece alcune difficoltà alla definizione delle competenze. Se è relativamente facile constatare se un cittadino svizzero è un milite o no, la distinzione tra un militare e un civile straniero non è sempre semplice da operare. In uno Stato in cui le istituzioni si sono disintegrate, dove accanto alle forze armate sono attive anche organizzazioni armate di cittadini, gruppi di guerriglieri e combattenti associati in modo libero e comandati da persone nominate in modo autonomo, può risultare molto difficile determinare se il presunto autore ha effettivamente svolto funzioni militari, se ha partecipato al conflitto (o ne è stato coinvolto) in veste di civile combattente armato oppure in semplice veste di civile. Ci si chiede anche se, con una simile delimitazione di competenze in cui presumibilmente l'80 o il 90 per cento di tutti i casi sarebbero deferiti alla giustizia militare, si giustificerebbe ancora il mantenimento di una struttura parallela in seno al Ministero pubblico della Confederazione, come quella creata con il "progetto Efficienza".

Variante C: in funzione del criterio del conflitto armato

Secondo questa variante, i tribunali militari sarebbero competenti per giudicare i tre crimini, purché siano stati commessi nell'ambito di un conflitto armato. In questo caso il fatto che l'autore abbia agito in veste militare o civile non ha alcuna importanza. La giustizia ordinaria continuerebbe a occuparsi di tutti i casi avvenuti al di fuori di un conflitto armato. Il CPM andrebbe completato con le fattispecie relative al genocidio e ai crimini contro l'umanità. La competenza dei tribunali militari andrebbe tuttavia limitata alla commissione di questi reati nell'ambito di conflitti armati. Il CP andrebbe completato unicamente con la fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità, poiché i crimini di guerra non possono essere commessi al di fuori di un conflitto armato.

Se il deferimento alle autorità giudiziarie civili o militari avviene in funzione del criterio del conflitto armato, si pone un problema di ordine pratico: soprattutto per quanto riguarda la valutazione di situazioni all'estero, da un lato l'esistenza di un conflitto armato non è sempre chiaramente dimostrabile, e dall'altro il diritto internazionale umanitario non si applica a tutti gli scontri armati che avvengono all'interno di uno Stato. Non è sempre possibile determinare in anticipo se si è chiaramente in presenza di un conflitto armato ai sensi del diritto internazionale. Tale valutazione spetta al tribunale giudicante. Poiché nella giurisprudenza dei tribunali la nozione di conflitto armato è intesa in senso molto ampio, presumibilmente la giustizia ordinaria risulterà competente soltanto in rari casi. Secondo il diritto vigente, la giurisdizione militare in caso di crimini di guerra vale anche per le persone civili, ma in linea di principio la validità del diritto penale militare può estendersi oltre la cerchia dei militari soltanto nella misura in cui, in una situazione di particolare pericolo, gli interessi nazionali richiedano anche una protezione accresciuta degli interessi militari¹²⁸. Ciò non è necessariamente il caso quando il reato è stato commesso all'estero e la Svizzera non è implicata nel conflitto armato. In tempo di pace il criterio del conflitto armato non va quindi più seguito.

¹²⁸ Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berna 1983, art. 3, pag. 68 n. 3.

Se la Svizzera fosse coinvolta in una guerra, il criterio del conflitto armato sarebbe determinabile in modo rapido e sicuro; cionondimeno tale criterio rappresenterebbe anche in un simile caso un elemento di delimitazione pragmatico e praticabile. Per uno spettro di valutazione unitario, le autorità militari sarebbero pertanto competenti per giudicare il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, a prescindere dal fatto che tali reati siano stati commessi da un militare o da un civile.

1.3.3.3 Decisione di attribuire la competenza in funzione del tipo di autore (civile o militare)

Dopo aver ponderato vantaggi e svantaggi dei modelli descritti, l'avamprogetto opta per una competenza mista (modello 3), che determina la giurisdizione in funzione delle caratteristiche dell'autore del reato (variante B) e limita la competenza della giustizia militare in tempo di pace ai militi dell'esercito svizzero (autori o vittime; sottovariante B.1.). In tempo di guerra la competenza è tuttavia integralmente attribuita alla giustizia militare (variante C). Questa è considerata la soluzione più pragmatica, poiché risulta chiara e appropriata.

Questa ripartizione delle competenze ha numerosi vantaggi: permette in primo luogo alla giustizia militare svizzera di concentrarsi nella sua funzione essenziale di tribunale specializzato, incaricato di giudicare i militari svizzeri. Nella misura in cui la giurisdizione civile è chiamata a giudicare crimini di guerra commessi da persone civili svizzere e da cittadini stranieri, in caso di bisogno ricorre a esperti militari. In secondo luogo questa soluzione permette di sottoporre le tre categorie di reati alla stessa giurisdizione. La giustizia civile può fare inoltre affidamento su un apparato di perseguimento penale professionale e costantemente a disposizione, nonché su un Tribunale penale federale di prima istanza, mentre la giustizia militare si compone prevalentemente di membri dell'esercito di milizia, disponibili soltanto a certe condizioni per la trattazione di procedimenti così lunghi e complessi. Questa ripartizione di competenze sfrutta poi le relazioni che il Ministero pubblico della Confederazione e la Polizia giudiziaria federale hanno sviluppato con le autorità di perseguimento penale estere. Infine, con questa soluzione non occorre decidere già al momento della determinazione della competenza se l'autore ha agito in qualità di civile o di militare (come esposto in precedenza, proprio per i reati commessi all'estero risulta spesso difficile prendere una simile decisione all'inizio del procedimento).

Come rilevato in precedenza, in Svizzera i militari stranieri possono venir giudicati dalla giustizia civile soltanto in tempo di pace. Non appena la Svizzera dovesse essere coinvolta in un conflitto armato, la giurisdizione passerebbe integralmente nella sfera di competenze delle autorità militari¹²⁹.

¹²⁹ Per questo sarebbe sufficiente l'articolo 84 della Convenzione di Ginevra (III) del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra (RS **0.518.42**), che in tempo di guerra esige la parità di trattamento tra i membri delle forze armate straniere e i militari svizzeri.

La ripartizione delle competenze per il perseguimento di persone sospettate di aver commesso i reati di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, o di aver partecipato alla commissione di tali reati, è strutturata nel modo seguente (cfr. anche la tabella riassuntiva relativa alla competenza secondo il diritto vigente e quello futuro, riprodotta nell'allegato 1).

La giustizia civile svizzera sarebbe competente per il perseguimento e il giudizio delle seguenti persone:

- civili di nazionalità svizzera;
- persone di nazionalità straniera (civili e militari).

La giurisdizione militare si estenderà alle seguenti categorie di persone:

- persone con statuto militare svizzero (art. 2 cpv. 1 n. 1, 2, 3, 6 nonché cpv. 2 CPM), che continuano a essere sottoposte alla giustizia militare se hanno commesso un crimine di guerra in Svizzera o all'estero. Secondo l'avamprogetto, lo stesso varrà anche per il genocidio¹³⁰ e i crimini contro l'umanità;
- persone (svizzeri e stranieri, civili o militari) che, in tempo di pace o di guerra, commettono all'estero il reato di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra contro un militare dell'esercito svizzero (art. 9 cpv. 1^{ter} AP-CPM);
- in terzo luogo il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra saranno interamente sottoposti alla giustizia militare, se la Svizzera dovesse essere coinvolta in una guerra¹³¹ (cfr. art. 4, n. 2 AP-CPM in combinato disposto con l'art. 218 CPM).

1.3.4 Regolamentazione della giurisdizione civile: competenza della Confederazione o dei Cantoni?

Nella misura in cui il perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra spetta ai tribunali civili, occorre chiarire come ripartire in modo concreto le competenze d'indagine e sanzionatorie tra le autorità di perseguimento penale dei Cantoni e della Confederazione.

1.3.4.1 Diritto vigente

¹³⁰ Il numero 2 dell'art. 221 CPM, emanato con la legge federale del 24 marzo 2004 (cfr. FF **2000** 1945) ma non ancora entrato in vigore, diviene obsoleto in seguito alla presente revisione. L'avamprogetto prevede pertanto un pertinente adeguamento dell'art. 221 CPM.

¹³¹ Secondo l'art. 5 CPM (che l'avamprogetto non modifica), le disposizioni applicabili in tempo di guerra possono essere messe in vigore dal Consiglio federale anche in presenza di un imminente pericolo di guerra per la Svizzera.

Genocidio

In considerazione del fatto che la criminalità organizzata e quella economica hanno assunto una dimensione prevalentemente internazionale, ponendo le autorità di perseguimento penale di fronte a compiti estremamente difficili, nel 1999 il legislatore ha emanato il cosiddetto “progetto Efficienza”¹³². Tale progetto prevede una competenza primaria della Confederazione¹³³ per le forme di reato menzionate, completate nel 2000 dalla fattispecie relativa al genocidio¹³⁴. Al fine di sgravare il Tribunale federale, al termine delle indagini a livello federale il Ministero pubblico della Confederazione poteva affidare il giudizio del caso a un tribunale cantonale. In tale eventualità il Ministero pubblico della Confederazione avrebbe sostenuto l'accusa dinanzi alla corte cantonale.

Queste disposizioni del „progetto Efficienza“ concernenti la delega ai Cantoni, entrate in vigore il 1° gennaio 2002¹³⁵, avevano unicamente un carattere transitorio. Con l'entrata in vigore della “riforma della giustizia”, la Costituzione federale¹³⁶ prescrive esplicitamente la creazione di un Tribunale penale della Confederazione, incaricato di giudicare casi penali in prima istanza, sottoposti alla giurisdizione federale e in precedenza trattati direttamente dal Tribunale federale quale prima e unica istanza. Dalla completa entrata in vigore della legge sul Tribunale penale federale¹³⁷, avvenuta il 1° aprile 2004¹³⁸, oggi i casi riguardanti la criminalità organizzata, la criminalità economica e il genocidio sono trattati in prima istanza dal Tribunale penale federale e, su ricorso, dal Tribunale federale. In tal modo il Tribunale federale viene sgravato dalle onerose procedure di prima istanza aventi un legame con l'estero.

Con l'istituzione del Tribunale penale federale di prima istanza, le possibilità di delega ai Cantoni conformemente ai criteri del “progetto Efficienza” hanno perso la loro ragione d'essere e sono state abolite dalla legge sul Tribunale penale federale. In futuro sarà di principio la Confederazione a condurre i procedimenti riguardanti la criminalità organizzata, la criminalità economica e il genocidio. È prevista un'eccezione unicamente per casi semplici, in cui è possibile delegare le indagini e il giudizio. In caso di reati contro gli interessi della comunità internazionale le procedure sono in generale estremamente complesse, richiedono conoscenze

¹³² Legge federale del 22 dicembre 1999 (istituzione di nuove competenze procedurali della Confederazione nei settori della criminalità organizzata e della criminalità economica), FF **2000** 70.

¹³³ Cfr. art. 340 n. 2 e 340^{bis} CP.

¹³⁴ Legge federale del 24 marzo 2000, FF **2000** 1945.

¹³⁵ RU **2001** 3071; RU **2001** 3315.

¹³⁶ Art. 191a cpv. 1 Cost. (versione „riforma giudiziaria“); cfr. decreto federale dell'8 ottobre 1999 sulla riforma giudiziaria (accettato da popolo e Cantoni il 12 marzo 2000), RU **2002** 3148, entrato in vigore il 1° aprile 2003 con il decreto federale del 24 settembre 2002 sull'entrata in vigore parziale della riforma giudiziaria del 12 marzo 2000, RU **2002** 3147.

¹³⁷ Legge federale del 4 ottobre 2002 sul Tribunale penale federale, RU **2003** 2133.

¹³⁸ Cfr. art. 1 cpv. 2 dell'ordinanza concernente la messa in vigore della legge sul Tribunale penale federale e la messa in vigore parziale della legge federale sulle sedi del Tribunale penale federale e del Tribunale amministrativo federale, RU **2003** 2131.

specifiche e rendono necessario l'impiego di mezzi importanti: in tali casi una delega rappresenterebbe una soluzione altamente improbabile¹³⁹.

Crimini contro l'umanità

In Svizzera attualmente il diritto penale non comprende ancora i crimini contro l'umanità in quanto tali. Tuttavia, se le condizioni per l'applicazione delle fattispecie "abituale" del CP e del CPM sono realizzate, tali reati vengono perseguiti, conformemente alle regole generali, dalle autorità giudiziarie competenti della Confederazione o dei Cantoni.

Crimini di guerra

Attualmente i crimini di guerra vengono puniti esclusivamente dalla giustizia militare.

1.3.4.2 Competenza della Confederazione

In considerazione della gravità dei crimini contro la comunità internazionale e dell'importanza dei mezzi da investire nell'inchiesta penale, appare opportuno centralizzare il perseguimento a livello federale. Poiché di regola questi crimini vengono commessi all'estero, non vi sono punti di collegamento con un Cantone. Di solito occorre valutare fattispecie e questioni politiche complesse e politicamente delicate. Attribuendo la competenza per il perseguimento penale alle autorità federali, è possibile considerare i casi in modo coerente e creare una prassi unitaria. I procedimenti vengono seguiti con attenzione dai media internazionali. Con l'introduzione della giurisdizione della Confederazione viene messa in evidenza la particolare importanza attribuita al perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.

Il Tribunale penale federale è operativo come prima istanza dall'entrata in vigore, il 1° aprile 2004, dell'omonima legge. Non occorre quindi creare nuovi tipi di procedura che consentano alle autorità civili preposte di perseguire i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, ma ci si può basare sul modello già in vigore per il perseguimento del genocidio, previsto dall'articolo 18^{bis} PP¹⁴⁰. Il procedimento va pertanto condotto in linea di principio dalle autorità di perseguimento penale della Confederazione. Una delega dell'inchiesta e del giudizio alle autorità cantonali avverrà soltanto nei casi più semplici.

¹³⁹ Il Ministero pubblico della Confederazione non sostiene più l'accusa dinanzi alla corte cantonale; cfr. art. 18^{bis} PP nella versione dell'allegato alla legge del 4 ottobre 2002 sul Tribunale penale federale, RU **2003** 2133; cfr. anche il messaggio del 28 febbraio 2001 concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale, FF **2001** 3764, 3922.

¹⁴⁰ Nella versione dell'allegato alla legge del 4 ottobre 2002 sul Tribunale penale federale, RU **2003** 2133.

1.3.5 Relazione con le revisioni e i progetti di riforma più recenti in materia di diritto penale, procedura penale e organizzazione dei tribunali

Recentemente il Parlamento ha emanato diversi progetti legislativi che presentano punti in comune con il presente avamprogetto di legge e che per certi aspetti si sovrappongono a esso. Tali progetti non sono tuttavia ancora entrati in vigore. Inoltre, essi non vertono unicamente sul diritto penale materiale, ma anche su quello procedurale e relativo all'organizzazione dei tribunali. Questi processi legislativi paralleli sono inevitabili, poiché singole questioni possono essere oggetto nello stesso tempo di progetti di riforma diversi, che non concernono tuttavia una materia identica, ma partono da presupposti differenti. La trattazione di tutte le singole questioni legate tra loro in un'ampia revisione materiale totale non rappresenterebbe soltanto una soluzione inadeguata, ma ritarderebbe in modo ingiustificato il processo di chiarificazione giuridica per quanto riguarda le riforme interne e l'assunzione di nuovi obblighi internazionali.

Ci si riferisce:

- alla revisione della Parte generale del Codice penale (revisione PG)¹⁴¹,
- e alla revisione della Parte generale del Codice penale militare¹⁴².

Per quel che concerne l'adozione dell'avamprogetto e del rapporto esplicativo, si deve partire dal presupposto che gli atti legislativi menzionati non sono ancora entrati in vigore. Nel presente rapporto esplicativo ci si riferirà pertanto ancora alle disposizioni legali in vigore (con rinvii al nuovo diritto previsto dagli atti legislativi menzionati). Se al momento dell'adozione del messaggio concernente le misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI questi atti legislativi non saranno ancora entrati in vigore, verranno effettuati in nota rinvii alle pertinenti disposizioni. In relazione agli atti legislativi entrati in vigore, si rinvia unicamente al nuovo diritto.

2 Parte speciale

2.1 Modifica del Codice penale¹⁴³

La revisione del Codice penale verte in primo luogo sull'introduzione di una nuova fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità. In base alla nuova ripartizione delle competenze in materia di perseguimento penale¹⁴⁴, saranno introdotti e meglio

¹⁴¹ Codice penale svizzero. Modifica del 13 dicembre 2002, FF **2002** 7351. L'entrata in vigore è prevista per l'inizio del 2007.

¹⁴² Codice penale militare. Modifica del 21 marzo 2003, FF **2003** 2438. L'entrata in vigore è prevista per l'inizio del 2007.

¹⁴³ **RS 311.0.**

¹⁴⁴ Cfr. n. 1.3.3.3.

definiti nel CP anche i crimini di guerra, per i quali fino ad ora era unicamente prevista una fattispecie generale nel CPM.

Sul piano sistematico, la fattispecie dei crimini contro l'umanità sarà inserita (art. 264 CP), nell'attuale Titolo dodicesimo^{bis} CP ("Reati contro gli interessi della comunità internazionale")¹⁴⁵, nell'articolo 264^{bis} AP-CP, subito dopo l'articolo sul genocidio. Per la regolamentazione dei crimini di guerra (nuovi art. 264^{ter}-264^{undecies} AP-CP), occorre completare il Codice penale con un nuovo Titolo dodicesimo^{ter} "Crimini di guerra (Gravi violazioni del diritto internazionale umanitario nel contesto di conflitti armati)". Questo titolo ricalca il nuovo Capo sesto del Codice penale militare. Le disposizioni comuni ai Titoli dodicesimo^{bis} e dodicesimo^{ter} sono contenute in un Titolo dodicesimo^{quater}. Si tratta delle disposizioni riguardanti la punibilità dei superiori militari e civili per i reati commessi dai loro subordinati (art. 264^{duodecies} AP-CP), la commissione di un reato su ordine di un superiore (art. 264^{terdecies} AP-CP), la competenza della Svizzera per i reati commessi all'estero (art. 264^{quaterdecies} AP-CP) e la levata dell'immunità parlamentare relativa (art. 264^{quinguesdecies} AP-CP). Le altre modifiche concernono le vigenti disposizioni sull'imprescrittibilità del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (art. 75^{bis} CP), la pubblica istigazione al genocidio (art. 259 CP), gli atti preparatori punibili (art. 260^{bis} CP) nonché l'introduzione di una competenza federale per i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra (art. 340 n. 2 CP).

2.1.1 Articolo 75^{bis} AP-CP (imprescrittibilità)

2.1.1.1 Imprescrittibilità secondo lo Statuto di Roma

Secondo l'articolo 29 dello Statuto di Roma, i crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione. Il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra costituiscono reati gravi, che la comunità internazionale considera meritevoli di sanzione penale anche se è trascorso molto tempo dalla loro commissione. Dal profilo pratico si rileva che gli autori principali di simili reati beneficiano spesso di una rete di rapporti che permette loro di rendersi irreperibili per lungo tempo. Diviene quindi sovente arduo avviare un procedimento penale, e talvolta ciò è possibile soltanto dopo molti anni.

La disposizione menzionata vale a rigor di termini soltanto in relazione al procedimento penale dinanzi alla CPI. Non obbliga direttamente gli Stati contraenti a prevedere l'imprescrittibilità del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra anche nei loro ordini giuridici. Sulla base del principio della complementarità (art. 17 dello Statuto di Roma), la CPI può tuttavia esercitare sempre la propria giurisdizione, qualora le competenti autorità nazionali non intendano o non abbiano la capacità di perseguire efficacemente tali reati.

¹⁴⁵ In occasione dell'introduzione della fattispecie di genocidio, questo titolo è stato creato e strutturato in modo da consentire, in un secondo tempo, l'aggiunta di un'ulteriore disposizione relativa ai crimini contro l'umanità, se necessario in seguito alla ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale; cfr. messaggio concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611.

Senza pertinenti disposizioni sull'imprescrittibilità vi è quindi il rischio che le autorità nazionali perdano la loro competenza primaria a vantaggio della CPI, se i reati menzionati sono considerati prescritti ai sensi delle loro legislazioni e non possono quindi più essere perseguiti sul piano interno. In tal caso la CPI potrebbe dedurre che lo Stato in questione "non abbia la capacità" di intentare efficacemente un procedimento penale. Va in ogni caso ritenuto che la CPI è unicamente competente per giudicare i crimini commessi dopo il 1° luglio 2002, data dell'entrata in vigore dello Statuto di Roma. La questione relativa a un'eventuale perdita della competenza da parte delle autorità nazionali a causa della problematica legata alla prescrizione non è quindi d'attualità.

2.1.1.2 Situazione giuridica in Svizzera

In Svizzera il genocidio¹⁴⁶ e i crimini di guerra (come pure gli atti terroristici) sono già imprescrittibili secondo il diritto vigente (art. 75^{bis} CP e art. 56^{bis} CPM)¹⁴⁷. Queste disposizioni, in vigore dal 1° gennaio 1983, sono applicabili ai reati il cui perseguimento non era ancora prescritto a tale data. Come rilevato dal Consiglio federale nel 1977 nel messaggio relativo all'introduzione dell'articolo 75^{bis} CP¹⁴⁸, questa disposizione legale si prefigge due obiettivi: da un lato permettere di estradare all'estero le persone accusate di aver violato il diritto penale internazionale o di aver commesso atti terroristici, senza che queste possano opporsi a un'estradizione invocando la prescrizione del reato, e dall'altro consentire di perseguire penalmente e punire tali crimini in Svizzera, a prescindere dal tempo trascorso dalla commissione del reato. La prescrizione di tali reati porterebbe a risultati inammissibili, permettendo di sottrarsi alla giustizia alle persone accusate della commissione di atti assolutamente riprovevoli. Se l'ordine giuridico di uno Stato rendesse possibile l'avverarsi di simili situazioni, tale Paese apparirebbe agli occhi dell'opinione pubblica mondiale come un rifugio per gli autori dei crimini menzionati. Secondo il messaggio citato, sarebbe pertanto opportuno sopprimere la prescrizione per simili crimini che, considerati gli scopi che perseguono, i mezzi impiegati per la loro commissione o la loro portata, esulano dalla criminalità comune.

Appare quindi logico estendere la norma dell'imprescrittibilità, prevista dall'articolo 75^{bis} CP (rispettivamente dall'art. 101 nPG-CP), alla nuova fattispecie dei crimini contro l'umanità. Lo stesso vale per il Codice penale militare (art. 56^{bis} CPM e art. 59 nPG-CPM). Questa misura garantisce che il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra ai sensi dello Statuto di Roma siano imprescrittibili anche secondo il diritto svizzero.

¹⁴⁶ Secondo il vigente art. 75^{bis} cpv. 1, oltre allo sterminio è imprescrittibile anche l'oppressione di determinati gruppi, equivalente alla riduzione in schiavitù. In tal modo vengono puniti singoli crimini contro l'umanità, anche se non tutti.

¹⁴⁷ Queste disposizioni corrispondono all'art. 101 nPG-CP, secondo la modifica del 13 dicembre 2002 della Parte generale del Codice penale svizzero (FF **2002** 7351), e all'art. 59 nPG-CPM secondo la modifica del 21 marzo 2003 del Codice penale militare (FF **2003** 2438).

¹⁴⁸ FF **1977** II 1247 segg.

Si prevede inoltre di adeguare alle direttive dello Statuto di Roma l'attuale delimitazione relativa ai crimini di guerra imprescrittibili secondo l'articolo 75^{bis} capoverso 1 numero 2 CP. In base al nuovo Titolo dodicesimo^{ter} dell'AP-CP, l'imprescrittibilità va applicata ai crimini di guerra, nella misura in cui siano considerati gravi.

Conformemente all'attuale nota all'articolo 75^{bis} CP¹⁴⁹, il nuovo capoverso 3 dell'articolo 75^{bis} AP-CP prevede che i crimini contro l'umanità si prescrivono soltanto se non sono ancora prescritti secondo il diritto vigente al momento dell'entrata in vigore dell'avamprogetto di legge.

2.1.1.3 Excursus: convenzioni dell'ONU e del Consiglio d'Europa sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e i crimini di guerra

In relazione alle misure complementari per l'attuazione dello Statuto di Roma, occorre valutare anche l'adesione della Svizzera alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1968 sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità e alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1974 sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Anche se l'orientamento seguito da questi due testi è da condividere, un'adesione della Svizzera a queste due convenzioni appare per diverse ragioni inadeguato. Esse rappresentano infatti vecchi contratti, le cui definizioni di fattispecie imprescrittibili non corrispondono più in modo soddisfacente allo stato attuale del diritto internazionale. Inoltre, pochi Stati hanno finora ratificato tali accordi¹⁵⁰. Non esiste quindi una situazione di pressione internazionale che inciti il nostro Paese ad aderire alle due convenzioni. Un'adesione della Svizzera non contribuirebbe nemmeno in modo significativo alla diffusione del diritto internazionale: l'imprescrittibilità di questi crimini è infatti già chiaramente prevista dallo Statuto di Roma della CPI.

Un'adesione alle due convenzioni non comporterebbe per la Svizzera nemmeno dei vantaggi, poiché il diritto penale svizzero prevede già l'imprescrittibilità del genocidio e dei crimini di guerra. Applicando, come previsto, le rispettive disposizioni sull'imprescrittibilità del CP e del CPM anche ai crimini contro l'umanità, si garantirebbe l'assoluta conformità del diritto svizzero alle esigenze dello Statuto di Roma. Un'adesione alle due citate convenzioni è quindi superflua. D'altra parte, un'adesione alla Convenzione dell'ONU del 1968 costringerebbe in particolare la Svizzera ad assumersi obblighi che potrebbero essere in contrasto con il divieto, previsto dal diritto interno, dell'applicazione retroattiva di leggi penali. La

¹⁴⁹ Con l'entrata in vigore della revisione della PG, la nota relativa all'art. 75^{bis} CP diventerà il cpv. 3 dell'art. 101 nPG-CP.

¹⁵⁰ Fino a oggi la Convenzione dell'ONU è stata ratificata da 48 Stati dell'Europa centrale e orientale, da alcuni Stati dell'America centrale e del Sudamerica, dell'Africa e dell'Asia. Non è stata tuttavia ratificata da Stati dell'Europa occidentale. Finora soltanto tre Stati hanno aderito alla Convenzione del Consiglio d'Europa (i Paesi Bassi nel 1981, la Romania nel 2000 e il Belgio nel 2003).

Convenzione dell'ONU non prevede inoltre neppure disposizioni relative alla denuncia del trattato, non escludendo pertanto a priori eventuali incertezze giuridiche.

2.1.2 Articolo 259 capoverso 1^{bis} AP-CP (Pubblica istigazione al genocidio)

L'articolo III lettera c della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio punisce l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio. Lo Statuto di Roma prevede una disposizione corrispondente (art. 25 cpv. 3 lett. e). L'autore agisce su un numero indeterminato di persone, in modo da suscitare in loro il proposito di commettere un genocidio. Non è necessario che l'autore, come nel caso dell'istigazione, susciti in una persona determinata l'intenzione di commettere un atto concreto costitutivo del reato di genocidio ai sensi dell'articolo 264 capoverso 1 lettere 1-4 CP. La convenzione sul genocidio esige tuttavia che gli Stati parte, nel perseguire il genocidio, applichino il principio della territorialità (art. VI): per la Svizzera ciò significa che una persona deve essere perseguita per incitamento al genocidio soltanto se l'incitamento è avvenuto nel nostro Paese. Lo Statuto di Roma esige un perseguimento penale anche se l'autore è un cittadino svizzero che ha istigato al genocidio mentre si trovava in Svizzera o all'estero.

Il diritto vigente considera l'istigazione al genocidio come un reato a sé stante, descritto all'articolo 259 CP ("Pubblica istigazione a un crimine o alla violenza"). La fattispecie prevede il perseguimento di ogni pubblica istigazione o campagna persecutoria condotta nei confronti di un determinato gruppo, e i cui effetti portano alla commissione del genocidio. Questa disposizione si applica ai reati commessi in Svizzera e a quelli che un cittadino svizzero commette in Svizzera o all'estero. Non è quindi necessaria una modifica del campo d'applicazione dell'articolo 259 CP per adempiere agli obblighi previsti dalla convenzione sul genocidio e dallo Statuto di Roma.

Già nel messaggio concernente l'adesione alla Convenzione sul genocidio, il Consiglio federale dichiarava invece che intendeva estendere l'applicabilità del principio di universalità non solo alla commissione del reato di genocidio, ma anche alle sue forme di realizzazione più attenuate¹⁵¹. Il genocidio è pertanto stato integrato nella lista degli atti preparatori, punibili anche se vengono commessi all'estero, nella misura in cui il reato così preparato deve essere commesso in Svizzera (cfr. art. 260^{bis} cpv. 1 e 3 CP). Nonostante fosse stato ritenuto nel messaggio, a causa di una svista redazionale nell'avamprogetto di legge fu omesso di completare la fattispecie relativa alla "pubblica istigazione a un crimine o alla violenza", prevista dall'articolo 259 CP¹⁵².

Nell'ambito del presente avamprogetto di legge si raccomanda di colmare questa lacuna. Poiché l'articolo 259 CP non prevede tale estensione per il campo

¹⁵¹ FF 1999 4632.

¹⁵² Cfr. FF 1999 4632.

d'applicazione territoriale, occorre introdurre un capoverso 1^{bis}, che limiti all'istigazione al genocidio l'estensione territoriale della punibilità. Inoltre, al fine di prendere in considerazione in modo equilibrato l'interesse universale alla punibilità e per limitare territorialmente la competenza svizzera per il perseguimento penale, occorre comprendere l'istigazione unicamente se tale istigazione mira alla commissione in Svizzera dei reati menzionati. L'articolo 259 CP si propone in primo luogo di garantire la tranquillità pubblica in Svizzera¹⁵³. Non è però escluso che possa venir punito in Svizzera colui che all'estero ha istigato o prestato la propria complicità alla commissione di un genocidio avvenuto all'estero. Per le forme di partecipazione dell'istigazione e della complicità il campo d'applicazione è quello del vigente articolo 264 capoverso 2 CP e del nuovo articolo 264^{quaterdecies} AP-CP.

2.1.3 Articolo 260^{bis} AP-CP (Atti preparatori punibili)

L'articolo III lettera b della Convenzione sul genocidio obbliga gli Stati a punire anche "l'intesa mirante a commettere genocidio". Anche l'articolo 25 capoverso 3 lettera d dello Statuto di Roma punisce una simile intesa, benché il concetto impiegato non sia lo stesso. Lo Statuto contempla una descrizione dettagliata degli atti costitutivi del complotto in vista del genocidio: caratteristico è il contributo intenzionale di un singolo alla perpetrazione o alla tentata perpetrazione di un crimine da parte di un gruppo di persone che agiscono di comune accordo. Il contributo deve essere fornito per facilitare l'attività o il progetto criminali del gruppo o in piena consapevolezza dell'intento del gruppo di commettere il reato.

Nel messaggio concernente l'adesione alla Convenzione sul genocidio, il Consiglio federale ha dichiarato che, per punire il complotto nell'ambito del diritto penale svizzero, non era possibile fare riferimento alle forme di partecipazione previste dagli articoli 24 e 25 CP (istigazione e complicità) o dall'articolo 260^{ter} CP (organizzazione criminale). In particolare, gli atti di organizzazione pianificata possono essere presi in considerazione in maniera soddisfacente solo grazie all'articolo 260^{bis} CP (atti preparatori punibili). Il Consiglio federale ha dunque proposto di completare l'elenco degli atti punibili dell'articolo 260^{bis} capoverso 1 CP con la nuova disposizione penale dell'articolo 264 (genocidio)¹⁵⁴.

Nell'ambito del presente progetto, l'elenco dei reati di cui all'articolo 260^{bis} va completato, per la loro gravità, con le fattispecie relative ai crimini contro l'umanità (art. 264^{bis} AP-CP) e ai crimini di guerra (art. 264^{quater} cpv. 1 e 2, art. 264^{quinquies} cpv. 1, art. 264^{sexies} cpv. 1, art. 264^{septies} cpv. 1, art. 264^{octies} cpv. 1 e 2, art. 264^{novies} cpv. 1 AP-CP), da considerare gravi secondo l'elenco dei crimini imprescrittibili.

¹⁵³ Una normativa analoga è applicabile anche agli atti preparatori punibili secondo l'articolo 260^{bis} CP e alla partecipazione o al sostegno a un'organizzazione criminale secondo l'articolo 260^{ter} CP.

¹⁵⁴ FF 1999 4633.

2.1.4 Titolo dodicesimo^{bis} AP-CP (Reati contro gli interessi della comunità internazionale)

2.1.4.1 Articolo 264 AP-CP (Genocidio)

2.1.4.1.1 Necessità di revisione

Con la legge federale del 24 marzo 2000¹⁵⁵, il legislatore ha introdotto la fattispecie del genocidio (art. 264 CP) nel CP, in vista dell'adesione alla Convenzione sul genocidio¹⁵⁶. L'articolo 264 capoverso 1 CP si basa sull'articolo II della Convenzione sul genocidio e corrisponde all'articolo 6 dello Statuto di Roma. Sotto l'aspetto della compatibilità con lo Statuto di Roma, in linea di principio in questo progetto non si rendono necessarie modifiche.

Tuttavia, svariate critiche in relazione a singoli elementi di questa nuova disposizione sono state espresse da diversi esperti e partecipanti alla procedura di consultazione¹⁵⁷ in occasione dell'elaborazione del messaggio, e da rappresentanti della dottrina svizzera in seguito all'emanazione dell'articolo 264 CP. È tra l'altro stato rilevato che delimitando l'oggetto della protezione giuridica a determinati gruppi di popolazione, non veniva preso in considerazione il genocidio perpetrato ai danni di altri gruppi¹⁵⁸. D'altra parte, a differenza della convenzione sul genocidio, con l'omissione del termine "come tale" si è rinunciato alla delimitazione di rilevanza pratica, secondo cui le persone coinvolte devono essere perseguite proprio per la loro appartenenza a un gruppo determinato¹⁵⁹. Inoltre è stata messa in discussione la pena minima di dieci anni di reclusione prevista per tutte le varianti della fattispecie, che non permetterebbe una commisurazione differenziata della pena¹⁶⁰. È stato anche sottolineato che l'applicabilità del principio relativo alla liquidazione del caso (art. 264 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 6^{bis} n. 2 CP) potrebbe compromettere

¹⁵⁵ RU **2000** 2725, in vigore dal 15 dicembre 2000.

¹⁵⁶ Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, RS **03.311.11**. La Svizzera ha aderito alla convenzione il 7 settembre 2000. La convenzione è entrata in vigore per la Svizzera il 6 dicembre 2000.

¹⁵⁷ Messaggio concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4611, 4619 seg.

¹⁵⁸ Bernard Corboz, *Les Infractions en droit suisse – Vol. II*, Berna 2002, pag. 322 RZ 13; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5^a edizione, Berna 2000, pag. 214 RZ 2; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), pag. 357 seg.; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar - StGB II*, Basilea 2003, RZ 23 ad art. 264.

¹⁵⁹ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5^a edizione, Berna 2000, pag. 215 RZ 7; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), pag. 355 segg.; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar - StGB II*, Basilea 2003, RZ 38 ad art. 264.

¹⁶⁰ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5^a edizione, Berna 2000, pag. 215 n. 8; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), pag. 360; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar - StGB II*, Basilea 2003, n. 42 ad art. 264.

il sanzionamento a livello planetario del genocidio, qualora l'autore venisse condannato all'estero soltanto a una pena fittizia, gli venisse in altro modo risparmiata una pena e ciò non potesse essere preso in considerazione in Svizzera.

Riteniamo che l'ampia revisione dei reati contro gli interessi della comunità internazionale intrapresa nell'ambito del presente avamprogetto di legge rappresenti un'ottima opportunità per migliorare il diritto vigente laddove presenti lacune materiali inutili o involontarie.

2.1.4.1.2 Le modifiche dell'articolo 264 AP-CP in dettaglio

L'articolo 264 capoverso 1 punisce colui che commette omicidi nell'intento di distruggere, del tutto o in parte, un gruppo nazionale, razziale, religioso o etnico. Nonostante diversi partecipanti alla procedura di consultazione, in occasione dell'adesione alla convenzione sul genocidio, avessero richiesto un'estensione dell'applicazione anche a gruppi sociali e politici, il Consiglio federale si era rifiutato di prendere in considerazione altri criteri, riferendosi al tenore restrittivo, e già da tempo criticato¹⁶¹, dell'articolo II della convenzione sul genocidio. Il Consiglio federale aveva del resto già rilevato che nel messaggio concernente la ratifica della CPI sarebbe stato necessario analizzare questo aspetto in modo più approfondito¹⁶². L'approccio della convenzione sul genocidio era apparentemente basato su criteri oggettivi e finalizzato in primo luogo a proteggere i gruppi stabili e permanenti, composti da persone nate in seno a tali gruppi, dei quali non è possibile entrare a far parte in modo volontario. Nel suo messaggio sulla CPI, il Consiglio federale ha rilevato che tale approccio era stato messo in discussione dalla dottrina e dalla giurisprudenza del Tribunale penale per la ex-Jugoslavia e il Ruanda¹⁶³. Viene fatto valere che in molti casi la qualità di appartenente a un determinato gruppo dipende da criteri soggettivi piuttosto che oggettivi. I gruppi potrebbero autodefinirsi o essere designati tali da osservatori esterni, in particolare dagli autori di reati. Vi sono persone che possono essere vittime di un genocidio poiché gli autori del reato hanno reputato a torto che appartenessero a un certo gruppo. In particolare, l'asserita mancanza di contorni definiti in relazione a gruppi politici o sociali non avrebbe mai impedito ai loro persecutori di identificarne e annientarne i membri e i loro parenti¹⁶⁴. Considerata l'imprecisione della nozione di gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, l'appartenenza può essere accertata solo nel rispettivo contesto politico, sociale e

¹⁶¹ Hans-Heinrich Jescheck, «Genocide», in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II (1995), pag. 543; Cherif Bassiouni, «Remarks on Genocide: The Convention, Domestic Laws, and State Responsibility», in: *American Society of International Law, Proceedings of the 83rd Annual Meeting* (Chicago, 1989), pag. 314 segg.

¹⁶² Messaggio del 31 marzo 1999 concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4629.

¹⁶³ Cfr. ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, IT-95-10, sentenza del 14 dicembre 1999, § 70; ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, sentenza del 21 maggio 1999, § 98; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, sentenza del 27 gennaio 2000, § 161.

¹⁶⁴ In merito cfr. Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), pag. 357.

culturale. Il Consiglio federale è giunto alla conclusione che tali constatazioni debbano essere prese in considerazione nell'interpretazione del diritto vigente¹⁶⁵.

Nell'ambito del presente progetto occorre seguire questa evoluzione anche sul piano giuridico. È inammissibile che, ad esempio in materia di crimini contro l'umanità, il diritto penale protegga i gruppi dalle più gravi violazioni dei diritti umani, ma che questa protezione venga invece negata quando ci si trova di fronte alla violazione più grave, ossia l'annientamento del gruppo. Nel 20° secolo sono stati commessi genocidi ai danni di diversi gruppi sociali e politici. Possono essere citate come esempio le pratiche utilizzate nel Terzo Reich, le cosiddette misure di "igiene razziale" («Rassenhygiene») nei confronti delle "vite indegne" («Euthanasie-Programm»)¹⁶⁶, che consistevano nell'assassinio sistematico di ogni malato considerato incurabile e delle persone disabili, sotto il pretesto della "morte misericordiosa" («Gnadentod»). Lo scopo dell'eutanasia era l'epurazione della popolazione dalle "vite indegne", in vista della creazione di una popolazione omogenea, spiritualmente e fisicamente superiore. Donne, uomini e bambini furono assassinati dal monossido di carbonio impiegato nelle camere a gas in sanatori e case di cura. Molti morirono per iniezioni di veleno o per i medicinali assunti, altri furono lasciati morire di fame. Dal gennaio 1940 all'agosto 1941 questo massacro fece più di 70 000 vittime¹⁶⁷.

Come detto, l'appartenenza di una persona a un gruppo dipende in linea di principio dalla percezione di colui che vuole annientare tale gruppo¹⁶⁸, e non da determinate caratteristiche oggettive o scientifiche. Quindi, anche in riferimento ai gruppi finora presi in considerazione sulla base di criteri di nazionalità, razza, religione o appartenenza etnica, risulta difficile stabilire criteri di validità generale. Il bene protetto dalla fattispecie relativa al genocidio non va quindi definito soltanto sulla base di criteri apparentemente oggettivi, ma occorre basarsi piuttosto sulla prospettiva soggettiva dell'autore, il quale determina se numerose persone dovranno essere uccise o subire altri tipi di maltrattamenti, al fine di distruggere il gruppo di cui egli reputa facciano parte. Una normativa analoga è prevista dal vigente Codice penale francese¹⁶⁹. Recentemente, la Commissione internazionale d'inchiesta sui crimini commessi nel Darfur (Sudan) ha pure fornito un'interpretazione che va nello stesso senso¹⁷⁰. Con l'estensione prevista dall'AP-CP ai gruppi politici e sociali, viene operato anche un adeguamento alle vigenti disposizioni del CP e del CPM sulla prescrizione, nonché all'articolo 3 AIMP, norme che già dagli anni 80 definiscono il genocidio anche come distruzione di gruppi sociali e politici.

¹⁶⁵ Messaggio sulla CPI, FF **2001** 412.

¹⁶⁶ Il 14 luglio 1933 fu emanata una legge "sulla prevenzione delle malattie ereditarie delle nuove generazioni" (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses), che in seguito costituì la base legale per la sterilizzazione forzata di circa 400 000 persone tra il 1934 e il 1945.

¹⁶⁷ Altri esempi in Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), pag. 357.

¹⁶⁸ Cfr. anche ICTY, Trial Chamber I, Section A, *The Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, IT-02-60-T, sentenza del 17 gennaio 2005, § 667; 14 dicembre 1999, § 70.

¹⁶⁹ Cfr. art. 211-1 del Codice penale francese.

¹⁷⁰ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur del 25 gennaio 2005, §§ 498 segg. (reperibile in Internet: http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf).

La fattispecie del genocidio non si applica all'uccisione di altre persone che si oppongono all'annientamento di un determinato gruppo malgrado non ne facciano parte¹⁷¹.

In considerazione della vasta revisione delle disposizioni concernenti i reati contro la comunità internazionale e dei crimini di guerra, risulta inoltre opportuno riconsiderare la questione relativa al quadro penale unitario, criticato dagli esperti a causa della sua rigidità. Il vigente articolo 264 CP prevede per il genocidio la reclusione perpetua o la reclusione non inferiore a dieci anni. Le varianti consistenti nell'impedire le nascite all'interno di un gruppo (lett. c) e nel trasferire fanciulli di un gruppo in un altro gruppo (lett. d) possono tuttavia configurare casi la cui gravità non è paragonabile alle altre varianti della fattispecie di genocidio (omicidio, lesioni gravi, condizioni di vita letali) e per i quali la pena minima di dieci anni di reclusione non appare adeguata. Per i casi meno gravi previsti alle lettere c e d, la pena minima va quindi ridotta da dieci a cinque anni di reclusione.

Sulla base della proposta di armonizzare, tra l'altro, le normative sulla punibilità dei reati commessi all'estero e la soppressione dell'immunità parlamentare relativa nell'ambito delle „disposizioni generali“ riguardanti il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, gli attuali capoversi 2 e 3 sono abrogati e integrati nel nuovo Titolo dodicesimo^{quater} AP-CP.

2.1.4.2 Art. 264^{bis} AP-CP (Crimini contro l'umanità)

Come già esposto in precedenza¹⁷², l'ordine giuridico svizzero non prevede alcuna fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità. Anche se nella maggior parte dei casi le fattispecie del diritto vigente possono essere applicate ai singoli reati, manca l'elemento dell'attacco esteso e sistematico contro popolazioni civili. Al fine di colmare eventuali lacune nell'ambito del diritto materiale svizzero e delle pene applicabili, le singole fattispecie dei crimini contro l'umanità saranno disciplinate in un nuovo articolo 264^{bis} AP-CP.

2.1.4.2.1 Campo d'applicazione della fattispecie dei crimini contro l'umanità

I crimini contro l'umanità sono violazioni dei diritti umani estremamente gravi commesse in modo esteso e sistematico ai danni di una popolazione civile. Il reato può essere commesso da chiunque: da rappresentanti civili dello Stato oppure da militari o da persone senza legami con il potere statale. La nazionalità della vittima

¹⁷¹ Cfr. gli esempi in Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), pag. 356.

¹⁷² Cfr. n. 1.3.1.1.

non ha nessuna importanza; la vittima può possedere la stessa nazionalità dell'autore, una nazionalità diversa o essere apolide¹⁷³. Inoltre i crimini contro l'umanità sono punibili non solo se sono commessi contro civili senza uniforme e senza legami con il potere statale, ma anche contro tutte le altre persone che non partecipano direttamente alle ostilità. Secondo la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali e nazionali, sono quindi protetti anche i membri delle forze armate che hanno depresso le armi e tutte le altre persone che per malattia, ferimento, cattura o altre cause sono fuori combattimento¹⁷⁴.

Come il genocidio, i crimini contro l'umanità sono punibili sia in tempo di pace che nell'ambito di conflitti armati internazionali o interni. A differenza del genocidio, caratterizzato dal fatto che l'autore agisce nell'intento di distruggere, del tutto o in parte, un gruppo determinato, l'aspetto tipico dei crimini contro l'umanità è che vengono commessi nel contesto di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile. Nel singolo caso, queste due categorie di crimini possono sovrapporsi¹⁷⁵.

Una determinata fattispecie può essere contemporaneamente qualificata come crimine contro l'umanità o crimine di guerra, poiché i campi d'applicazione e le condizioni contestuali di questi due crimini possono divergere¹⁷⁶. Il campo d'applicazione dei crimini contro l'umanità va oltre quello dei crimini di guerra, che si limitano sostanzialmente all'ambito dei conflitti armati. I crimini contro l'umanità sono punibili anche quando vengono commessi in tempo di pace. I crimini di guerra non presuppongono d'altronde un attacco esteso e sistematico contro una popolazione civile.

2.1.4.2.2 Fattispecie di base: attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile

Il fatto di essere commessi "nell'ambito di un esteso e sistematico attacco contro popolazioni civili" caratterizza i reati descritti nell'articolo 264^{bis} capoverso 1 lettere a-

¹⁷³ Cfr. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, sentenza del 7 maggio 1997, § 635.

¹⁷⁴ ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, sentenza del 2 settembre 1998, § 582; ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, sentenza del 21 maggio 1999, §§ 127 f. La giurisprudenza designa come civili anche le persone che non corrispondevano alla definizione tipica di „non combattenti“ (ad es. i membri della Resistenza francese, che hanno partecipato attivamente alle ostilità); cfr. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, sentenza del 7 maggio 1997, § 639 con rimandi alla giurisprudenza relativa al caso Barbie.

¹⁷⁵ È un esempio il caso dello sterminio, crimine contro l'umanità caratterizzato da un attacco contro una moltitudine di persone che non deve per forza costituire un gruppo determinato. Il fatto che l'intento dell'autore di commettere un genocidio ai danni di un gruppo protetto non possa essere provato, non esclude che questi sia giudicato per un crimine contro l'umanità.

¹⁷⁶ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32, sentenza del 25 febbraio 2004, § 145; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 e IT-96-23/1-A, sentenza del 12 giugno 2002, § 176; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, IT-95-10, sentenza del 5 luglio 2001, § 82.

k AP-CP quali crimini contro l'umanità. L'elemento colposo caratteristico di questo tipo di crimini è la collocazione delle fattispecie nell'ambito di estesi e sistematici attacchi contro la popolazione civile (o contro parti di essa), che normalmente si basano su un modo di procedere pianificato o sulla politica di uno Stato o di un'organizzazione (statuale o non statale), per mezzo dei quali è facilitata la commissione del singolo reato e vengono ostacolati i meccanismi per difendersi da tali attacchi. Tale collocazione giustifica pure la severità delle pene.

L'attacco contro la popolazione civile non è tuttavia inteso ai sensi del diritto internazionale bellico¹⁷⁷, e non presuppone quindi un ricorso alla forza. L'attacco costituisce piuttosto la delimitazione dell'evento nel cui contesto vengono commessi i singoli atti punibili. La fattispecie di base relativa all'attacco contro la popolazione civile può essere realizzata anche dallo Stato o dall'organizzazione che non si oppone intenzionalmente alla commissione estesa e sistematica di singoli crimini contro l'umanità¹⁷⁸. In ogni caso il presupposto è che i singoli reati siano connessi a un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile. Se non vi è tale connessione, significa che un crimine non può essere riconducibile alla politica diretta contro una parte della popolazione civile, ma è commesso seguendo altre motivazioni (ad esempio omicidio intenzionale commesso per gelosia) e non può quindi costituire un crimine contro l'umanità¹⁷⁹.

L'attacco contro la popolazione civile deve essere esteso o sistematico. Esso è quindi caratterizzato alternativamente dalla sua portata (alto numero di vittime) o dal suo grado di organizzazione, anche se questi due elementi spesso si sovrappongono. Con queste condizioni si prevede di impedire che singoli atti isolati non correlati a un attacco contro la popolazione civile siano considerati crimini contro l'umanità. Il testo legale proposto segue l'alternativa stabilita dal diritto internazionale consuetudinario tra commissione estesa o sistematica del reato, soluzione del resto confermata anche dalla giurisprudenza del Tribunale di Norimberga e del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia e il Ruanda¹⁸⁰. Per giustificare la punibilità individuale è tuttavia sufficiente che l'autore commetta ai danni di una persona un crimine menzionato nell'articolo 264^{bis} capoverso 1 lettere a-k AP-CP¹⁸¹, purché si inserisca nel contesto generale di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile;

¹⁷⁷ Cfr. n. 3 del preambolo all'art. 7 degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag.120.

¹⁷⁸ Cfr. anche nota 6 ad n. 3 del preambolo all'art. 7 degli «elementi dei crimini» della CPI, lo. cit., pag.120.

¹⁷⁹ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999, § 271.

¹⁸⁰ Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, sentenza del 2 settembre 1998, § 579; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Georges A.N. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, sentenza del 6 dicembre 1999, § 68. L'art. 7 cpv. 1 dello Statuto di Roma riprende in linea di principio questa alternativa, esigendo inoltre al cpv. 2 lett. a, scostandosi dal diritto internazionale consuetudinario, che oltre a essere commessi reiteratamente, i singoli crimini devono apparire come attuazione della politica di uno Stato o di un'organizzazione. Un crimine contro l'umanità è quindi di competenza della CPI se i singoli reati vengono commessi in modo "esteso" o "sistematico", e se la loro commissione è "reiterata" ed è l'attuazione di un disegno "politico".

¹⁸¹ Cfr. anche le rispettive formulazioni nel capoverso 1 degli «elementi dei crimini» della CPI in relazione all'art. 7 (loc. cit. pag. 120 segg.).

non vi è il presupposto che un gran numero di reati venga commesso nei confronti di più vittime.

Dal profilo soggettivo, l'autore deve aver agito "con la consapevolezza dell'attacco". Ciò non presuppone che l'autore conoscesse tutti i dettagli dell'attacco, ma soltanto che fosse consapevole che i crimini da lui commessi appartenevano a una dimensione più ampia, costituivano cioè un attacco contro la popolazione civile¹⁸², nella misura in cui le circostanze del reato permettessero di acquisire tale consapevolezza¹⁸³.

2.1.4.2.3 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettere a–k AP-CP (le singole fattispecie dei crimini contro l'umanità)

Nel messaggio concernente la ratifica dello Statuto della CPI sono già state dettagliatamente esposte la genesi, i presupposti di diritto internazionale e la natura giuridica dei crimini contro l'umanità nonché la loro definizione secondo l'articolo 7 dello Statuto di Roma¹⁸⁴. Poiché la nuova fattispecie svizzera andrà formulata sulla base dello Statuto di Roma, in linea di principio i singoli elementi della fattispecie saranno analizzati soltanto nella misura in cui ciò si riveli necessario per la comprensione delle singole disposizioni penali.

2.1.4.2.3.1 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera a (Omicidio)

La fattispecie dell'omicidio intenzionale, così come contenuta nell'articolo 7 capoverso 1 lettera a dello Statuto di Roma, presuppone che l'autore uccida intenzionalmente una persona. Non è necessario un ulteriore motivo particolarmente perverso, come prevede ad esempio l'articolo 112 CP in caso di assassinio.

2.1.4.2.3.2 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera b (sterminio)

Il crimine di sterminio, ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 lettera b dello Statuto di Roma, comprende la commissione di omicidi nel contesto di un massacro di una

¹⁸² In caso di attacco in corso contro la popolazione civile, secondo gli "elementi dei crimini" della CPI è sufficiente che l'autore, commettendo il reato, intenda favorire tale aggressione (cfr. n. 2 del preambolo all'art. 7, loc. cit., pag. 119).

¹⁸³ Cfr. n. 2 del preambolo all'art. 7 degli "elementi dei crimini" della CPI, loc. cit., pag. 120; Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 e IT-96-23/1-A, sentenza del 12 giugno 2002, § 102; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, sentenza del 14 gennaio 2000, §§ 556 f. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999, § 271; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, sentenza del 7 maggio 1997, §§ 656 segg. con riferimenti alla giurisprudenza nazionale, in particolare dell'epoca della Seconda Guerra Mondiale.

¹⁸⁴ Messaggio sulla CPI, FF 2001 311, 415 segg.

parte della popolazione civile. Può però anche essere commesso in modo indiretto, conformemente alle regole generali sul nesso di causalità adeguato, attraverso la sottomissione di “persone a condizioni di vita dirette a cagionare la distruzione di parte della popolazione”, impedendo tra l’altro l’accesso al vitto e alle medicine.

Come terribile esempio di un simile crimine può essere ricordata la distruzione quasi totale, avvenuta il 10 giugno 1944, del villaggio Oradour sur Glane e il relativo massacro dei suoi 642 abitanti da parte della 2^a SS Panzer Division “Das Reich”. In tale occasione gli uomini furono condotti nei granai e fucilati, mentre le donne e i bambini furono riuniti nella chiesa del villaggio e arsi vivi. Il crimine di sterminio è stato commesso anche nel corso del conflitto nella ex Jugoslavia. Nel 2001, il Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia ha condannato il generale serbo Krstic tra l’altro per le esecuzioni di massa commesse tra il 13 e il 19 luglio 1995, in cui furono massacrati fino a 8 000 uomini nella regione di Srebrenica, sotto la protezione ONU¹⁸⁵.

A differenza dell’omicidio, il crimine di sterminio è commesso nei confronti di una moltitudine di persone. Per l’autore non è importante tanto l’individualità della vittima, quanto piuttosto l’uccisione di numerose persone. La particolarità di questo crimine consiste nella vittimizzazione di massa senza un particolare legame dell’autore con la sua vittima¹⁸⁶. Questo elemento dell’uccisione di massa non esclude tuttavia che in singoli casi un autore possa essere condannato per sterminio anche se ha causato la morte di una sola persona¹⁸⁷. Soggettivamente, in un simile caso è necessario che l’autore fosse cosciente che il suo atto era parte di un omicidio di massa, con cui vi era una stretta connessione temporale e spaziale¹⁸⁸. A differenza del crimine di genocidio, le vittime non devono fare parte di un determinato gruppo. Il criterio determinante è un gran numero di vittime scelte dall’autore senza alcun nesso con l’appartenenza a un gruppo. L’intento dell’autore non deve quindi neppure essere diretto alla distruzione del gruppo al quale le vittime appartengono¹⁸⁹.

2.1.4.2.3.3 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera c (riduzione in schiavitù)

Secondo la definizione contenuta nell’articolo 7 capoverso 2 lettera c dello Statuto di Roma, la riduzione in schiavitù consiste nell’“esercizio su una persona di uno qualsiasi o dell’insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del

¹⁸⁵ ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, IT-98-33-T, sentenza del 2 agosto 2001.

¹⁸⁶ Cfr. ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, sentenza del 21 maggio 1999, § 142; Cherif Bassiouni, loc. cit, pag. 302.

¹⁸⁷ Cfr. n. 1 dell’art. 7 cpv. 1 lett. b degli “elementi dei crimini” della CPI, loc. cit, pag. 120.

¹⁸⁸ ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, sentenza del 21 maggio 1999, § 147.

¹⁸⁹ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, sentenza del 31 luglio 2003, § 639.

traffico di persone, in particolare di donne e bambini”. Questa definizione si basa sulla convenzione del 1926 concernente la schiavitù¹⁹⁰.

Questo crimine è essenzialmente caratterizzato dal fatto che l'autore, contro la volontà della vittima, si arroga l'esercizio di tutti o di singoli diritti personali fondamentali di una persona. Tale agire implica una situazione di controllo fisico e psicologico della vittima da parte dell'autore, il quale esercita o minaccia di esercitare in modo arbitrario su di essa violenza o costrizione, abusa di un rapporto di dipendenza o viola in altro modo il suo diritto intangibile all'autodeterminazione. La nozione impiegata dallo Statuto di Roma, che parla di trattamento della vittima come se fosse “proprietà” dell'autore, illustra in modo efficace questa grave violazione del diritto all'autodeterminazione personale: la riduzione in schiavitù equivale a un'oggettivizzazione della vittima, la cui personalità viene distrutta e a cui viene negata la dignità di essere umano. Gli “elementi dei crimini” della CPI menzionano a titolo di esempio le forme classiche della riduzione in schiavitù: l'acquisto, la vendita, il prestito e lo scambio di una persona, equiparandole tuttavia a ogni altra forma analoga di privazione della libertà¹⁹¹.

La delimitazione della fattispecie svizzera relativa alla riduzione in schiavitù ricalca quella dello Statuto di Roma. Sulla base di questo testo e degli “elementi dei crimini”, la lettera c dell'articolo 264^{bis} capoverso 1 AP-CP menziona tre fra le più frequenti forme contemporanee di riduzione in schiavitù¹⁹²: la tratta degli esseri umani, in particolare di donne e bambini, che la Svizzera si è impegnata a punire già nel 1921 aderendo a una convenzione internazionale¹⁹³, lo sfruttamento sessuale e i lavori forzati non giustificati da circostanze particolari. La giurisprudenza del Tribunale di Norimberga considera i lavori forzati come una delle forme principali della riduzione in schiavitù¹⁹⁴. Nel 2000, le varianti di reato citate sono state messe al bando a livello mondiale nel Protocollo addizionale sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, in particolare di donne e fanciulli, anche nell'ambito della criminalità organizzata transfrontaliera, e gli Stati parte sono stati obbligati a prevedere sanzioni¹⁹⁵. Il Consiglio federale ha recentemente proposto una conseguente estensione del campo d'applicazione del vigente articolo 196 CP, che punisce la tratta di esseri umani soltanto se esercitata a fini di prostituzione¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Convenzione del 25 settembre 1926 concernente la schiavitù, RS **0.311.37**, entrata in vigore per la Svizzera il 1° novembre 1930; accordo addizionale del 7 settembre 1956 concernente l'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù, RS **0.311.37**, entrato in vigore per la Svizzera il 28 luglio 1964.

¹⁹¹ Cfr. n. 1 dell'art. 7 cpv. 1 lett. c degli “elementi dei crimini” della CPI, loc. cit., pag. 121.

¹⁹² Cfr. nota 11 al n. 1 dell'art. 7 cpv. 1 lett. c degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 121.

¹⁹³ Convenzione internazionale del 30 settembre 1921 per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli, RS **0.311.33**, entrata in vigore per la Svizzera il 1° febbraio 1926.

¹⁹⁴ Procedimento nei confronti di *Schirach e Sauckel*, 22 IMT Trials, pag. 565–568.

¹⁹⁵ Il Protocollo del 15 novembre 2000 sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani è un protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla lotta alla criminalità organizzata. È stato firmato dalla Svizzera il 2 aprile 2002.

¹⁹⁶ Cfr. avamprogetto e rapporto esplicativo (messi in consultazione) sul Protocollo facoltativo del 25 maggio 2000 alla Convenzione sui diritti del fanciullo e alla relativa modifica della disposizione penale sulla tratta di esseri umani.

In tutti questi casi, il fattore determinante è la negazione o la riduzione del contenuto intangibile del diritto all'autodeterminazione di una persona¹⁹⁷, a causa dell'esercizio da parte dell'autore di un potere di disposizione su di essa, quasi fosse un diritto di proprietà.

2.1.4.2.3.4 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera d (deportazione o trasferimento forzato della popolazione)

Commette il crimine della «deportazione» chiunque deporta, del tutto o in parte, in un altro Stato la popolazione di uno Stato o di un territorio occupato; il crimine consiste sia nella semplice espulsione sia nel trasferimento in un determinato luogo all'estero (p. es. in un campo di concentramento). Si rende passibile di pena per il crimine del «trasferimento forzato» chiunque trasferisce, del tutto o in parte, la popolazione civile di uno Stato all'interno dello stesso o lo rimuove forzatamente in altro luogo all'interno dello stesso Stato. Come per ogni crimine contro l'umanità¹⁹⁸, perché la fattispecie sia punibile è sufficiente che l'autore deporti o trasferisca con la forza soltanto una persona, purché il crimine sia commesso nel contesto di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile. Per il campo d'applicazione, non importa se la vittima ha la stessa nazionalità dell'autore. I conflitti interni degli ultimi anni hanno mostrato che le cosiddette «depurazioni etniche» sono avvenute tra persone aventi la stessa nazionalità.

Il particolare elemento colposo di questo crimine non risiede tanto nella coercizione o nella privazione della libertà delle persone coinvolte, quanto nell'obbligo di lasciare la propria patria o il proprio luogo d'origine, legato alla temporanea o definitiva impossibilità di farvi ritorno (ad esempio quando i villaggi e le abitazioni delle vittime vengono distrutti).

Il campo d'applicazione dell'articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera d AP-CP è limitato, ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 lettera d dello Statuto di Roma, alle persone che si trovano legittimamente in una regione. Mentre l'espulsione di un proprio cittadino è per principio vietata, in determinati casi è ammissibile espellere da un Paese i cittadini stranieri o assegnare loro un luogo di soggiorno determinato all'interno di un Paese. Secondo lo Statuto l'unico criterio per stabilire la procedibilità in tutti questi casi è il diritto internazionale. In caso contrario vi sarebbe il rischio che un governo giustifichi la deportazione avvalendosi del diritto nazionale, in contraddizione con il diritto internazionale. Tra i motivi ammissibili figurano la protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico (*ordre public*), della salute pubblica, della morale pubblica o dei diritti e delle libertà di terzi.

¹⁹⁷ Cfr. anche ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentenza del 12 giugno 2002, § 117.

¹⁹⁸ Cfr. n. 2.1.4.2.2.

2.1.4.2.3.5 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera e (imprigionamento)

L'imprigionamento ai sensi dell'articolo 7 capoverso 1 lettera e dello Statuto di Roma comprende, nell'ambito della prima variante del reato di "detenzione", i casi in cui una persona è detenuta in uno spazio ristretto. La seconda variante di reato, ossia le "altre gravi forme di privazione della libertà personale", consiste invece nelle situazioni in cui una persona, pur subendo una grave limitazione della propria libertà di movimento, può continuare a spostarsi all'interno di un determinato spazio (ad esempio in caso di internamento in un campo di concentramento o in un ghetto).

Un imprigionamento diventa condannabile come crimine contro l'umanità solo se viola in modo grave norme fondamentali di diritto internazionale. Questa delimitazione serve a garantire che non tutte le privazioni illegittime della libertà da parte dello Stato vengano classificate come crimini contro l'umanità. Le violazioni della procedura meno gravi (ad esempio un arresto non sufficientemente motivato o in occasione del quale non viene garantito il diritto all'audizione) sono inammissibili dal profilo del rispetto dei diritti umani. Le conseguenze di simili violazioni si limitano tuttavia di regola a un miglioramento della posizione procedurale dell'interessato, se del caso a un indennizzo, senza comportare il perseguimento penale del funzionario di polizia per crimine contro l'umanità. La nuova fattispecie si applica unicamente ai casi di persone imprigionate arbitrariamente in violazione di norme di diritto fondamentali, senza che sia stata in precedenza applicata una procedura equa nei confronti degli interessati.

Dal profilo soggettivo non è necessario che l'autore della privazione della libertà abbia la consapevolezza di aver violato una determinata regola di diritto internazionale. In applicazione del principio, riconosciuto in Svizzera, relativo alla cosiddetta "valutazione parallela da parte di un profano", è sufficiente che l'autore abbia valutato questo elemento costitutivo della fattispecie conformemente all'opinione corrente di una persona dotata di buon senso¹⁹⁹. Occorre unicamente che vi sia la consapevolezza del valore espresso nell'elemento costitutivo della fattispecie²⁰⁰. Per quel che concerne il crimine della privazione della libertà, è pertanto sufficiente che l'autore sia cosciente del fatto che le condizioni dell'imprigionamento limitano in modo grave e sproporzionato la libertà di movimento della vittima.

2.1.4.2.3.6 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera f (sparizione forzata di persone)

Il crimine di sparizione forzata di persone previsto dall'articolo 7 numero 1 lettera i e capoverso 2 lettera i dello Statuto di Roma è caratterizzato dai seguenti elementi: in

¹⁹⁹ Cfr. DTF 99 IV 59.

²⁰⁰ Cfr. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^a edizione, Berna 1996, pag. 168 RZ 67 segg.

primo luogo la privazione della libertà (con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato o di un'organizzazione politica); in secondo luogo il non riconoscimento della privazione della libertà o il rifiuto di fornire informazioni sul luogo di detenzione; in terzo luogo l'intenzione di sottrarre a lungo la persona alla tutela della legge (ad esempio impedendo alla vittima di far esaminare da un'autorità giudiziaria la privazione della libertà).

La particolarità di questo crimine risiede nel fatto che viene essenzialmente commesso non da una, ma da più persone insieme. In una prima fase una persona viene arrestata o rapita, e in una seconda fase vengono negate informazioni sul luogo in cui è detenuta. La probabilità che le due azioni vengano compiute da una stessa persona è quindi estremamente remota. La sparizione di persone, come dimostrano gli esempi delle dittature sudamericane degli anni Settanta e dei primi anni Ottanta del 20° secolo, è un reato pianificato politicamente e commesso su larga scala. Le vittime di questo crimine non sono soltanto coloro che scompaiono e che, come accaduto in passato, vengono spesso assassinati, ma anche le loro famiglie, che per anni sono costrette a vivere una situazione di estrema incertezza, paura e stress, e pertanto continuamente in bilico tra speranza e disperazione.

Nella formulazione degli „elementi dei crimini“ della CPI²⁰¹, si è partiti dall'idea che fosse necessario creare due fattispecie indipendenti ed equivalenti per comprendere sia il rapimento che il rifiuto di fornire informazioni. L'autore, quindi, o priva la persona della libertà, cosciente del fatto che verrà negata qualsiasi informazione relativa alla sua sorte (l'autore non deve essere colui che si rifiuta di fornire informazioni, basta che sia al corrente del fatto che queste non vengono date), oppure l'autore si rifiuta di fornire informazioni sul luogo di detenzione di una persona, sapendo che questa è stata rapita. Questa struttura è stata ripresa per la fattispecie svizzera.

A determinate condizioni, questa suddivisione in due varianti equivalenti può celare il rischio che colui che si è rifiutato di fornire informazioni, ma in qualità di autore secondario, venga sanzionato in misura sproporzionata. Tuttavia, se la persona non ha alcuna influenza sulla privazione di libertà o sulla liberazione della persona rapita, ma si limita a rifiutare di fornire ai parenti della vittima informazioni sul luogo di detenzione, il giudice può attenuare la pena secondo l'articolo 65 CP.

La punibilità dell'autore secondo l'articolo 264^{bis} lettera f numero 1 AP-CP non dipende, come detto, dal suo rifiuto di fornire informazioni. Il rifiuto di riconoscere la privazione della libertà costituisce una cosiddetta "condizione oggettiva di punibilità", che non necessita di alcuna corrispondenza nella fattispecie soggettiva. In questo caso il fatto di non essere a conoscenza del rifiuto di fornire informazioni in seguito alla privazione della libertà non rappresenta un errore sui fatti esclusivo dell'intenzionalità. Se questa non si realizza, non si consuma il crimine ai sensi dell'articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera f AP-CP. L'autore può comunque sempre essere punito per imprigionamento secondo l'articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera e AP-CP.

²⁰¹ Cfr. «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 126.

Il profilo soggettivo della fattispecie presuppone che l'autore agisca con l'intenzione di sottrarre la vittima alla protezione della legge per un prolungato periodo di tempo.

2.1.4.2.3.7 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera g (tortura)

Secondo l'articolo 7 capoverso 2 lettera e dello Statuto di Roma, "per «tortura» s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo". A differenza della Convenzione dell'ONU del 1984²⁰² contro la tortura, lo Statuto non presuppone che la tortura sia praticata con un fine determinato. Nel corso dell'elaborazione dello Statuto si è volutamente rinunciato a tale presupposto. Lo Statuto non esige nemmeno che l'autore abbia agito a titolo ufficiale. La nozione di tortura secondo lo Statuto non comprende "i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati". Tuttavia, poiché secondo lo Statuto il criterio per determinare l'ammissibilità di un atto è innanzitutto il diritto internazionale, le prassi autorizzate secondo il diritto nazionale possono nondimeno fondare la punibilità nell'ambito dell'articolo 7 dello Statuto.

Il diritto svizzero vigente non prevede una fattispecie applicabile alla tortura. Alla tortura possono essere applicate le fattispecie del sequestro di persona, in combinazione con le lesioni personali e la coazione. I gravi dolori o sofferenze, fisici o mentali, inflitti in caso di tortura possono difficilmente realizzare in tutti i casi le fattispecie delle lesioni personali semplici o gravi ai sensi del CP. Se ad esempio l'autore tiene un coltello alla gola della vittima per estorcerle informazioni, non sono ancora realizzate le condizioni per l'applicazione dell'articolo 123 CP sulle lesioni personali semplici. La questione si pone però anche in relazione alle lesioni corporali gravi ai sensi dell'articolo 122 CP. Questa fattispecie presuppone infatti il ferimento di una persona con messa in pericolo della vita, una mutilazione corporale o un altro grave danno cagionato al corpo o alla salute fisica o mentale. La tortura non dipende invece tanto dal pericolo di vita, dal danno irreparabile o dalla mutilazione inferta alla vittima, quanto piuttosto dall'intensità dei dolori e delle sofferenze fisici e mentali da lei patiti. Tali dolori e sofferenze possono se del caso rientrare nel campo d'applicazione del sequestro di persona aggravato ai sensi dell'articolo 184 CP, che presuppone il trattamento crudele della vittima o l'esposizione della sua vita a grave pericolo. Le condizioni di applicazione della coazione non devono essere riunite in ogni caso. Lo scopo della tortura non deve quindi essere quello di costringere la vittima a compiere un atto, ad astenersi dal compierlo o a tollerarlo. L'obiettivo perseguito con la tortura può infatti già essere raggiunto attraverso l'indebolimento fisico o l'intimidazione della vittima. La somma delle diverse fattispecie del CP non comprende pertanto necessariamente all'elemento colposo della tortura, anche se si riesce a sovrapporne i diversi aspetti.

²⁰² Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, RS **0.105**, entrata in vigore per la Svizzera il 26 giugno 1987.

Occorre quindi concepire una nuova fattispecie nel diritto svizzero, applicabile alla tortura in quanto crimine contro l'umanità. Questo crimine consiste nella violazione dell'integrità fisica o della salute mentale o fisica della vittima. A differenza della fattispecie relativa agli atti inumani (cfr. lett. k), i gravi dolori o sofferenze fisici o mentali risultanti da questa violazione non rappresentano unicamente le conseguenze dell'azione punibile, ma ne costituiscono il vero scopo. Occorre invece rinunciare all'introduzione di un ulteriore motivo, come presupposto dalla Convenzione contro la tortura del 1984²⁰³, in conformità con lo Statuto di Roma.

L'indicazione secondo cui l'ammissibilità delle sanzioni adottate da uno Stato che ledono l'integrità fisica o mentale della vittima va valutata secondo i criteri del diritto internazionale rappresenta una concretizzazione della riserva di legge prevista dall'articolo 32 CP.

2.1.4.2.3.8 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera h (violazioni del diritto all'autodeterminazione sessuale)

L'articolo 7 capoverso 1 lettera g dello Statuto di Roma comprende in un solo paragrafo diversi reati sessuali: stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e ogni altra forma di violenza sessuale di analoga gravità. Tali crimini, che sviliscono l'autodeterminazione sessuale di una persona nel modo più riprovevole, vengono inoltre commessi al fine di sottomettere una minoranza e nella condotta di conflitti etnici.

Stupro (cifra i)

Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali, lo stupro è descritto come rapporto sessuale forzato (di principio anche nel diritto svizzero). Lo Statuto di Roma considera lo stupro come crimine contro l'umanità (art. 7 cpv. 1 lett. g-1), ma non prevede una definizione propria. La giurisprudenza *ad hoc* del Tribunale per la ex Jugoslavia e il Ruanda definisce lo stupro come la penetrazione contro la volontà della vittima. Tale atto è descritto in modo non sessista come "penetrazione fisica a carattere sessuale". Per stupro non s'intende unicamente il rapporto sessuale forzato, ma anche la penetrazione in una parte del corpo della vittima con l'organo sessuale dell'autore (in particolare la penetrazione orale) o la penetrazione anale o genitale della vittima con una parte del corpo dell'autore o con un oggetto. L'autore deve esercitare o minacciare violenza, esercitare costrizione o approfittare di circostanze che esercitano costrizione sulla vittima²⁰⁴. Gli "elementi dei crimini"

²⁰³ Tra i motivi menzionati dalla Convenzione contro la tortura figurano l'estorsione di una confessione, la punizione, l'intimidazione, la coercizione od ogni altro motivo basato sulla discriminazione.

²⁰⁴ ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, sentenza del 2 settembre 1998, §§ 596 segg.; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, sentenza del 10 dicembre 1998, §§ 175 segg., § 185; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, sentenza del 27 gennaio 2000, §§ 220 segg.; Cfr. anche n. 2 dell'art. 7 cpv. 1 lett. g-1 degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 123.

assimilano a questi mezzi di coazione il caso in cui l'autore abusa, mediante una delle forme di penetrazione sopraccitate, di una persona che non è in grado di acconsentire liberamente a simili atti, a causa di una incapacità di discernimento o di opporre resistenza innata, indotta o dovuta all'età²⁰⁵.

Il diritto svizzero nonché prassi e dottrina definiscono la violenza carnale ai sensi dell'articolo 190 CP come il fatto di costringere una persona di sesso femminile a subire la congiunzione carnale. Altri abusi sessuali di una persona nelle modalità descritte in precedenza realizzano la fattispecie di coazione sessuale ai sensi dell'articolo 189 CP, o quella di atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere ai sensi dell'articolo 191 CP. Nell'ambito dei crimini contro l'umanità, questi reati vengono pertanto riuniti nella fattispecie "Stupro e altre forme di abuso sessuale".

Prostituzione forzata (cifra ii)

Gli "elementi dei crimini" definiscono la prostituzione forzata (cfr. art. 7 cpv. 1 lett. g-3 dello Statuto di Roma) come la costrizione della vittima a compiere atti di natura sessuale, per mezzo dei quali l'autore consegue un vantaggio o cerca di conseguirne. Gli "elementi dei crimini" equiparano alla costrizione il caso in cui l'autore porta a prostituirsi una persona che, a causa della sua incapacità di discernimento o a resistere innata, indotta o dovuta all'età, non è in grado di acconsentire liberamente a simili atti²⁰⁶.

Gravidanza forzata (cifra iii)

Lo Statuto di Roma definisce il crimine della gravidanza forzata nell'articolo 7 capoverso 2 lettera f come "la detenzione illegale di una donna resa gravida con la forza, nell'intento di modificare la composizione etnica di una popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale"²⁰⁷. In tempi recenti, questo crimine è stato commesso ai danni di donne musulmane originarie della Bosnia e Erzegovina, nel corso del conflitto nell'ex-Jugoslavia. Le vittime, dopo essere state violentate, venivano rinchiusi in campi di prigionia fino a che non era più possibile abortire²⁰⁸. In questa fattispecie la violenza sessuale nei confronti delle donne viene praticata in quanto mezzo di "pulizia etnica", poiché in diverse culture le donne assumono un carattere simbolico all'interno di una casta, di un'etnia o a livello di identità nazionale. La violenza sessuale nei confronti delle donne rappresenta un attacco alla società intera e mira a produrre un effetto demoralizzante in particolare tra la popolazione di sesso maschile. Le conseguenze di questo crimine sfociano in

²⁰⁵ Cfr. nota 16 al n. 2 dell'art. 7 cpv. 1 lett. g-1 degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 123; Cfr. anche ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, sentenza del 22 febbraio 2001, §§ 446 segg.

²⁰⁶ Cfr. n. 1 dell'art. 7 cpv. 1 lett. g-3 e la nota 16 al n. 2 dell'art. 7 cpv. 1 lett. g-1 degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 123 seg.

²⁰⁷ Lo Statuto precisa espressamente che la presente definizione non può essere in alcun modo interpretata in maniera tale da pregiudicare l'applicazione delle normative nazionali in materia di interruzione di gravidanza.

²⁰⁸ Cfr. il Rapporto conclusivo della Commissione di esperti per l'ex-Jugoslavia, U.N. Doc. S/1994/674 del 5 maggio 1994, §§ 248 e 250.

trascuratezza, discriminazione e disprezzo tanto della figura della madre quanto di quella del bambino in seno alla propria comunità etnica²⁰⁹

La fattispecie svizzera è definita conformemente alle direttive dello Statuto di Roma. Per la realizzazione di questa fattispecie non è necessario che l'autore abbia stuprato la donna che tiene prigioniera o che l'abbia in altro modo resa gravida con la forza. Il reato è consumato anche se non si realizza l'elemento soggettivo relativo all'intento di modificare la composizione etnica della popolazione o alla commissione di una grave violazione del diritto internazionale²¹⁰. L'autore è punibile se tiene prigioniera una donna resa gravida contro la sua volontà agendo nell'intento descritto. Poiché l'intento a seconda delle circostanze va molto più lontano del risultato ottenuto, si parla di un reato con "intenzione di distruggere".

Sterilizzazione forzata (cifra iv)

Il crimine della sterilizzazione forzata (cfr. art. 7 cpv. 1 lett. g-5 dello Statuto di Roma) include gli atti mediante i quali una persona è stata privata della capacità biologica di riproduzione, con la costrizione o con l'abuso della sua incapacità di discernimento o di resistere²¹¹ innata, indotta o dovuta all'età.

La fattispecie della sterilizzazione forzata si applica a donne e uomini. La sterilizzazione non deve tuttavia necessariamente mettere in pericolo la vita di chi la subisce oppure essere esteriormente deformante o gravemente nociva per la salute. La vittima non deve nemmeno soffrire necessariamente di una grave menomazione fisica dovuta alla privazione di una funzione anatomica. L'essenza di questo crimine risiede nel privare la vittima, contro il suo volere, della possibilità di una futura riproduzione nonché nell'immanente ed esecrabile elemento relativo alla purezza della razza o igiene razziale. Le conseguenze e la gravità della violazione toccano quindi le vittime in primo luogo a livello psicologico. La fattispecie non si applica alle sterilizzazioni giustificate da indicazioni mediche e praticate con il consenso delle persone interessate.

Schiavitù sessuale e altre forme di violenza sessuale

La fattispecie di base relativa al crimine della schiavitù sessuale (art. 7 cpv. 1 lett. g-2 dello Statuto di Roma) contiene gli stessi elementi della riduzione in schiavitù ai sensi dell'articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera c AP-CP, in relazione con gli atti di natura sessuale che la vittima è costretta a subire. È quindi espressamente punita in quanto variante della fattispecie della riduzione in schiavitù (cfr. *supra*).

Lo Statuto di Roma menziona infine le "altre forme di violenza sessuale di analoga gravità" (art. 7 cpv. 1 lett. g-6). Secondo la giurisprudenza dei tribunali penali

²⁰⁹ In merito alle conseguenze sociali del crimine della gravidanza forzata, cfr. lo studio del CICR "Women Facing War", Ginevra 2001, pag. 51 segg.

²¹⁰ Ad esempio in caso di esperimenti biologici illeciti.

²¹¹ Cfr. n. 2 dell'art. 7 cpv. 1 lett. g-5 e nota 16 al n. 2 dell'art. 7 cpv. 1 lett. g-1 degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 123 seg.

internazionali si tratta, tra l'altro, delle violazioni dell'integrità sessuale di una persona che non comportano necessariamente una penetrazione o un altro contatto fisico con la vittima. Questi reati sono compresi dal diritto svizzero nella nuova fattispecie relativa allo stupro (cfr. art. 264^{bis} cpv. 1 lett. h cifra i AP-CP) e non necessitano di una regolamentazione distinta.

2.1.4.2.3.9 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera i (persecuzione)

La definizione di persecuzione non è intesa in senso letterale, ma concettuale: sono contemplati tutti gli atti mediante i quali l'autore ha privato una persona dei suoi diritti fondamentali in modo grave e in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo di cui la persona fa parte (cfr. la definizione legale dell'art. 7 cpv. 1 lett. h e cpv. 2 lett. g dello Statuto di Roma). Come nel caso del genocidio, non è necessario che l'autore associ la vittima a un gruppo determinato in base a criteri oggettivi: è invece decisiva la prospettiva soggettiva dell'autore e la sua percezione riguardo all'appartenenza della vittima a una determinata collettività²¹². La persecuzione non deve consistere in un'aggressione fisica ai danni della vittima. Si può trattare anche di violazioni di diritti politici (ad esempio la privazione del diritto di voto), di diritti economici (espropriazioni senza indennizzo) o dei diritti in materia di Stato di diritto (p. es. rifiuto sistematico di un procedimento giudiziario equo)²¹³. La fattispecie prevede tutti i tipi di motivi discriminatori, per quanto riconosciuti universalmente inammissibili ai sensi del diritto internazionale. Sono comprese anche le violazioni dei diritti fondamentali commesse nei confronti di gruppi sociali, purché contrarie al diritto internazionale. Lo Statuto elenca i seguenti motivi come inammissibili ai sensi del diritto internazionale: motivi di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale.

Finora il crimine della persecuzione non era stato compreso in modo adeguato dal diritto svizzero. Il CP non prevede una fattispecie generale applicabile alla discriminazione. L'articolo 261^{bis} CP contempla unicamente atti quali pubblicazioni o propaganda discriminatori o il rifiuto di servizi destinati al pubblico. Il diritto svizzero non prevede altri motivi di discriminazione oltre a quelli menzionati nello Statuto. Secondo il tenore dell'articolo 261^{bis} CP, non viene in linea di principio compresa la discriminazione in base alla nazionalità, alla cultura o al sesso.

Le violazioni dei diritti fondamentali determinanti non consistono tuttavia in semplici disparità di trattamento, che sono comunque inammissibili dal profilo del diritto costituzionale. Non si tratta nemmeno di singole esternazioni o atti discriminatori ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP. Le situazioni considerate sono quelle in cui, nell'ambito

²¹² Si esprime in tal senso anche la giurisprudenza del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia in ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, sentenza del 31 luglio 2003, § 734; ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic e Martinovic*, IT-98-34-T, sentenza del 31 marzo 2003, § 636.

²¹³ Cfr. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, sentenza del 7 maggio 1997, § 710; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, sentenza del 14 gennaio 2000, §§ 596 segg. , con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza del Dopoguerra.

di un esteso o sistematico attacco contro singoli gruppi o i loro membri, sono commesse violazioni dei diritti umani gravi e discriminatorie.

A differenza di altri Statuti di tribunali internazionali, lo Statuto della Corte penale internazionale non considera che la summenzionata massiccia privazione dei diritti fondamentali possa da sola configurare un crimine contro l'umanità. Occorre piuttosto che la privazione dei diritti fondamentali sia in relazione con un altro crimine di competenza della Corte penale. Anche se il reato supplementare non deve essere commesso dallo stesso autore che ha perpetrato la persecuzione, tale condizione permette di restringere il campo d'applicazione del crimine della persecuzione rispetto al diritto internazionale vigente. Il Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia ha già richiamato l'attenzione su questo aspetto²¹⁴. Poiché l'articolo 10 dello Statuto rileva espressamente che quest'ultimo non limita o pregiudica le norme del diritto internazionale esistenti o in formazione, la fattispecie penale proposta per il diritto svizzero è stata formulata sulla base del vigente diritto internazionale consuetudinario. In un caso d'applicazione, la gravità della violazione dei diritti fondamentali non va valutata in modo isolato, ma nel contesto di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile. In tal modo anche violazioni che a prima vista non sono sufficientemente gravi possono realizzare la fattispecie grazie al loro effetto cumulativo²¹⁵.

2.1.4.2.3.10 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera j (apartheid)

Secondo l'articolo 7 capoverso 2 lettera h dello Statuto di Roma, il crimine di apartheid consiste nella commissione di atti inumani di gravità paragonabile ai crimini contro l'umanità, "con l'intento di perpetuare un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione su un gruppo razziale, etnico o religioso da parte di un altro gruppo razziale, etnico o religioso". Mediante la limitazione del campo d'applicazione dello Statuto agli atti vietati dall'articolo 7 capoverso 1 e a quelli di analoga gravità, lo Statuto punisce come crimine di apartheid i reati che l'autore ha commesso nel contesto di un regime di oppressione sistematica e di dominazione esercitate da un gruppo razziale ai danni di un altro o altri gruppi razziali, con l'intento di instaurare o perpetuare tale regime.

Il diritto svizzero vigente non contempla una disposizione che definisce l'apartheid come mezzo di oppressione e discriminazione a sfondo razziale. La fattispecie della discriminazione razziale (art. 261^{bis} CP) comprende soltanto parzialmente il crimine di apartheid: occorre pertanto introdurre nel diritto svizzero una nuova pertinente fattispecie. I beni giuridici protetti sono innanzitutto i gruppi razziali, caratterizzati di

²¹⁴ Cfr. ICTY, Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, sentenza del 26 febbraio 2001, §§ 193 segg.; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, sentenza del 14 gennaio 2000, §§ 578 segg.

²¹⁵ Cfr. anche ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, sentenza del 31 luglio 2003, § 736; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32-T, sentenza del 29 novembre 2002, § 247; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T, sentenza del 15 marzo 2002, § 434.

regola dalle loro peculiarità biologiche ereditarie o apparentemente biologiche. Secondo l'orientamento seguito in materia di protezione e, in particolare, il tenore della fattispecie relativa alla discriminazione razziale (art. 261^{bis} CP), occorre comprendere anche i gruppi etnici e religiosi. Un gruppo etnico è generalmente inteso come gruppo i cui membri possiedono una lingua o una cultura comune. I gruppi religiosi si contraddistinguono per la loro professione di fede comune o per le modalità con cui celebrano i loro riti religiosi. Il crimine non deve necessariamente essere commesso ai danni di un membro del gruppo oppresso, ma può concernere anche i suoi simpatizzanti, nella misura in cui l'autore abbia agito con l'intento di perpetuare un regime razzista, etnico o religioso mediante la commissione di crimini contro l'umanità. I regimi responsabili di tali crimini possono essere, oltre agli strumenti di potere statali, anche sistemi di dominazione istituiti da gruppi che esercitano il loro dominio effettivo su altri gruppi. Non è inoltre necessario che l'autore sia membro del gruppo oppressore. Può agire conformemente alla fattispecie anche un mercenario proveniente da un'altra collettività razziale, etnica o religiosa e ai servizi del gruppo oppressore.

2.1.4.2.3.11 Articolo 264^{bis} capoverso 1 lettera k (altri atti inumani)

Come la storia ci ha insegnato, è impossibile elencare in una lista esaustiva di crimini contro l'umanità tutti gli atti di crudeltà di cui gli uomini sono capaci. Per quanto riguarda l'ultimo reato elencato, si tratta di una fattispecie completiva che permette la repressione di altri atti inumani, di carattere e gravità analoghi ai crimini previsti alle lettere a-k e diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale (come il corrispondente art. 7 cpv. 1 lett. k dello Statuto di Roma). Tale limitazione e specificazione della fattispecie serve al principio di legalità e impedisce che, nell'ambito dei crimini contro l'umanità vengano compresi atti di minore gravità. Questo tipo di clausola generale non rappresenta una novità per il diritto svizzero. La fattispecie delle lesioni personali gravi (art. 122 CP), spesso applicata nell'ambito dei crimini contro l'umanità, contiene infatti una clausola generale simile.

2.1.4.2.4 Pene

Secondo l'articolo 5 dello Statuto di Roma, i crimini contro l'umanità sono considerati tra i reati più gravi nell'ambito dei crimini motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. Per simili crimini viene quindi proposta la pena massima, ossia la reclusione perpetua, oppure la reclusione da cinque fino a venti anni. Nei casi di minore gravità il minimo della pena può essere ridotto a tre anni di reclusione. Poiché l'autore, commettendo crimini contro l'umanità, non agisce con l'intento distruttivo proprio del genocidio, occorre prevedere pene minime più basse rispetto a quelle comminate per tale crimine. Anche nei casi meno gravi la pena minima prevista è più severa della maggior parte delle comminatorie minime applicate ai crimini "ordinari":

ciò è dovuto al fatto che la relazione funzionale dei singoli reati con un “esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili” favorisce la loro commissione da parte dell’autore e indebolisce la resistenza della vittima.

2.1.5 Titolo dodicesimo^{ter} AP-CP (Crimini di guerra)

2.1.5.1 Punibilità dei crimini di guerra nel diritto penale svizzero vigente e futuro

Il diritto svizzero vigente punisce i crimini di guerra, ossia le gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, criminalizzate dal diritto internazionale. Il Capo sesto del CPM contiene all’articolo 109 una clausola generale che rinvia in modo generico alle fattispecie previste dal diritto internazionale umanitario. Come esposto in precedenza²¹⁶, la delimitazione della punibilità mediante un rinvio non rispetta pienamente il principio della prevedibilità del comportamento punibile. Affinché le basi giuridiche elvetiche per il perseguimento e il giudizio dei crimini di guerra possano essere strutturate in modo più trasparente, occorre formulare con precisione ogni violazione del diritto internazionale umanitario che il diritto internazionale e lo Statuto di Roma considerano gravi e quindi punibili.

L’integrazione nella legge avviene in base ai criteri rivelatisi efficaci nell’ambito di regimi contrattuali di diritto internazionale (p. es. le “gravi violazioni” ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949) e sulla base dei beni giuridici protetti e del tipo di violazioni. Non si deve tuttavia rinunciare completamente alla clausola generale prevista dall’articolo 109 CPM. Una fattispecie completiva dovrà essere applicabile a quelle nuove create da futuri accordi internazionali e dall’evoluzione costante del diritto consuetudinario. Nel contempo la clausola generale prevista dall’articolo 264^{undecies} AP-CP deve permettere come finora di sanzionare le violazioni del diritto internazionale umanitario che, pur essendo punibili, non fanno parte delle gravi violazioni previste dallo Statuto di Roma e alle quali si orienta la scelta delle nuove disposizioni penali. Poiché in futuro anche la giustizia civile avrà la competenza di perseguire i crimini di guerra²¹⁷, le pertinenti disposizioni non vanno introdotte unicamente nel CPM, ma anche nel CP.

2.1.5.2 Le nuove disposizioni che puniscono le violazioni del diritto internazionale umanitario nel contesto di conflitti armati (crimini di guerra)

Nel messaggio sulla ratifica dello Statuto di Roma e della CPI sono già state ampiamente illustrate l’istituzione, le basi legali e la natura giuridica dei crimini di

²¹⁶ Cfr. n. 1.3.1.1.

²¹⁷ Cfr. n. 1.3.3.3.

guerra²¹⁸. Poiché le nuove fattispecie di diritto internazionale da integrare nella legge sono già oggi punibili in Svizzera (nell'ambito della clausola generale prevista dall'articolo 109 CPM), esse saranno analizzate soltanto nella misura in cui la loro applicazione nel diritto svizzero esige chiarimenti supplementari.

2.1.5.2.1 Art. 264^{ter} AP-CP (Campo d'applicazione)

Secondo il diritto internazionale, i crimini di guerra costituiscono violazioni punibili del diritto internazionale umanitario *nel contesto di conflitti armati*. Nei capoversi 1 e 2 dell'articolo 264^{ter} AP-CP, l'applicazione delle disposizioni contenute nel Titolo dodicesimo^{ter} AP-CP viene pertanto fatta dipendere dall'esistenza di un conflitto armato. Un conflitto armato è dato principalmente quando diversi Stati interagiscono fra loro ricorrendo alla violenza armata o quando avvengono scontri armati continui fra unità governative e gruppi armati organizzati o fra simili gruppi all'interno di uno Stato²¹⁹. Un'occupazione è assimilata a un conflitto armato, anche se non incontra alcuna resistenza²²⁰.

La fattispecie dei crimini di guerra presuppone inoltre che il crimine sia commesso nel contesto di un conflitto armato²²¹. Questo nesso tra crimine e conflitto garantisce che i reati previsti nel Titolo dodicesimo^{ter}, purché commessi all'estero, vengano puniti anche in Svizzera, a condizione che ciò sia giustificato dalle particolari circostanze del conflitto armato²²². Non sono compresi quindi i crimini che vengono commessi durante un conflitto armato per motivi privati (p. es. omicidio passionale), non correlati con il conflitto stesso. Tuttavia, nella misura in cui vi sia una relazione tra crimine e conflitto, anche i civili possono essere autori di crimini di guerra. Un Tribunale militare svizzero di cassazione ha in tal senso condannato un sindaco ruandese per crimini di guerra²²³. Il nesso non presuppone azioni belliche simultanee nelle immediate vicinanze del luogo in cui è commesso il crimine. È sufficiente che gli atti contestati abbiano un legame con il conflitto armato²²⁴.

Il capoverso 2 sancisce inoltre il principio secondo cui i crimini di guerra sono punibili indipendentemente dal fatto che siano stati commessi nel contesto di un conflitto armato internazionale tra due o più Stati o in un conflitto armato interno a uno Stato.

²¹⁸ Cfr. messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 431 segg.

²¹⁹ Per la nozione e l'estensione della nozione di "conflitto armato", cfr. gli art. 2 e 3 comuni alle Convenzioni di Ginevra del 1949; art. 1 del PA I del 1977; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, sentenza del 31 luglio 2003, § 568.

²²⁰ Cfr. l'art. 2 cpv. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949.

²²¹ Cfr. anche i pertinenti capoversi dell'art. 8 dello Statuto di Roma negli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 127 segg.

²²² Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 e IT-96-23/1-A, sentenza del 12 giugno 2002, § 58.

²²³ Cfr. Schweizerisches Militärkassationsgericht, decisione del 27 aprile 2001, nella causa *Fulgence Niyonteze*, cons. 9b), pag. 39 segg.;

²²⁴ Cfr. ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic e Martinovic*, IT-98-34-T, sentenza del 31 marzo 2003, § 177.

Una distinzione non si giustificerebbe dal profilo del contenuto. È difficile comprendere per quale motivo un determinato comportamento (impiego di armi biologiche, tortura, violenza carnale) debba costituire un crimine di diritto internazionale nell'ambito di un conflitto armato, ma non nel contesto di un conflitto interno a uno Stato. Dal punto di vista delle persone coinvolte, non ha importanza se in un conflitto interno o internazionale le vittime subiscono un attacco con gas tossici o sono uccise con munizioni vietate che provocano inutili sofferenze, se vengono impiegati come scudi umani o se, quale metodo di condotta bellica, sono ridotte alla fame, oppure se città o luoghi indifesi vengono attaccati (per tali crimini la CPI è competente soltanto nel contesto di conflitti internazionali). Recentemente il Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia ha rilevato che è assurdo che gli Stati vietino l'impiego di armi chimiche, ad esempio, nelle guerre condotte fra di essi, mentre lo consentano sul proprio territorio contro i propri cittadini per sventare una ribellione²²⁵.

Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, la maggior parte dei conflitti armati è stata di carattere interno. In questi casi, spesso la linea di demarcazione non è costituita dalla nazionalità, ma dalla diversa appartenenza etnica, culturale, religiosa o a un determinato gruppo. Lo Statuto di Roma ha ripreso soltanto in parte l'allineamento del diritto applicabile ai conflitti interni a quello applicabile ai conflitti internazionali; tale adeguamento era in pieno svolgimento e già in fase fortemente avanzata prima del 1998. Il catalogo dei crimini di guerra relativi ai conflitti internazionali previsto dallo Statuto di Roma è notevolmente più lungo rispetto a quello dei reati commessi nell'ambito di conflitti interni. La distinzione prevista dallo Statuto di Roma è da ricondurre al fatto che il diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti interni è stato sviluppato successivamente e che, al momento dell'elaborazione dello Statuto, la validità del diritto internazionale umanitario nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario non era ancora riconosciuta nella stessa misura del diritto applicabile ai conflitti armati internazionali. Tuttavia, il diritto internazionale consuetudinario applicabile ai conflitti interni ha subito da allora un'ulteriore evoluzione.

L'avamprogetto non segue dunque l'approccio dello Statuto di Roma²²⁶, nella misura in cui nuove norme convenzionali, il diritto consuetudinario o la prassi giudiziaria internazionale prevedono la punibilità dei crimini di guerra anche nell'ambito dei conflitti interni a uno Stato²²⁷. L'avamprogetto ammette eccezioni al principio

²²⁵ Cfr. ICTY, Appeals Chamber I, *The Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, sentenza del 2 ottobre 1995, §§ 119 segg.

²²⁶ Cfr. ad esempio la modifica del 21 dicembre 2001 dell'art. 1 della Convenzione del 10 ottobre 1980 sul divieto o la limitazione dell'impiego di talune armi classiche che possono essere ritenute capaci di causare effetti traumatici eccessivi o di colpire in modo indiscriminato, e del relativo messaggio del 16 aprile 2003, FF **2003** 3045, la Convenzione del 18 settembre 1997 sul divieto dell'impiego, del deposito, della fabbricazione e del trasferimento delle mine antiuomo e sulla loro distruzione ("Convenzione di Ottawa") FF **1998** 489; ratificata dalla Svizzera il 24 marzo 1998 ed entrata in vigore il 1° marzo 1999, nonché il secondo Protocollo del 26 marzo 1999 relativo alla Convenzione dell'Aia del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, FF **2003** 5299.

²²⁷ Ciò corrisponde del resto anche all'approccio seguito dal nuovo Codice penale internazionale tedesco del 26 giugno 2002 (BGBl. I, 2254).

dell'equiparazione giuridica dei conflitti internazionali e di quelli non interni a uno Stato soltanto nella misura in cui una disposizione penale non è per sua natura applicabile a un conflitto interno. Una norma di comportamento in materia di prigionieri di guerra nel contesto di conflitti internazionali può ad esempio non essere applicata in un conflitto interno a uno Stato, poiché dal profilo tecnico-giuridico in un simile conflitto non vi possono essere prigionieri di guerra²²⁸. Un'altra eccezione è rappresentata dal trasferimento della popolazione propria della potenza occupante in un territorio da essa occupato²²⁹. Queste eccezioni vanno tuttavia interpretate dal giudice in modo restrittivo, al fine di concentrarsi il più possibile sugli obiettivi principali del diritto internazionale umanitario, ossia attenuare le conseguenze, in particolare sulla popolazione civile, anche dei conflitti interni, e di risparmiare inutili sofferenze ai combattenti. Come ha già annunciato nel messaggio sulla ratifica dello Statuto di Roma della CPI²³⁰, il Consiglio federale adotterà i provvedimenti necessari al fine di sottomettere alla giurisdizione della CPI anche altri crimini di guerra commessi nel contesto di conflitti interni a uno Stato, in previsione della Conferenza degli Stati membri prevista per il 2009 (cfr. art. 123 cpv. 1)²³¹.

²²⁸ Per esempio il ritardo ingiustificato nel rimpatrio dei prigionieri di guerra dopo la fine delle ostilità (cfr. art. 85 cpv. 2 lett. b PA I).

²²⁹ Cfr. art. 85 cpv. 4 lett. a Protocollo I.

²³⁰ Messaggio sulla CPI, FF **2001** 452.

²³¹ Già in vista della prima Conferenza del 1995/1996 per la revisione della Convenzione del 10 ottobre 1980 sul divieto o la limitazione dell'impiego di talune armi classiche che possono essere ritenute capaci di causare effetti traumatici eccessivi o di colpire in modo indiscriminato (RS **0.515.091**), il Consiglio federale aveva conferito alla delegazione svizzera il mandato di adoperarsi per un'estensione del campo di applicazione del trattato quadro e dei Protocolli allegati ai conflitti armati non internazionali, mandato rinnovato anche per la seconda Conferenza di revisione; FF **2003** 3049.

L'equiparazione dei conflitti internazionali con quelli interni tiene conto inoltre dell'evoluzione in atto, secondo cui risulta spesso difficile determinare il carattere internazionale dei conflitti attuali, nei quali sono coinvolti diversi partecipanti. Nella giurisprudenza del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia, ad esempio, il carattere internazionale del conflitto si è delineato per il fatto che le truppe serbo-bosniache attive all'interno del territorio della Bosnia e Erzegovina erano a tal punto controllate dalla Repubblica federale di Jugoslavia che i crimini di guerra commessi dai loro membri dovevano essere imputati alla stessa Repubblica federale di Jugoslavia²³². Lo stesso vale anche per l'imputazione alla Croazia delle azioni delle truppe dei Croati bosniaci²³³. La qualificazione giudiziaria e penalmente rilevante di un conflitto avviene logicamente sempre a posteriori. Il diritto internazionale umanitario si propone tuttavia di esplicitare preventivamente i suoi effetti per proteggere le vittime dei conflitti e i combattenti da armi e metodi di condotta bellica che vanno al di là dello scopo legittimo dei conflitti armati, che è quello di mettere fuori combattimento il nemico. Attraverso la rinuncia di prevedere nella legge, quale criterio di punibilità, una distinzione tra conflitti internazionali e interni a uno Stato, si agevola l'istruzione dei militi e si promuove la diffusione e il rispetto del diritto internazionale umanitario.

Dal profilo soggettivo, il capoverso 1 presuppone che l'autore, nella commissione di uno dei crimini di guerra menzionati qui di seguito, sia consapevole del fatto che il reato da lui perpetrato avviene nel contesto di un conflitto armato. La sua consapevolezza può derivare dalle circostanze di fatto alla base del conflitto. Non è presupposto che l'autore sappia o che effettui una valutazione giuridica riguardante il carattere internazionale o non internazionale del conflitto²³⁴.

Il capoverso 3 dell'articolo 264^{ter} AP-CP, che equipara ai conflitti armati le violazioni della neutralità e il ricorso alla forza per opporsi a tali violazioni, corrisponde alla normativa vigente prevista dall'articolo 108 capoverso 1 CPM.

2.1.5.2.2 Articolo 264^{quater} AP-CP (Gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949)

L'articolo 264^{quater} AP-CP elenca le cosiddette „gravi violazioni“ delle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949²³⁵. Si tratta tra le altre dell'omicidio volontario, della tortura e del trattamento inumano, della distruzione o dell'appropriazione ingiustificate di beni civili, del reclutamento forzato di prigionieri di

²³² Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, decisione del 15 luglio 1999, §§ 68-171.

²³³ Cfr. ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, sentenza del 3 marzo 2000, §§ 95 segg.

²³⁴ Cfr. preambolo all'art. 8 degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 128.

²³⁵ Cfr. le rispettive fattispecie degli 50 CG I, 51 CG II, 130 CG III e 147 CG IV.

guerra, del rifiuto di un procedimento equo²³⁶, della deportazione, del trasferimento²³⁷ e della cattura di ostaggi²³⁸. Le “gravi violazioni” sono punibili in quanto crimini di guerra se vengono commesse nell’ambito di un conflitto armato internazionale o in territori occupati, nei confronti delle varie categorie di persone protette²³⁹. La categoria di persone protette varia a seconda della Convenzione: la prima Convenzione protegge in primo luogo i militi feriti e malati nonché il personale sanitario e religioso, la seconda Convenzione estende la protezione ai naufraghi delle forze armate di mare, la terza Convenzione protegge i prigionieri di guerra e le persone a essi equiparate, mentre la quarta riguarda le persone civili in potere della parte nemica e che non ne possiedono la nazionalità²⁴⁰, come pure gli apolidi.

Recentemente giurisprudenza e dottrina hanno discusso la controversa questione relativa all’applicabilità delle fattispecie riguardanti le “gravi violazioni” ai sensi delle Convenzioni di Ginevra, anche nell’ambito di conflitti armati che non rivestono un carattere internazionale. Una presa in considerazione del contenuto delle “gravi violazioni” non esclude questo tipo di interpretazione: sulla base del diritto internazionale consuetudinario tali crimini vanno infatti perseguiti penalmente dagli Stati in quanto gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, anche nell’ambito di conflitti interni. Ciò è ad esempio previsto dall’articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra nonché dagli articoli 4 capoverso 2 e 17 PA II. Occorre altresì rilevare che il tenore originario delle Convenzioni di Ginevra non prevede un’applicazione formale delle disposizioni relative alle “gravi violazioni” nell’ambito di conflitti interni a uno Stato²⁴¹, e questo perché all’epoca della loro elaborazione nel 1949 un’estensione dell’applicabilità ai conflitti interni sarebbe stata interpretata come un’ingerenza inammissibile negli affari di uno Stato. Occorrerebbe inoltre considerare che alcune delle “gravi violazioni” non sono per loro natura completamente applicabili ai conflitti interni. Le Convenzioni di Ginevra proibiscono ad esempio a uno Stato di costringere i prigionieri di guerra o la popolazione civile di territori occupati a prestare

²³⁶ Il fatto di privare volontariamente una persona protetta del suo diritto a un equo e regolare processo (art. 264^{quater} cpv. 1 lett. f AP-CP), punito come crimine di guerra in base alla III e IV Convenzione di Ginevra, viene concretizzato dall’articolo 8 capoverso 2 lettera c cifra iv dello Statuto di Roma. Di conseguenza sono pure considerati crimini di guerra in particolare le condanne e le esecuzioni emanate o effettuate senza previa sentenza emessa da un tribunale regolare, che offra le garanzie indispensabili generalmente riconosciute.

²³⁷ La deportazione o il trasferimento (art. 264^{quater} cpv. 1 lett. g AP-CP) costituiscono una violazione della IV Convenzione di Ginevra, nella misura in cui una persona protetta viene deportata o trasferita con la forza in un altro Stato o in un’altra regione all’interno dello stesso Stato o di un territorio occupato.

²³⁸ Per maggiori dettagli in relazione al contenuto delle „gravi violazioni“, si rinvia al messaggio sulla CPI, FF **2001** 525 seg.

²³⁹ Art. 12, 13 e 24-27 CG I; art. 12-13 e 36-37 CG II; art. 4 e 33 CG III, art. 4 e 13 CG IV.

²⁴⁰ I crimini di guerra sono tuttavia punibili anche quando autore e vittima possiedono la stessa nazionalità, ma la vittima non riceve più la protezione del suo Stato d’origine o della parte in conflitto che la tiene prigioniera (p. es. minoranze etniche); cfr. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999, §§ 164 segg.; confermata in ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic e Martinovic*, IT-98-34-T, sentenza del 31 marzo 2003, § 207.

²⁴¹ Cfr. anche ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, decisione del 2 ottobre 1995, §§ 80 segg.

servizio nelle sue forze armate; all'interno del proprio territorio lo Stato ha tuttavia il diritto di reclutare nelle sue forze armate i propri cittadini.

In base all'attuale convinzione giuridica internazionale e della prassi relative al campo d'applicazione delle "gravi violazioni" delle Convenzioni di Ginevra del 1949, l'articolo 264^{quater} AP-CP non dovrebbe essere automaticamente applicabile anche ai conflitti armati interni a uno Stato. Secondo il capoverso 2 dell'articolo 264^{quater} AP-CP, le fattispecie del capoverso 1 sono pertanto applicabili nell'ambito di un conflitto armato interno unicamente nella misura in cui i reati sono diretti contro una persona o un bene protetti dal diritto internazionale umanitario²⁴². La nozione di "gravi violazioni" non viene tuttavia applicata automaticamente alle situazioni proprie ai conflitti armati interni. È piuttosto l'essenza di queste "gravi violazioni" punibili nei conflitti internazionali che le rende sanzionabili, per ragioni umanitarie, anche nei conflitti interni²⁴³. Tali violazioni sono previste anche dall'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra nonché dagli articoli 4 capoverso 2 e 17 PA II.

2.1.5.2.3 Articolo 264^{quinquies} – articolo 264^{decies} AP-CP (Altri crimini di guerra)

La base legale di diritto internazionale delle fattispecie dei crimini contenute negli articoli 264^{quinquies} – 264^{decies} AP-CP è costituita dalla Convenzione dell'Aia e dichiarazioni del 1899 e 1907, dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dai loro due Protocolli addizionali dell'8 giugno 1977 nonché dal diritto internazionale consuetudinario. Il divieto dei crimini di guerra previsto dal diritto internazionale consuetudinario è importante soprattutto nell'ambito dei conflitti armati interni, poiché diverse convenzioni tra quelle menzionate non avevano ancora previsto l'applicazione delle loro disposizioni nell'ambito di conflitti interni. A differenza dell'articolo 264^{quater} AP-CP, alcune delle disposizioni menzionate non si propongono di proteggere soltanto civili e persone che non partecipano più alle ostilità, ma anche i combattenti che non si sono né arresi né si trovano fuori combattimento.

Le seguenti categorie di crimini sono strutturate in funzione dei beni giuridici protetti e del tipo di violazione:

- attacchi contro persone e oggetti civili (art. 264^{quinquies} AP-CP);
- violazione della dignità umana e dell'integrità fisica e sessuale (art. 264^{sexies} AP-CP);
- reclutamento o impiego nelle ostilità di bambini minori di quindici anni (art. 264^{septies} AP-CP);

²⁴² Si tratta dei membri delle forze armate e dei combattenti nemici che hanno deposto le armi o che sono stati messi fuori combattimento ("*hors de combat*") a causa di malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa, nonché della popolazione civile e del personale medico e religioso che non partecipano direttamente alle ostilità.

²⁴³ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, decisione del 2 ottobre 1995, § 126.

- metodi vietati di condotta bellica (art. 264^{octies} AP-CP);
- impiego di armi proibite (art. 264^{novies} AP-CP);
- rottura di un armistizio o della pace, reati contro un parlamentario, ritardo nel rimpatrio di prigionieri di guerra (art. 264^{decies} AP-CP);
- altre violazioni del diritto internazionale nel contesto di conflitti armati (art. 264^{undecies} AP-CP).

2.1.5.2.3.1 Articolo 264^{quinquies} AP-CP (Attacchi contro persone e oggetti civili)

In guerra, la regola principale riguarda la protezione della popolazione civile e delle persone non direttamente coinvolte nel conflitto armato. Occorre altresì proteggere gli oggetti civili non impiegati a scopi militari. Gli attacchi intenzionali contro la popolazione civile (art. 264^{quinquies} cpv. 1 lett. a AP-CP) costituiscono gravi crimini di guerra. Un attacco contro la popolazione e gli oggetti civili non può nemmeno essere giustificato come rappresaglia, considerata inammissibile ai sensi del diritto internazionale consuetudinario²⁴⁴. Conformemente al pertinente articolo dello Statuto di Roma (art. 8 cpv. 2 lett. b numeri i e ii) e ai relativi “elementi dei crimini”, queste fattispecie (come quelle relative all’art. 264^{quinquies} cpv. 1 lett. c AP-CP) non si riferiscono a un reato di evento, ma di messa in pericolo. L’atto punibile non consiste in un pregiudizio arrecato a persone o oggetti civili, bensì nel fatto di muovere un attacco. Un attacco diretto contro persone od oggetti civili che non va a segno non costituisce quindi un semplice tentativo, ma un crimine di guerra compiuto.

Una particolare espressione di tale protezione assoluta della popolazione e degli oggetti civili da attacchi intenzionali è rappresentata dalla protezione di personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell’ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità con la Carta delle Nazioni Unite (art. 264^{quinquies} cpv. 1 lett. c AP-CP). La designazione esplicita di simili attacchi in quanto crimini di guerra, operata per la prima volta dallo Statuto di Roma, è la conseguenza della particolare vulnerabilità del personale impiegato nelle missioni di soccorso umanitario o di mantenimento della pace. In molti casi queste persone non possono contare sulla protezione dello Stato sul cui territorio sono impegnate o dello Stato d’occupazione. Un esempio recente è l’attacco portato al quartier generale dell’ONU in Iraq il 19 agosto 2003, che ha causato tra l’altro la morte dell’inviato speciale dell’organizzazione, Sergio Vieira de Mello. Sono escluse dall’ambito di protezione di questa disposizione le missioni ONU il cui mandato prevede non soltanto il mantenimento, ma anche l’imposizione della pace con la forza, o le missioni che hanno assunto caratteristiche simili. Le unità che

²⁴⁴ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, sentenza del 14 gennaio 2000, § 515 e §§ 527 segg.; cfr. anche art. 51 cpv. 6 e art. 52 cpv. 1 Protocollo I.

compongono tali missioni acquisiscono lo statuto di combattenti e non sono più considerate come persone protette secondo il diritto internazionale umanitario²⁴⁵.

Costituiscono inoltre crimini di guerra, secondo l'articolo 264^{quinquies} capoverso 1 AP-CP, gli attacchi ai danni di città, villaggi, abitazioni, edifici indifesi o zone smilitarizzate che non rappresentano obiettivi militari (lett. d). È punibile anche l'attacco contro edifici, materiale, unità, personale o mezzi sanitari che impiegano, in conformità con il diritto internazionale, un emblema distintivo o un altro metodo d'identificazione che conferiscono una protezione nell'ambito delle Convenzioni di Ginevra e del Protocollo aggiuntivo. La mancanza di un distintivo su tali oggetti o persone non è decisiva per la realizzazione della fattispecie, se l'autore dell'attacco ha riconosciuto il loro carattere protetto anche senza i rispettivi emblemi (ad esempio un ospedale da campo) (lett. e). La lettera f comprende gli attacchi contro beni culturali, personale a cui è affidata la protezione di beni culturali, veicoli adibiti al trasporto di beni culturali, edifici dedicati al culto religioso, all'educazione, alla scienza o a scopi umanitari, o luoghi in cui sono riuniti malati e feriti. In tutti i casi deve trattarsi di un attacco diretto intenzionalmente contro queste persone od oggetti. Una fattispecie simile è già prevista dal vigente articolo 111 CPM.

2.1.5.2.3.2 Articolo 264^{sexies} AP-CP (Violazione della dignità umana e dell'integrità fisica e sessuale)

Secondo il diritto internazionale umanitario, la violazione della dignità umana, e in particolare il trattamento umiliante o degradante (art. 264^{sexies} cpv. 1 lett. a AP-CP), va considerato crimine di guerra se il reato era di tale gravità che ogni persona ragionevole lo qualificherebbe di grave attacco alla dignità umana²⁴⁶. Per valutare la gravità dell'umiliazione o del trattamento degradante occorre applicare un criterio oggettivo e personalizzato. Se da un lato la vittima non doveva per forza rendersi conto del trattamento umiliante o degradante, dall'altro non è nemmeno possibile prendere in considerazione ogni minima sensibilità di una persona. Occorre inoltre tener conto del contesto culturale in cui è inserita la vittima²⁴⁷. In ogni caso, la dignità umana è violata per il semplice fatto che a una persona non sia riconosciuta la qualità di essere umano²⁴⁸. La giurisprudenza del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia considera violazioni della dignità umana tra l'altro il fatto di costringere

²⁴⁵ Questa distinzione viene operata anche all'articolo 2 paragrafo 2 della Convenzione del 9 dicembre 1994 sulla sicurezza del personale delle Nazioni Unite e personale attribuito, entrata in vigore il 15 gennaio 1999, ma non sottoscritta dalla Svizzera.

²⁴⁶ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 e IT-96-23/1-A, sentenza del 12 giugno 2002, §§ 161 seg.

²⁴⁷ Cfr. nota 49 relativa al n. 2 dell'art. 8 cpv. 2 cifra xxi degli "elementi dei crimini" della CPI, loc. cit., pag. 143.

²⁴⁸ Messaggio del 2 marzo 1992 concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale, FF **1992** III 217.

prigionieri di guerra a ballare nudi su un tavolo o a espletare i loro bisogni fisiologici nei propri vestiti.

Sono inoltre punibili secondo l'articolo 264^{sexies} capoverso 1 lettera b AP-CP le violazioni dell'integrità fisica di una persona (in particolare le mutilazioni), come gli esperimenti medici o scientifici che non corrispondono né agli standard medici né sono eseguiti nel suo interesse. Ad esempio, è pure punibile chi esegue un'operazione inutile che sfigura durevolmente la vittima anche senza danneggiarne la salute.

L'articolo 264^{sexies} capoverso 1 lettera c AP-CP punisce inoltre le gravi violazioni del diritto all'autodeterminazione sessuale di una persona. Si tratta dello stupro, della schiavitù sessuale, di atti analoghi alla violenza carnale e delle altre forme di abuso sessuale di gravità paragonabile, della prostituzione, gravidanza o sterilizzazione forzate. Poiché queste fattispecie sono identiche a quelle previste nell'ambito dei crimini contro l'umanità, si rinvia alle considerazioni fatte in tale contesto²⁴⁹.

2.1.5.2.3.3 Articolo 264^{septies} AP-CP (Reclutamento o impiego nelle ostilità di bambini minori di quindici anni)

È punibile per crimine di guerra secondo l'articolo 264^{septies} AP-CP chi recluta bambini di età inferiore a quindici anni, li arruola nelle forze armate o in gruppi armati o li fa in altro modo partecipare attivamente alle ostilità o al sostegno attivo di truppe coinvolte nelle ostilità. L'autore è punibile anche se, avendo omesso di verificare l'età dei bambini, accetta il fatto che possano essere minori di quindici anni.

In questo contesto va segnalato che la Svizzera, in occasione della ratifica del Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo relativo alla partecipazione di fanciulli a conflitti armati²⁵⁰, ha dichiarato che l'età minima per l'arruolamento di volontari nelle sue forze armate nazionali è di 18 anni. L'ordine giuridico svizzero è stato adeguato in tal senso²⁵¹. Nonostante sia auspicabile un innalzamento dell'età minima anche per la fattispecie corrispondente relativa ai crimini di guerra, attualmente occorre partire dal presupposto che un'età minima più elevata non ha ancora acquisito il livello di diritto internazionale consuetudinario. Sulla base del principio dell'universalità, non è pertanto ancora possibile imporre la tutela dei minori di 18 anni in un procedimento penale svizzero relativo al reclutamento di fanciulli all'estero. Per il momento, pertanto, la fattispecie va formulata nel CP e nel CPM in base all'età minima più bassa prevista dall'articolo 8 capoverso 2 lettera b numero xxvi dello Statuto di Roma.

²⁴⁹ N° 2.1.4.2.3.8 e n. 2.1.4.2.3.3.

²⁵⁰ RS **0.107.1**. Il Protocollo facoltativo è entrato in vigore per la Svizzera il 26 luglio 2002.

²⁵¹ Cfr. art. 7 cpv. 2 del Codice penale militare (RS **510.10**), art. 8 dell'ordinanza sul reclutamento (RS **511.11**), art. 45 dell'ordinanza concernente l'obbligo di prestare servizio militare (RS **512.21**).

2.1.5.2.3.4 Articolo 264^{octies} AP-CP (Metodi vietati di condotta bellica)

Secondo l'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera a AP-CP, un attacco è considerato un crimine di guerra se l'autore sa o deve presumere che esso potrà avere come conseguenza la morte o il ferimento di civili, il danneggiamento di beni civili o danni estesi, duraturi e gravi all'ambiente naturale, e se tali conseguenze sono eccessive rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti. Sulla base del Protocollo aggiuntivo I del 1977²⁵², questa disposizione è applicabile sia ai conflitti armati internazionali che, conformemente al diritto internazionale consuetudinario, ai conflitti armati interni. A differenza dell'articolo 264^{quinquies} capoverso 1 lettere a e b AP-CP, l'attacco ai sensi dell'articolo 264^{octies} AP-CP non è punibile perché diretto intenzionalmente contro persone od oggetti civili, ma perché l'autore agisce malgrado sia consapevole che tale attacco comporterà un pregiudizio sproporzionato ai danni di persone, a oggetti civili o all'ambiente (i cosiddetti "danni collaterali" causati nel corso di attacchi indiscriminati). È inoltre punibile anche un attacco contro costruzioni e impianti contenenti agenti pericolosi che, se sprigionati, danneggerebbero persone od oggetti civili o l'ambiente²⁵³. Dal profilo soggettivo, al momento dell'attacco l'autore deve essere a conoscenza delle circostanze da cui si deve dedurre la sproporzione tra il vantaggio militare atteso e i danni civili previsti²⁵⁴. Se le informazioni a disposizione, oggettivamente sufficienti, portano a una valutazione sbagliata del carattere proporzionato o sproporzionato di un attacco, l'intenzionalità non è esclusa a priori e va valutata secondo le regole generali sull'errore.

Il crimine di guerra relativo al trasferimento di persone civili o lo sfruttamento della loro presenza per evitare che taluni siti, zone o forze militari divengano il bersaglio di operazioni militari (art. 264^{octies} cpv. 1 lett. b AP-CP) riguarda il cosiddetto divieto degli «scudi umani». Il colpevole non si rende punibile solo se sfrutta la presenza di persone protette (ad esempio i civili), ma anche se proprio a tal scopo le trasferisce in un altro luogo. Tuttavia, con questa fattispecie si contempla anche il modo di procedere inverso, quando unità militari o pezzi d'armamento vengono trasportati intenzionalmente nelle vicinanze di civili o di altre persone protette (p. es. vicino a convogli di profughi), per porli al riparo da eventuali attacchi. Rientra inoltre in detta fattispecie non solo l'impiego di uno scudo umano per proteggere un bersaglio militare da attacchi, ma anche l'abuso della presenza di civili per proteggere, promuovere o impedire azioni belliche²⁵⁵.

Un altro metodo vietato di condotta bellica è rappresentato dall'affamamento della popolazione civile (art. 264^{octies} cpv. 1 lett. c AP-CP). La nozione di "affamamento", ai

²⁵² RS **0.518.521**. Cfr. art. 35 n. 3, art. 51 n. 4 e 5, art. 55 n. 1 nonché art. 85 n. 3 lett. b e c del Protocollo I.

²⁵³ Cfr. art. 85 cpv. 3 lett. c PA I.

²⁵⁴ La riserva svizzera all'articolo 57 Protocollo I prevede pure un riferimento alle informazioni a disposizione dell'autore al momento dell'attacco. La limitazione della responsabilità agli alti graduati va interpretata tenendo conto che è compatibile con gli obblighi della Svizzera derivanti dallo Statuto di Roma. La Svizzera sta attualmente valutando l'opportunità di ritirare la riserva.

²⁵⁵ Cfr. n. 2 dell'art. 8 cpv. 2 cifra xxiii degli «elementi dei crimini» della CPI, loc. cit., pag. 146.

sensi dell'articolo 8 capoverso 2 lettera b cifra xxv dello Statuto di Roma, non va compresa soltanto in senso letterale. Essa non comprende unicamente il fatto di privare la popolazione di alimenti, ma anche quello di negare ai civili beni indispensabili alla loro sopravvivenza (come i medicinali) o di impedire l'invio di soccorsi in violazione del diritto internazionale umanitario²⁵⁶. Perché la fattispecie sia realizzata non occorre che gli atti di affamamento causino la morte di una o più persone. Come risulta anche dagli elementi dei crimini in relazione all'articolo 8 capoverso 2 lettera b cifra xxv dello Statuto di Roma, è sufficiente che l'autore, come metodo di guerra, privi i civili dei beni indispensabili alla loro sopravvivenza.

Secondo l'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera d AP-CP, è punibile chiunque uccide o ferisce un combattente nemico che si è arreso o che si trova per altri motivi fuori combattimento ("*hors de combat*"). Le vittime comprendono anche i combattenti già feriti e i prigionieri di guerra. Il vigente articolo 112 CPM prevede una fattispecie corrispondente.

Il crimine di guerra dell'omicidio o del ferimento proditorio o sleale (art. 264^{octies} cpv. 1 lett. e AP-CP) consiste nel far perfidamente credere al nemico che ha diritto di ricevere o l'obbligo di accordare la protezione del diritto internazionale umanitario. L'autore agisce con l'intento di abusare della buona fede della vittima²⁵⁷. Il particolare elemento colposo di questo crimine consiste nel fatto che, abusando delle norme di protezione del diritto internazionale umanitario, vi è il rischio che in futuro tali norme non vengano più rispettate nemmeno dal nemico. Non sono così proibiti i cosiddetti "stratagemmi bellici", che fuorviano un avversario o lo inducono ad agire in modo imprudente, ma che non violano alcuna regola del diritto internazionale applicabile nei conflitti armati e non celano perfidia, poiché non fanno credere alla parte avversa di poter fare affidamento sulla protezione garantita da questo diritto²⁵⁸.

Il crimine di guerra che consiste nel rifiutare di concedere la clemenza (art. 264^{octies} capoverso 1 lettera g AP-CP) punisce il fatto di impartire l'ordine di non lasciare in vita nessuno o di minacciare il nemico di condurre le ostilità in tal senso.

La fattispecie prevista all'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera h AP-CP protegge la proprietà privata o pubblica dal saccheggio. Non sono punibili unicamente le azioni individuali di saccheggio su iniziativa di singoli soldati, bensì anche lo sfruttamento economico sistematico di territori occupati²⁵⁹. È punibile unicamente il saccheggio effettuato per uso privato o personale, mentre è ammessa l'appropriazione di proprietà altrui giustificata dalle esigenze del conflitto armato. Il saccheggio è punibile

²⁵⁶ Cfr. anche art. 54 Protocollo I.

²⁵⁷ Come esempi di metodi perfidi di condotta bellica, l'articolo 37 n. 1 Protocollo I menziona i seguenti atti: simulare l'intenzione di negoziare sotto la copertura della bandiera di parlamentare, o simulare la resa; simulare una incapacità dovuta a ferite o malattia; simulare di avere lo status di civile o di non combattente; simulare di avere uno status protetto facendo uso di segni, emblemi o uniformi delle Nazioni Unite, di Stati neutrali o di altri Stati non Parti in conflitto.

²⁵⁸ L'art. 37 n. 2 del Protocollo I menziona gli esempi di tali stratagemmi: mascheramenti, inganni, operazioni simulate e false informazioni.

²⁵⁹ Cfr. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*, IT-96-21-T, sentenza del 16 novembre 1998, §§ 587 segg.

già secondo l'articolo 139 dell'attuale CPM e il diritto vigente prevede la sua applicazione in tempo di guerra anche alle persone che non posseggono la nazionalità svizzera²⁶⁰. La nuova fattispecie comprende anche la cosiddetta "rapina di guerra" ai danni di feriti o malati sul campo di battaglia, analogamente a quanto prevede il vigente articolo 140 CPM. Le ulteriori varianti della fattispecie previste dall'articolo 140 CPM e dal vigente articolo 112 capoverso 2 CPM, relative alla mutilazione di caduti in combattimento, sono comprese dall'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera f AP-CP.

L'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera i AP-CP punisce chiunque abusa intenzionalmente della bandiera bianca, della bandiera, delle insegne militari o dell'uniforme del nemico o delle Nazioni Unite, degli emblemi distintivi delle Convenzioni di Ginevra e dei loro Protocolli (ad esempio la Croce Rossa e la Mezzaluna Rossa, gli emblemi di protezione dei beni culturali) o di altri emblemi e metodi di protezione riconosciuti, in violazione del diritto internazionale umanitario. Il vigente articolo 110 CPM prevede già una fattispecie corrispondente. In tutti questi casi l'autore agisce con l'intento di abusare della fiducia che il nemico ripone in tali emblemi, al fine di commettere atti ostili. In conformità con il vigente articolo 110 CPM, ma a differenza delle pertinenti disposizioni dello Statuto di Roma e del PA I, secondo l'avamprogetto ogni tipo di uso illecito di tali emblemi di protezione, bandiere e uniformi è in sé proibito già in quanto violazione del diritto internazionale umanitario. La punibilità non viene fatta dipendere dalla conseguente uccisione o ferimento di una persona. Già soltanto l'abuso di tali distintivi comporta il rischio che in futuro l'uso illecito possa ripetersi. Se in seguito all'abuso di simili distintivi o emblemi una persona viene uccisa o ferita, si realizzerebbe la fattispecie prevista dall'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera h AP-CP.

Secondo l'articolo 264^{octies} capoverso 1 lettera j AP-CP, è punibile chi, in qualità di appartenente a una forza di occupazione, trasferisce nel territorio occupato una parte della propria popolazione civile. Questo divieto mira in particolare a impedire la colonizzazione dei territori occupati, che può comportare gravi conseguenze economiche ed esistenziali per la popolazione originaria.

2.1.5.2.3.5 Articolo 264^{novies} AP-CP (Impiego di armi proibite)

La fattispecie relativa all'impiego di veleno o di armi velenose (art. 264^{novies} cpv. 1 lett. a AP-CP) concerne le sostanze o le armi il cui utilizzo sprigiona tali sostanze.

Secondo l'articolo 264^{novies} capoverso 1 lettera b AP-CP, costituisce un crimine di guerra l'impiego di armi biologiche e chimiche, compreso l'utilizzo di gas o liquidi asfissianti, tossici o simili oppure di materie o procedimenti con effetti analoghi²⁶¹. La

²⁶⁰ Art. 4 cpv. 2 CPM; cfr. in merito anche Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berna 1983, art. 140, pag. 406 n. 4.

²⁶¹ Questa fattispecie non si applica invece all'impiego di sostanze chimiche tossiche e ai loro derivati, quali gas lacrimogeni o spray al pepe, impiego che non avviene in quanto metodo di condotta bellica, ma nell'ambito di interventi di polizia o di interventi analoghi finalizzati alla tutela dell'ordine pubblico nel contesto di missioni di mantenimento della pace.

proibizione dell'utilizzo di simili armi di distruzione di massa poggia sui principi fondamentali del diritto internazionale umanitario, secondo i quali è illegale impiegare armi nonché mezzi e metodi di condotta bellica che, a causa degli effetti che sono in grado di produrre, non possono fare distinzione tra civili e combattenti, possono provocare ferite eccessive e sofferenze inutili o arrecare danni gravi e permanenti all'ambiente. Lo Statuto di Roma non contiene alcun divieto totale dell'impiego delle armi biologiche e chimiche²⁶². Sullo sfondo di questa lacuna vi è una controversia, ancora in sospeso al momento dell'emanazione dello Statuto di Roma, tra le potenze nucleari da un lato, che volevano criminalizzare soltanto le armi biologiche e chimiche, e un gruppo di altri Stati, favorevoli a un divieto delle armi atomiche previsto dal diritto penale, ma che si riservano la possibilità, in caso di guerra, di reagire a un attacco nucleare utilizzando armi biologiche e chimiche. Per non compromettere la completezza dello Statuto di Roma, si è infine giunti a un compromesso, rinunciando a pronunciare espressamente un divieto totale delle armi cosiddette ABC. L'impiego di armi biologiche e chimiche è tuttavia vietato da pertinenti accordi internazionali²⁶³.

La fattispecie relativa all'impiego di proiettili proibiti nell'ambito di conflitti armati (art. 264^{novies} cpv. 1 lett. c AP-CP) concerne i proiettili che si espandono o si appiattiscono all'interno del corpo umano, causando ferite inutili (i cosiddetti proiettili „dum-dum“).

L'articolo 264^{novies} capoverso 1 lettera d AP-CP costituisce una fattispecie completa che, nell'ambito di conflitti armati, punisce l'impiego di proiettili e materiali con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie o che, per loro natura, colpiscono in modo indiscriminato persone civili e militari, in violazione del diritto internazionale umanitario²⁶⁴. Tali proiettili o materiali devono essere oggetto di un divieto totale sancito dal diritto internazionale pubblico o il loro impiego deve violare in modo chiaro i principi fondamentali del diritto internazionale umanitario. Oggetto di un tale divieto sono ad esempio le armi il cui effetto principale è quello di ferire con schegge che non possono essere localizzate nel corpo umano mediante raggi X²⁶⁵, e le armi laser accecanti la cui unica funzione è di procurare la cecità permanente²⁶⁶. Di regola anche l'impiego di armi atomiche viola chiaramente i

²⁶² L'art. 8 cpv. 2 lett. b cifra xviii comprende unicamente le fattispecie contemplate dal Protocollo di Ginevra del 1925, RS **0.515.105**.

²⁶³ Vedi Convenzione del 10 aprile 1972 che vieta la messa in punto, la fabbricazione e lo stoccaggio delle armi batteriologiche (biologiche) e a tossine e che disciplina la loro distruzione (RS **0.515.07**) e Convenzione del 13 gennaio 1993 sulla proibizione dello sviluppo, produzione, immagazzinaggio ed uso di armi chimiche e sulla loro distruzione (RS **0.515.08**). Cfr. art. 7 della legge federale del 13 dicembre 1996 sul materiale bellico (LMB; RS **514.51**).

²⁶⁴ Per l'importanza del bando di simili armi, cfr. anche il messaggio concernente l'emendamento del 21 dicembre 2001 all'articolo 1 della Convenzione del 10 ottobre 1980 sul divieto o la limitazione dell'impiego di talune armi classiche che possono essere ritenute capaci di causare effetti traumatici eccessivi o di colpire in modo indiscriminato, FF **2003** 3045.

²⁶⁵ Protocollo relativo alle schegge non localizzabili (allegato alla Convenzione sulle armi classiche), RS **0.515.091**).

²⁶⁶ Protocollo relativo alle armi laser accecanti, RS **0.515.091.1**.

principi fondamentali del diritto internazionale umanitario²⁶⁷. Almeno per il momento, il diritto internazionale non sancisce invece un divieto completo dell'impiego di mine antiuomo, anche se un crescente numero di Stati ha ratificato la Convenzione di Ottawa, vietando in modo esteso l'uso di tali mine²⁶⁸.

L'articolo 264^{novies} capoverso 1 lettera d AP-CP si basa sull'articolo 8 capoverso 2 lettera b cifra xx dello Statuto di Roma. La particolarità di questa disposizione è che la CPI può esercitare la sua giurisdizione soltanto a condizione che tali armi, proiettili, materie e metodi di guerra siano oggetto di un divieto d'uso generalizzato e rientrino tra quelli elencati in un allegato annesso allo Statuto, adottato attraverso un emendamento di quest'ultimo. Tale allegato potrà essere adottato al più presto nel 2009, in occasione della prima Conferenza di revisione dello Statuto²⁶⁹. In vista di questa Conferenza, il Consiglio federale intende sostenere gli sforzi per la stesura di un elenco di armi, proiettili, materie e metodi di combattimento contrari al diritto internazionale.

2.1.5.2.3.6 Articolo 264^{decies} AP-CP (Rottura di un armistizio o della pace)

Le lettere a e b dell'articolo 264^{decies} capoverso 1 AP-CP corrispondono al vigente articolo 113 CPM, mentre la lettera c (reati contro un parlamentario) corrisponde al vigente articolo 114 CPM. La fattispecie del ritardo ingiustificato nel rimpatrio di prigionieri di guerra dopo la fine delle ostilità attive (lett. d) rappresenta una grave violazione del Protocollo aggiuntivo I del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949²⁷⁰ ed è punibile come crimine di guerra.

2.1.5.2.3.7 Articolo 264^{undecies} AP-CP (Altre violazioni del diritto internazionale nel contesto di conflitti armati)

Come rilevato in precedenza²⁷¹, l'approccio dell'avamprogetto, per quel che riguarda l'attuazione nell'ordinamento giuridico interno del diritto penale internazionale vincolante, poggia su due pilastri. Innanzitutto il principio della legalità in ambito penale deve nel limite del possibile essere messo in pratica in modo ottimale, in modo che ogni singolo cittadino possa rendersi conto con chiarezza della punibilità delle violazioni del diritto internazionale. Nella legge vengono espressamente inseriti i

²⁶⁷ Cfr. il parere dell'8 luglio 1996 della Corte internazionale di giustizia sulla legalità della minaccia dell'impiego di armi nucleari e l'impiego delle stesse (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons).

²⁶⁸ Cfr. Convenzione del 18 settembre 1997 sul divieto dell'impiego, del deposito, della fabbricazione e del trasferimento delle mine antiuomo e sulla loro distruzione (RS **0.515.092**).

²⁶⁹ Cfr. art. 121 e 123 dello Statuto di Roma.

²⁷⁰ Cfr. art. 85 cpv. 4 lett. b PA I.

²⁷¹ Cfr. n. 1.3.1.2.1.

crimini di guerra per il giudizio dei quali la CPI ha una competenza sussidiaria. In secondo luogo occorre assicurarsi che siano punibili secondo il diritto svizzero anche i crimini di guerra nuovi, più rari o meno gravi, anche se non sono previsti espressamente dalla legge ma vengono regolati nel diritto internazionale pubblico²⁷².

In base alla clausola generale dell'articolo 264^{undecies} AP-CP, che corrisponde a quella del vigente articolo 109 CPM, in Svizzera sono punibili anche altre violazioni del diritto internazionale umanitario, non comprese dagli articoli 264^{quater}-264^{decies} AP-CP. Il presupposto è che la violazione dei rispettivi divieti sia dichiarata punibile da una convenzione internazionale vincolante per la Svizzera, dal diritto internazionale consuetudinario o dallo statuto di un tribunale penale internazionale la cui competenza è riconosciuta come vincolante dalla Svizzera.

Con l'introduzione di una simile fattispecie completiva nel CP e con il suo mantenimento nel CPM vengono realizzati due obiettivi: in primo luogo si garantisce che in Svizzera venga mantenuta la punibilità degli atti contrari al diritto internazionale commessi nell'ambito di un conflitto armato, il cui contenuto colposo è diverso da quello delle norme penali menzionate in precedenza, e questo evitando di ampliare eccessivamente la legge penale con l'introduzione di queste fattispecie. Una codificazione completa ed esaustiva dei divieti del diritto internazionale umanitario sarebbe inoltre enormemente dispendiosa, potrebbe creare doppioni, e non potrebbe nemmeno garantire che tutti i comportamenti punibili siano presi in considerazione.

In secondo luogo, l'articolo 264^{undecies} AP-CP può essere applicato a tutti gli accordi futuri e adattarsi all'evoluzione del diritto consuetudinario, senza rendere necessari emendamenti legislativi in ogni singolo caso. In tal modo la Svizzera può garantire una certa flessibilità nell'applicazione delle norme di diritto penale internazionale.

2.1.5.3 Pene

I crimini di guerra menzionati dallo Statuto di Roma e che hanno ispirato la scelta delle fattispecie introdotte nel CP e nel CPM sono considerati tra i reati più gravi nell'ambito dei crimini motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. Ciò giustifica la comminazione di principio della pena massima, ossia la reclusione a vita, per la commissione di simili crimini, o alternativamente di una pena detentiva di durata limitata. Non va d'altronde dimenticato che le violazioni del diritto internazionale umanitario non hanno sempre lo stesso contenuto colposo. Vengono quindi talvolta proposte comminatorie differenziate, in funzione della gravità del reato commesso. Come nello Statuto, a causa della gravità dei crimini in questione si prevedono soltanto pene privative della libertà. Queste comminatorie penali sono in alcuni casi superiori a quelle previste per i crimini "ordinari" del CP: ciò è dovuto al fatto che le situazioni in cui i crimini di guerra vengono commessi facilitano la

²⁷² Si è in tal senso rinunciato a riprendere espressamente nel CP e nel CPM l'art. 8 cpv. 2 lett. b cifra xiv dello Statuto, che ricalca la vecchia formulazione dell'articolo 23 lett. h del Regolamento della Convenzione IV dell'Aia del 1907.

perpetrazione del reato da parte dell'autore e rendono più ardua la difesa da parte della vittima. È il caso in particolare dei crimini commessi in modo collettivo.

2.1.6 Titolo dodicesimo^{quater} AP-CP (Disposizioni comuni)

In quanto crimini capitali, il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra possiedono diverse caratteristiche che rendono necessaria una regolamentazione specifica. Tuttavia, queste normative specifiche non sono applicabili ad altri reati, o lo sono soltanto a certe condizioni: pertanto, invece di inserirle nella Parte generale, si impone una regolamentazione in un titolo comune che segue le rispettive fattispecie speciali. Questa tecnica non costituisce una novità e viene impiegata per regolamentare numerose altre categorie di reati²⁷³.

2.1.6.1 Art. 264^{duodecies} AP-CP (Punibilità dei superiori)

2.1.6.1.1 Fondamenti di diritto internazionale

L'articolo 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 obbliga gli Stati contraenti a rispettare e a far rispettare il diritto internazionale umanitario. Sul piano pratico spetta ai comandanti militari ottemperare a questo obbligo. I comandanti sono tenuti a sorvegliare le truppe che si trovano sotto il loro controllo effettivo e a far sì che queste rispettino le regole del diritto internazionale umanitario²⁷⁴.

Dal 1949 il diritto internazionale si è ulteriormente evoluto e non limita più la responsabilità soltanto ai comandanti militari in senso stretto. Ogni persona, a prescindere dal suo statuto civile o grado militare, può essere resa responsabile di violazioni del diritto internazionale umanitario commesse da subordinati, quando tra tale persona e il sottoposto esiste un effettivo rapporto di subordinazione, nell'ambito del quale il superiore esercita un fattivo potere di comando o di controllo.

Il principio giuridico della punibilità dei superiori è sancito, in parte espressamente e in parte tacitamente, dalle Convenzioni di Ginevra del 1949²⁷⁵ e dal Protocollo I del

²⁷³ Cfr. art. 172, 200 o 322^{octies} CP.

²⁷⁴ Cfr. art. 87 del Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Protocollo I), **RS 0.518.521**.

²⁷⁵ Art. 1 delle quattro Convenzioni di Ginevra (CG) del 1949, art. 4 cpv. 2 CG III e art. 1 Protocollo I.

1977²⁷⁶. È oggi riconosciuto in quanto parte del diritto internazionale consuetudinario²⁷⁷.

Il valore di diritto internazionale consuetudinario di tale principio è stato confermato dall'articolo 28 dello Statuto di Roma, che prevede la responsabilità dei superiori non soltanto in caso di crimini di guerra, ma anche nell'ambito di genocidio e crimini contro l'umanità. L'importanza di questo principio è stata evidenziata anche in numerose sentenze dei Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e il Ruanda, che hanno messo in luce i diversi aspetti del suo campo d'applicazione.

2.1.6.1.2 La responsabilità dei comandanti militari e dei civili

Secondo l'articolo 28 dello Statuto di Roma, occorre distinguere tra quattro tipi di superiori:

- comandante militare con potere effettivo di comando o di controllo sulle truppe (art. 28 lett. a);
- civili che agiscono in qualità di comandanti militari, ossia che hanno potere di comando sulle truppe (art. 28 lett. a);²⁷⁸
- superiori civili che esercitano un potere di comando e di controllo effettivi su unità non militari (art. 28 lett. b). Queste unità possono ad esempio comprendere le autorità civili, i partiti politici o le aziende. I superiori possono essere leader politici, direttori d'azienda o alti funzionari. Queste persone possono tuttavia essere rese responsabili unicamente di reati connessi ai compiti specifici delle rispettive organizzazioni, aziende o autorità²⁷⁹. I crimini commessi per motivi privati al di fuori di tali unità non possono essere imputati ai superiori;
- superiori che ricoprono un grado militare e che, invece di avere una funzione di comandante militare, esercitano un potere di comando e di controllo civili (art. 28 lett. b). Si tratta ad esempio dei capisezione o dei comandanti di circondario nell'ambito dell'amministrazione militare.

In ogni caso, il criterio determinante sul quale si basa la responsabilità dei superiori non è il grado militare, ma l'effettivo potere di comando e di controllo esercitato su

²⁷⁶ Art. 86 e 87 Protocollo I.

²⁷⁷ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al.*, IT-96-21-T, sentenza del 16 novembre 1998, §§ 333 segg. Secondo l'art. 6 cpv. 3 dello Statuto del Tribunale *ad hoc* per il Ruanda, il valore di diritto internazionale consuetudinario si estende anche ai conflitti non internazionali. Anche l'art. 7 cpv. 3 dello Statuto del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia contiene una disposizione sulla responsabilità dei superiori.

²⁷⁸ Cfr. anche ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al.*, IT-96-21-T, sentenza del 16 novembre 1998, §§ 354 segg.; Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, sentenza del 26 febbraio 2001, §§ 416.

²⁷⁹ Anche la responsabilità dell'imprenditore (art. 100^{quater} CP) presuppone la commissione di un reato nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale.

altre persone. In altri termini, la responsabilità dei superiori non può essere esclusa unicamente sulla base dell'assenza di autorità o potere di comando formali²⁸⁰.

Lo Statuto di Roma mette le prime due categorie sullo stesso piano, mentre pone ulteriori condizioni per rendere responsabili i superiori che esercitano un potere di comando e di controllo su subalterni non militari. Questo perché i superiori facenti parte di tale categoria, a differenza dei comandanti militari e delle persone a loro equiparate, non possono beneficiare di un accesso agevolato alle informazioni, non avendo la possibilità di fare affidamento su una struttura gerarchica. Perché i superiori appartenenti alla terza categoria siano responsabili, occorre dimostrare che disponevano di informazioni in grado di richiamare la loro attenzione sull'elevato rischio che i loro subalterni commettevano o si accingevano a commettere crimini, e che malgrado ciò hanno ignorato tali informazioni. Lo stesso vale per i superiori militari attivi in una struttura di comando civile.

2.1.6.1.3 La punibilità dei superiori secondo il diritto svizzero vigente

Il Codice penale svizzero non prevede disposizioni esplicite sulla responsabilità dei superiori. Il diritto svizzero prevede istituti giuridici simili, i cosiddetti "garanti", soprattutto in materia di responsabilità dei genitori per i loro figli come pure per quel che riguarda la "responsabilità del padrone d'azienda" per i reati commessi nell'esercizio dell'attività commerciale e per i reati a essa connessi. Questi casi sono accomunati dal fatto che una persona viene resa penalmente responsabile dei reati commessi da un'altra persona, che avrebbe dovuto essere controllata e sorvegliata dal responsabile; in virtù dell'autorità e dal potere di comando esercitati, il responsabile avrebbe potuto e dovuto evitare la commissione dei reati²⁸¹. L'istituto non scritto della già citata "responsabilità del padrone d'azienda", i cui contorni non sono ancora stati definitivamente chiariti nel dettaglio, non si presta tuttavia ai casi in cui un superiore non sorveglia a dovere le truppe.

Nemmeno il CPM comprende tutte le trasgressioni dei superiori previste dallo Statuto di Roma. L'articolo 18 CPM punisce i superiori militari che impartiscono l'ordine di commettere un reato; i reati comprendono anche le violazioni del diritto internazionale umanitario. Il CPM non regola espressamente nemmeno l'omissione del superiore²⁸², ossia la trasgressione in relazione ai crimini di guerra commessi dai suoi sottoposti²⁸³. Una simile responsabilità può per ora essere fondata unicamente

²⁸⁰ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al*, IT-96-21-T, sentenza del 16 novembre 1998, § 354.

²⁸¹ Cfr. Peter Popp, *Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung*, recht 2003, pag. 21 segg.; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^a ed., Berna 1996, pag. 416 RZ 28 con note; Stefan Trechsel/Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 4^a ed. (1994), pag. 234; Cfr. anche DTF 122 IV 103.

²⁸² Secondo il vigente art. 2 n. 9 CPM, i superiori comprendono anche le persone di condizione civile.

²⁸³ Un'analogia responsabilità del superiore è prevista soltanto dall'art. 139 CPM per la fattispecie del saccheggio.

mediante il rinvio generico dell'articolo 109 CPM alle violazioni del diritto internazionale umanitario, ciò che non è più soddisfacente dal profilo del principio della legalità in materia penale²⁸⁴. L'articolo 109 CPM non comprende tuttavia il genocidio e i crimini contro l'umanità. Per quel che concerne la responsabilità di punire un'infrazione penale o di rivolgersi all'autorità competente, gli articoli 204 e 207 contengono soltanto disposizioni relative al sanzionamento di mancanze disciplinari.

2.1.6.1.4 Il principio giuridico della punibilità del superiore secondo l'articolo 264^{duodecies} AP-CP

Secondo il principio giuridico della responsabilità del superiore gli Stati sono tenuti a prevedere sanzioni penali nel caso in cui un superiore violi l'obbligo di far rispettare il diritto internazionale umanitario. La responsabilità del superiore non nasce in modo causale da ogni crimine commesso da un sottoposto, ma si basa sul principio della colpevolezza in materia di diritto penale. In ogni singolo caso occorre provare che il superiore non ha adempiuto ai suoi obblighi usando la necessaria diligenza, nonostante fosse in grado di usarla. I rispettivi obblighi di agire, così come previsti dal diritto internazionale, risultano dalla posizione che il superiore ricopre rispetto alle persone a lui effettivamente sottoposte. Nel valutare i doveri di diligenza oggettivi occorre in particolare prendere in considerazione il tipo di rapporto di subordinazione, ossia considerare a quale categoria di superiori (cfr. n. 2.1.6.1.2) appartiene l'imputato.

Secondo l'articolo 264^{duodecies} capoverso 1 AP-CP, un comandante militare o chiunque eserciti funzioni analoghe è penalmente responsabile se ha intenzionalmente omesso di impedire la commissione di reati da parte di persone sottoposte al suo controllo effettivo. Dal profilo soggettivo, si presuppone che il comandante sappia che i suoi sottoposti commettono o commetteranno reati che lui avrebbe dovuto e potuto impedire. Un comandante può inoltre essere reso responsabile per aver intenzionalmente omesso di punire l'autore o di adottare le misure opportune al fine di punirlo (come l'annuncio ai superiori o alle autorità competenti) qualora non avesse la competenza di pronunciare sanzioni penali (art. 264^{duodecies} capoverso 2 AP-CP)²⁸⁵. Considerata la colpa lieve, per questa variante della fattispecie va comminata una pena meno severa.

Il superiore non viene punito per il crimine commesso dal sottoposto, ma per non aver ottemperato all'obbligo di impedire la commissione del reato o per aver lasciato l'autore impunito. Pertanto, conformemente al diritto internazionale e all'avamprogetto, è punibile anche il superiore che viola i suoi obblighi per negligenza, omettendo di impedire ai suoi sottoposti di commettere il crimine principale. Dal profilo soggettivo si presuppone che il superiore, sulla base delle informazioni a sua disposizione e delle circostanze, abbia dovuto rendersi conto che i

²⁸⁴ Cfr. in merito n. 1.3.1.1.

²⁸⁵ Cfr. anche ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al*, IT-96-21-T, sentenza del 16 novembre 1998, § 346.

suoi sottoposti commettevano o avrebbero commesso reati penali che lui avrebbe potuto impedire²⁸⁶. In considerazione della lievità della colpa, in caso di negligenza è prevista una pena più mite.

2.1.6.1.5 Delimitazione rispetto ad altre forme di responsabilità dell'autore

La responsabilità penale del superiore sulla base dell'autorità che esercita va distinta da altre forme di responsabilità penale diretta. Nell'ambito di un genocidio, di crimini contro l'umanità e di crimini di guerra, un superiore può essere ritenuto correo (per esempio in qualità di persona che impartisce gli ordini, di pianificatore e organizzatore del crimine), autore mediato (per coazione nei confronti dei sottoposti, per aver ad esempio loro sottaciuto il carattere contrario al diritto internazionale delle armi impiegate, oppure in qualità di colui che mette in atto, in modo per così dire "burocratico", i crimini pianificati da un apparato di potere²⁸⁷), istigatore o complice (in particolare per il sostegno psicologico fornito ai sottoposti in occasione della commissione di un reato).

2.1.6.2 Articolo 264^{terdecies} AP-CP (Commissione di un reato su ordine di un superiore)

Secondo l'articolo 33 dello Statuto di Roma, il fatto di agire in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore civile o militare esonera l'autore dalla sua responsabilità soltanto se sono cumulativamente soddisfatte le tre condizioni

²⁸⁶ In merito alla punibilità della complicità per negligenza in relazione alla commissione intenzionale del reato principale, cfr. anche Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^a ed., Berna 1996, pag. 455 RZ 53 segg. La punibilità della negligenza del superiore non presuppone tuttavia che il reato commesso dal subalterno sia pure punibile per negligenza.

²⁸⁷ Cfr. in merito Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^a ed., Berna 1996, pag. 346 RZ 34 con note, che menziona come esempio gli omicidi di massa pianificati ed eseguiti in modo "burocratico" dal regime nazionalsocialista; per l'intreccio delle responsabilità personali nell'ambito di sistemi criminali, cfr. Hans Vest, *Genozid durch organisierte Machtapparate*, Baden-Baden 2002.

seguenti: l'autore aveva l'obbligo di eseguire gli ordini ricevuti, non sapeva che gli ordini erano illegali e gli ordini non apparivano manifestamente illegali. L'ultima condizione necessita di una precisazione: l'ordine di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità è considerato manifestamente illegale in ogni caso; in materia di crimini di guerra, invece, perché l'autore sia esonerato dalla sua responsabilità è sufficiente che la legge lo obbligasse ad agire e che, in quel caso concreto, ignorasse il carattere manifestamente illegale dell'ordine impartitogli.

Il vigente articolo 18 CPM prevede un motivo di esclusione della colpa fondato sul fatto di agire in esecuzione di un ordine. L'articolo 20 della nuova Parte generale del CPM ²⁸⁸ tiene conto in modo ancora più conseguente del principio di colpevolezza, prescrivendo al giudice di attenuare la pena del sottoposto. L'articolo 264^{terdecies} AP-CP, da introdurre nel CP secondo il presente progetto, precisa questo motivo di esclusione della pena: oltre all'esistenza di un ordine militare o di un ordine civile dotato di analogo effetto vincolante, la disposizione non esige soltanto che l'autore ignorasse il carattere illecito dell'ordine, ma anche che tale carattere illecito non fosse manifesto. Analogamente ai principi applicabili all'errore di diritto, anche per questo motivo di esclusione della colpa occorre mantenere condizioni severe, considerando che l'autore commette reati quali il genocidio, i crimini contro l'umanità o i crimini di guerra. Sempre per ragioni legate al principio della colpevolezza, si rinuncia invece a prevedere esplicitamente nella legge che, in caso di genocidio e crimini contro l'umanità, sia sempre data l'evidenza del carattere illecito dell'ordine.

2.1.6.3 Articolo 264^{quaterdecies} AP-CP (Reati commessi all'estero)

Capoverso 1

Il diritto penale svizzero è già oggi applicabile al genocidio (cfr. art. 264 cpv. 2 CP) e ai crimini di guerra²⁸⁹ commessi all'estero. In entrambi i casi, quando non vi è un nesso con il nostro Paese, la competenza svizzera presuppone che le persone sospette si trovino in Svizzera e non possano essere estradate. Dal giugno 2004, inoltre, per il perseguimento dei crimini di guerra nel CPM è applicabile l'esigenza dello "stretto legame" tra l'autore e la Svizzera²⁹⁰.

Secondo l'avamprogetto, la competenza della Svizzera per il perseguimento penale del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra deve fondarsi in ogni caso sugli stessi presupposti: l'autore deve trovarsi in Svizzera, deve avere uno stretto legame con il nostro Paese e non deve essere passibile di estradizione. La consegna a un tribunale penale internazionale viene equiparata alla possibilità di estradizione a un altro Stato²⁹¹. Si pensi in particolare alla CPI, al Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia e il Ruanda²⁹² e al Tribunale speciale per la Sierra Leone²⁹³. Per

la consegna a un simile tribunale occorre unicamente la presentazione di una relativa richiesta e che la corte sia riconosciuta dalla Svizzera. Non sono riconosciuti dalla Svizzera i tribunali che non offrono garanzie sostanziali per lo svolgimento di processi equi e non garantiscono che le loro richieste soddisfano le precondizioni per un'extradizione e non generano motivi di ricusa²⁹⁴.

A prima vista il perseguimento penale dei crimini contro l'umanità può fondarsi anche sull'articolo 7 capoverso 2 lettera b della nuova Parte generale del CP, introdotto dal Parlamento nell'ambito delle modifiche del CP del 13 dicembre 2003²⁹⁵. Tale disposizione permette, sulla base del principio dell'universalità sussidiaria, di punire anche in Svizzera i crimini particolarmente gravi proscritti dalla comunità giuridica internazionale. I crimini contro l'umanità, in quanto fattispecie di diritto internazionale consuetudinario, rappresentano un tipico esempio di simili reati. Tuttavia, l'articolo 7 capoverso 2 lettera b, in combinato disposto con l'articolo 7 capoverso 1 lettera a, prevede che questi crimini debbano essere punibili anche nel luogo di commissione. Nel giudicare questi crimini va altresì tenuto conto del principio della *lex mitior* (art. 7 cpv. 3 nPG-CP) e del principio relativo alla liquidazione del caso (art. 7 cpv. 4 nPG-CP). Non si giustifica tuttavia un'applicazione illimitata di queste regole generali ai gravi crimini in questione (cfr. *infra* in merito al capoverso 2). Come per il genocidio e i crimini di guerra, occorre pertanto adottare una normativa specifica anche per i crimini contro l'umanità.

Capoverso 2

Il capoverso 2 dell'articolo 264^{quaterdecies} AP-CP, conformemente alla vigente normativa in materia di genocidio, conferma la validità del principio relativo alla liquidazione del caso e del principio del computo del tempo di detenzione, sanciti dall'articolo 6^{bis} numero 2 CP. Tuttavia la legge prevede una riserva, specificando che l'articolo 6^{bis} numero 2 non è applicabile se l'assoluzione, il condono o la prescrizione della pena all'estero sono manifestamente avvenuti unicamente al fine di dispensare ingiustamente l'autore dalla sanzione. Il Parlamento ha già discusso la questione anche nell'ambito della revisione della Parte generale, in occasione del dibattito sull'articolo 7 nPG-CP. Per evitare che l'autore non possa più essere perseguito in Svizzera a causa di una sentenza fittizia estera o di un'assoluzione ingiustificata, nell'articolo 7 capoverso 4 nPG-CP è stato aggiunto²⁹⁶ che la Svizzera

²⁸⁸ Cfr. FF **2003** 2438, non ancora entrato in vigore.

²⁸⁹ Cfr. in merito n. 2.2.2.

²⁹⁰ Per maggiori dettagli, cfr. n. 1.3.2.3.3.

²⁹¹ Modifica del CPM e della PPM del 19 dicembre 2003 (FF **2003** 7137).

²⁹² Cfr. il decreto federale del 21 dicembre 1995 concernente la cooperazione con i tribunali internazionali incaricati del perseguimento penale delle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario, RS **351.20**.

²⁹³ Cfr. l'ordinanza del 12 febbraio 2003 che estende al Tribunale speciale per la Sierra Leone il campo d'applicazione del decreto federale concernente la cooperazione con i tribunali internazionali incaricati del perseguimento penale delle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario, RS **351.201.11**.

²⁹⁴ FF **2003** 723.

²⁹⁵ Cfr. n. 1.3.2.2.

²⁹⁶ Come pure nell'art. 3 cpv. 3, nell'art. 5 cpv. 2 e nell'art. 6 cpv. 3 PG-CP.

rinuncia al perseguimento penale soltanto se la sentenza estera o un'assoluzione non violano in modo crasso i principi della Costituzione federale (Cost.) e della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU)²⁹⁷. Con questa formulazione il Parlamento intendeva mettere in risalto la riserva dell'"*ordre public*" svizzero nell'ambito del riconoscimento di sentenze estere²⁹⁸. Lo scopo principale perseguito dalla Costituzione federale e dalla CEDU è comunque quello di proteggere l'individuo dalle ingerenze dello Stato, piuttosto che di garantire che l'autore di un reato sia punito in modo adeguato. Non è possibile far derivare direttamente dalla Costituzione e dalla CEDU una pretesa a una determinata severità della pena. Anche se non viene menzionato in una legge, l'"*ordre public*" è in ogni caso applicato in quanto principio generale.

Come nel caso delle vigenti disposizioni in materia di genocidio e di crimini di guerra, a causa della gravità dei crimini contro l'umanità non è nemmeno opportuno negare la competenza delle autorità svizzere unicamente perché nello Stato di commissione i reati in questione non sono punibili (si pensi per esempio alla privazione sistematica dei diritti umani nei confronti delle donne da parte dei Talebani). Non si può inoltre escludere totalmente che in futuro un cittadino svizzero commetta un crimine contro l'umanità in un Paese in cui un simile atto non è punibile. Occorre pertanto scongiurare il rischio che si giunga a una dichiarazione d'incapacità della Svizzera ai sensi dell'articolo 17 dello Statuto di Roma, e che la CPI proceda contro un cittadino svizzero sospettato di reato soltanto perché la legislazione lacunosa dello Stato in cui il reato è stato commesso rende impossibile lo svolgersi di un procedimento penale in Svizzera. Anche in materia di crimini contro l'umanità occorre pertanto rinunciare alla condizione della doppia incriminazione²⁹⁹.

Come per le fattispecie del genocidio e dei crimini di guerra, anche per i crimini contro l'umanità commessi all'estero non si applica la disposizione relativa alla validità del diritto eventualmente più mite. Tali fattispecie si riferiscono ai crimini fondamentali del diritto internazionale, il cui sanzionamento adeguato in Svizzera non deve essere eluso grazie a comminatorie penali troppo miti nello Stato di commissione del reato.

2.1.6.4 Art. 264^{quinquiesdecies} AP-CP (Esclusione dell'immunità relativa)

Nell'ambito dell'adesione della Svizzera alla Convenzione sul genocidio, il legislatore ha emanato una normativa che esclude l'applicabilità delle disposizioni sull'immunità relativa dei membri del Parlamento, dei magistrati e degli impiegati della Confederazione in caso di genocidio (cfr. il vigente art. 264 cpv. 3 CP). Nel messaggio il Consiglio federale aveva ritenuto che, considerata la chiara esigenza di

²⁹⁷ RS 0.101.

²⁹⁸ Cfr. Boll. uff. N 2001 540; Boll. uff. S 2001 507.

²⁹⁹ Anche nel caso della presa d'ostaggio ai sensi dell'articolo 185 n. 5, e in futuro in caso di atti sessuali con minori di 14 anni ai sensi dell'art. 5 CP (versione della nuova Parte generale del CP), il CP rinuncia al principio della doppia incriminazione.

repressione espressa dalla Convenzione (art. IV) contro il genocidio perpetrato da “governanti” e “funzionari pubblici”, non fosse giustificato far dipendere un procedimento penale da un permesso che, non essendo emanato da un’autorità giudiziaria, potrebbe essere influenzato da considerazioni politiche³⁰⁰.

Nemmeno l’articolo 27 dello Statuto di Roma prevede immunità o indennità nazionali o internazionali quali motivi di esclusione di una sanzione penale. Tale disposizione stabilisce che lo Statuto si applica a ogni persona in modo uguale, a prescindere dal fatto che si sia agito in veste ufficiale o no. Non ha in particolare alcuna importanza il fatto che la persona in questione sia un capo di Stato o di Governo, un membro dell’Esecutivo o del Parlamento, un rappresentante scelto o un pubblico ufficiale di un Governo. In tal senso lo Statuto di Roma fa suoi i principi di una delle sentenze più indicative pronunciate dal Tribunale militare di Norimberga nei confronti dei maggiori criminali di guerra: più di cinquant’anni fa tale corte aveva già constatato che i crimini non sono commessi dagli Stati, ma dagli individui, i quali non possono appellarsi alla loro immunità e nascondersi dietro alla loro funzione statale³⁰¹. Se la Svizzera chiede alla CPI la consegna di una persona che non possiede la cittadinanza elvetica, e se l’accoglimento di tale richiesta può ledere l’immunità degli Stati o l’immunità diplomatica (art. 98 in relazione con l’art. 27 dello Statuto), il Consiglio federale si pronuncia sulla questione dell’immunità³⁰², su richiesta del Dipartimento federale di giustizia e polizia e dopo che la CPI si è consultata con l’Ufficio centrale istituito dall’Ufficio federale di giustizia³⁰³ secondo l’articolo 6 della legge federale sulla cooperazione con la Corte penale internazionale³⁰⁴. Per determinare se e in che misura esistano immunità nell’ambito dei crimini principali del diritto internazionale, il Consiglio federale tiene conto delle diverse fonti del diritto internazionale.

Il perseguimento penale in Svizzera per crimini contro l’umanità e crimini di guerra³⁰⁵ di membri del Parlamento, magistrati e impiegati della Confederazione non deve essere fatto dipendere da un’autorizzazione preliminare da parte di un’autorità politica. Occorre pertanto levare l’immunità relativa anche per questi casi. Si rinuncia invece, come è già il caso per il genocidio, a levare espressamente l’immunità assoluta, garantita dalla Costituzione, dei membri del Parlamento e del Consiglio federale per quanto da loro espresso all’interno dell’Assemblea federale e in seno alle loro commissioni³⁰⁶.

³⁰⁰ Cfr. il messaggio concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4633.

³⁰¹ Tribunale militare internazionale di Norimberga, sentenza del 30 settembre - 1° ottobre 1946 contro i maggiori criminali di guerra, vol. I, p. 235.

³⁰² Per maggiori particolari, cfr. in merito il messaggio sulla CPI, FF **2001** 375.

³⁰³ Cfr. art. 4 lett. d LCPI.

³⁰⁴ LCPI, RS **351.6**.

³⁰⁵ Oltre agli autori secondo le regole generali del diritto penale, sono compresi anche coloro che si rendono colpevoli di istigazione diretta e pubblica.

³⁰⁶ Secondo l’art. 162 cpv. 1 Cost., in combinato disposto con l’art. 2 LResp., i membri dell’Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere chiamati a rispondere penalmente per quanto da loro asserito in seno ai Consigli e alle Commissioni.

2.1.7 Articolo 340 numero 2 AP-CP (Giurisdizione federale)

Come per il genocidio, occorre sottoporre alla giurisdizione federale³⁰⁷ anche i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. È quindi necessario il relativo adeguamento dell'articolo 340 numero 2 CP³⁰⁸.

2.2 Modifica del Codice penale militare³⁰⁹

Parallelamente alla modifica del CP, sono previsti anche emendamenti al Codice penale militare (CPM). Il nuovo Capo sesto del CPM è intitolato "Reati contro gli interessi della comunità internazionale" e contempla le fattispecie del genocidio (art. 108 AP-CPM) e dei crimini contro l'umanità (art. 109 AP-CPM). Il nuovo Capo sesto^{bis} AP-CPM contiene le norme applicabili ai crimini di guerra (gravi violazioni del diritto internazionale umanitario nel contesto di conflitti armati; art. 110-112^{septies} AP-CPM). Le disposizioni comuni al Capo sesto e sesto^{bis} concernenti la punibilità dei superiori (art. 112^{octies} AP-CPM) sono contenute nel nuovo Capo sesto^{ter} AP-CPM. Le ulteriori modifiche concernono il campo d'applicazione personale del CPM e le nuove norme sulla competenza della giustizia civile e militare (art. 2, 4, 6, 220 e 221 AP-CPM), il campo d'applicazione territoriale (art. 9 cpv. 1^{bis} e 1^{ter} AP-CPM), la commissione di un reato su ordine di un superiore (art. 18 cpv. 2 AP-CPM), le disposizioni sull'imprescrittibilità (art. 56^{bis} AP-CPM), gli atti preparatori punibili (art. 171b cpv. 1 AP-CPM) e la pubblica istigazione al genocidio (art. 171a cpv. 1^{bis} AP-CPM).

2.2.1 Campo d'applicazione personale del Codice penale militare

Secondo l'avamprogetto, i militari dell'esercito svizzero continuano a sottostare alla giurisdizione militare, sia in tempo di pace che in tempo di guerra. Ciò non vale soltanto per la commissione di crimini di guerra, ma anche per il genocidio e i crimini contro l'umanità. In tempo di pace e di guerra, secondo l'articolo 2 capoverso 1 CPM, sono pure sottoposti al diritto penale militare le persone obbligate al servizio militare in Svizzera, durante il loro servizio militare (n. 1) o al di fuori del loro servizio, se commettono un crimine di guerra portando l'uniforme (n. 3). Sottostanno al diritto penale militare anche i funzionari, impiegati ed operai dell'amministrazione militare della Confederazione e dei Cantoni, se compiono atti concernenti la difesa nazionale oppure se portano l'uniforme (n. 2), i militari di professione, i militari a contratto temporaneo, i membri del Corpo delle guardie di confine, nonché le persone che prestano servizio di promovimento della pace ai sensi dell'articolo 66 della legge militare del 3 febbraio 1995, nel corso del servizio o al di fuori di esso, se portano

³⁰⁷ Per i motivi per cui occorre introdurre la giurisdizione federale, cfr. n. 1.3.4.

³⁰⁸ L'attribuzione della competenza alla Confederazione concerne soltanto i procedimenti penali condotti dalle autorità civili. Per la competenza della giustizia militare, cfr. n. 1.3.3.3.

³⁰⁹ RS 321.0.

l'uniforme (n. 6). Secondo il nuovo articolo 2 capoverso 2 CPM, in vigore dal 1° marzo 2004³¹⁰, le persone di cui al capoverso 1 numeri 1, 2, 6, e 7 sono assoggettate al diritto penale militare per tutta la durata del loro impiego all'estero, qualora commettano all'estero un reato ai sensi del presente codice.

In ogni altra situazione, le persone di condizione civile (svizzere e straniere) e i militari stranieri saranno in futuro sottoposti alla giurisdizione civile in caso di commissione di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra³¹¹. Occorre pertanto adeguare le disposizioni vigenti che sottopongono le persone civili (e i militari stranieri) alla giurisdizione militare in caso di commissione di crimini di guerra (art. 6 cpv. 1 e art. 220 n. 1 CPM). La giustizia militare resta applicabile soltanto in caso di crimine commesso all'estero contro un militare svizzero (art. 2 n. 9 AP-CPM).

L'articolo 4 prevede l'estensione dell'applicazione del diritto penale militare ai civili, prigionieri di guerra e parlamentari nemici che commettono determinati crimini in tempo di guerra. L'avamprogetto prevede di completare questo elenco di persone, in modo da sottoporre al diritto penale militare anche i civili e i militari stranieri che in tempo di guerra commettono genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra. Tale competenza integrale della giustizia militare consentirà di applicare criteri unitari in tempo di guerra.

2.2.2 Articolo 9 capoverso 1^{bis} e capoverso 1^{ter} AP-CPM (Condizioni di luogo)

Attualmente i tribunali militari svizzeri possono giudicare i crimini di guerra secondo gli articoli 108 e seguenti CPM, indipendentemente dal fatto che i reati siano stati commessi in Svizzera o all'estero (art. 9 CPM). Consiglio federale, Tribunale federale e dottrina hanno sempre ritenuto che l'obbligo di perseguire cittadini stranieri rei di aver commesso crimini di guerra all'estero presuppone in ogni caso che l'accusato si trovi in Svizzera di sua iniziativa e qui venga arrestato. Un presupposto simile è sancito anche in diverse disposizioni del CP: l'articolo 6^{bis} CP lo prevede ad esempio nella forma di una giurisdizione penale sostitutiva. Sulla base dell'esperienza problematica vissuta dal Belgio, che aveva esteso il campo d'applicazione della sua legge sui criminali di guerra, nel 2003 il Consiglio federale e in seguito il Parlamento avevano provveduto a chiarire la situazione giuridica elvetica³¹². Il Parlamento ha inoltre introdotto il criterio dello "stretto legame" per il perseguimento penale di cittadini stranieri in Svizzera³¹³. Il capoverso 1^{bis} dell'articolo 9 AP-CPM, nella sua formulazione relativa alla competenza della giustizia militare svizzera, applica i nuovi criteri anche per quel che riguarda il genocidio e i crimini contro l'umanità. Tuttavia, poiché l'avamprogetto limita la competenza della giustizia militare in tempo di pace ai

³¹⁰ Legge federale del 3 ottobre 2003 concernente la revisione dell'ordinamento disciplinare (FF **2003** 5887), entrata in vigore il 1° marzo 2004 (RU **2004** 921).

³¹¹ Cfr. anche quanto ritenuto al n. 1.3.3.3.

³¹² FF **2003** 671, 717 segg. nonché FF **2003** 7137.

³¹³ Cfr. in merito n. 1.3.2.3.3.

solamente militari svizzeri, questa modifica ha rilevanza unicamente qualora il nostro Paese dovesse trovarsi coinvolto in un conflitto³¹⁴.

Secondo il nuovo capoverso 1^{ter} dell'articolo 9 AP-CPM, la giustizia militare è inoltre sempre competente quando un militare dell'esercito svizzero è vittima all'estero di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra, se l'autore si trova in Svizzera o se vi è estradato per tali reati e se non può essere estradato all'estero o consegnato a un tribunale penale internazionale.

2.2.3 Articolo 18 capoverso 2 AP-CPM (Commissione di un reato su ordine di un superiore)

Il motivo di esclusione della pena legato all'esecuzione di un ordine impartito da un superiore è già previsto dall'articolo 18 capoverso 2 del vigente CPM (e dall'art. 20 cpv. 2 della nuova Parte generale del CPM). Il presente avamprogetto di legge comporta tuttavia due modifiche, che corrispondono alla disposizione parallela dell'articolo 264^{terdecies} AP-CP³¹⁵. In primo luogo, all'ordine impartito dal superiore vengono equiparati altri ordini di carattere vincolante. In secondo luogo, non è scusabile il fatto di obbedire a un ordine manifestamente illecito.

2.2.4 Articolo 56^{bis} AP-CPM (Imprescrittibilità)

Le modifiche all'articolo 56^{bis} AP-CPM (rispettivamente all'art. 59 nPG-CPM) sono materialmente identiche a quelle dell'articolo 75^{bis} AP-CP (risp. art. 101 nPG-CP). Si rinvia alle pertinenti considerazioni³¹⁶.

2.2.5 Reati contro gli interessi della comunità internazionale

2.2.5.1 Articolo 108 AP-CPM (Genocidio)

L'articolo 108 AP-CPM è materialmente identico all'articolo 264 CP. Per quel che concerne le modifiche apportate nell'ambito del presente avamprogetto di legge al capoverso 1 (definizione di gruppo), si rinvia alle considerazioni fatte in precedenza³¹⁷. Riguardo ai singoli reati e all'intenzionalità dell'autore, si rimanda alle considerazioni contenute nei messaggi sull'adesione alla Convenzione contro il genocidio e sulla ratifica dello Statuto di Roma della CPI³¹⁸. In tempo di pace i militari

³¹⁴ Negli altri casi è competente la giustizia civile (cfr. 1.3.3.3). La competenza soggiace tuttavia alle stesse condizioni alle quali è sottoposta la giustizia militare (cfr. 2.1.6.3).

³¹⁵ Cfr. quanto esposto al n. 2.1.6.2.

³¹⁶ Cfr. n.2.1.1.

³¹⁷ Cfr. n. 2.1.4.1.

³¹⁸ Cfr. messaggio concernente la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio e la relativa revisione del diritto penale, FF **1999** 4621 seg. nonché il messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 412 segg.

svizzeri sottostanno alla giurisdizione militare, indipendentemente dal fatto che il genocidio sia stato commesso all'estero o in Svizzera. Per quel che concerne il campo d'applicazione di questa norma in caso di reati commessi all'estero e in tempo di guerra, si rinvia alla normativa prevista agli articoli 2 numero 9, 9 capoverso 1^{bis} e 4 numero 2 nonché all'articolo 6 AP-CPM³¹⁹.

2.2.5.2 Articolo 109 AP-CPM (Crimini contro l'umanità)

L'articolo 109 AP-CPM è materialmente identico all'articolo 264^{bis} AP-CP. Si rinvia alle considerazioni corrispondenti³²⁰.

2.2.6 Capo sesto^{bis} AP-CPM (Crimini di guerra)

Gli articoli 110 – 112^{septies} AP-CPM sono materialmente identici agli articoli 264^{ter} – 264^{undecies} AP-CP. Si rinvia pertanto alle considerazioni corrispondenti³²¹. Nella misura in cui, nell'ambito della clausola generale dell'articolo 112^{septies} AP-CPM, si rinvia alle violazioni del diritto internazionale umanitario considerate meno gravi, a differenza del CP può essere pronunciata anche una pena disciplinare. In pratica, tuttavia, possono essere considerati casi veramente meno gravi unicamente le scorrettezze nel trattamento di prigionieri di guerra internati o di civili, che verrebbero altrimenti sanzionate con le pene previste dalle fattispecie comuni³²².

Sono state effettuate modifiche redazionali in relazione agli articoli 110 – 114 e 140, il cui tenore è stato integrato nelle nuove disposizioni del presente avamprogetto di legge³²³. Ciò permette di inserire nuove disposizioni al posto degli articoli 110 – 112, mentre gli articoli 113, 114 e 140 CPM restano per il momento liberi. In considerazione della sua applicazione in tempo di guerra, l'articolo 139 è pure stato inserito tra le nuove disposizioni del CPM³²⁴, restando però invariato per quel che riguarda il saccheggio nel corso del servizio attivo.

³¹⁹ Cfr. n. 2.2.1.

³²⁰ Cfr. n. 2.1.4.2.

³²¹ Cfr. n. 2.1.5.

³²² Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, San Gallo 1992, art. 109, pag. 562 n. 45.

³²³ L'art. 110 CPM corrisponde all'art. 112^{quater} cpv. 1 lett. i AP-CPM; l'art. 111 CPM corrisponde all'art. 112 cpv. 1 lett. e-g AP-CPM; l'art. 112 CPM corrisponde all'art. 112^{quater} cpv. 1 lett. d e g AP-CPM; l'art. 113 MStG corrisponde all'art. 112^{sexies} cpv. 1 lett. a e b AP-CPM; l'art. 114 CPM corrisponde all'art. 112^{sexies} cpv. 1 lett. c AP-CPM; l'art. 140 CPM corrisponde all'art. 112^{quater} cpv. 1 lett. f e g AP-CPM.

³²⁴ L'art. 139 CPM corrisponde all'art. 112^{quater} cpv. 1 lett. h AP-CPM.

2.2.7 Disposizioni comuni

2.2.7.1 Articolo 112^{octies} AP-CPM (Punibilità dei superiori)

L'articolo 112^{octies} AP-CPM è materialmente identico all'articolo 264^{duodecies} AP-CP. Si rinvia pertanto alle considerazioni corrispondenti³²⁵. Occorre rilevare che, in base alle regole generali sulla competenza della giustizia civile e militare³²⁶, i superiori civili e i superiori stranieri (civili e militari) possono essere perseguiti e giudicati dalla giustizia militare soltanto in tempo di guerra.

2.2.8 Articolo 171a capoverso 1^{bis} AP-CPM (Pubblica istigazione al genocidio)

Le novità previste dall'articolo 171a capoverso 1^{bis} AP-CPM sono materialmente identiche a quelle dell'articolo 259 capoverso 1^{bis} AP-CP. Si rinvia pertanto alle considerazioni corrispondenti³²⁷.

2.2.9 Atti preparatori punibili

Le novità previste dall'articolo 171b capoverso 1 AP-CPM sono materialmente identiche a quelle dell'articolo 260^{bis} capoverso 1 AP-CP. Si rinvia pertanto alle considerazioni corrispondenti³²⁸.

2.2.9.1.1 Articolo 220 numero 1 AP-CPM (Giurisdizione in caso di partecipazione di civili)

Il vigente numero 1 dell'articolo 220 CPM prevede la competenza generale della giustizia militare, nel caso in cui un procedimento per crimini di guerra sia diretto contro più persone sottostanti in parte alla giurisdizione civile e in parte a quella militare. Poiché l'avamprogetto introduce nel CP e nel CPM le fattispecie di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, e la competenza della giustizia militare si limita ai militari dell'esercito svizzero³²⁹, occorre adeguare l'articolo 220 CPM. In un nuovo numero 1^{bis}, sarà concessa al Consiglio federale la possibilità, su richiesta dell'uditore in capo o del Procuratore generale della Confederazione, di unificare la procedura e di sottoporre tutti gli interessati alla giustizia civile oppure a quella militare. Lo stesso vale se è già pendente un procedimento penale civile o militare e se le fattispecie in questione sono correlate.

³²⁵ Cfr. n. 2.1.6.1.

³²⁶ Cfr. n. 1.3.3.3.

³²⁷ Cfr. n. 2.1.2..

³²⁸ Cfr. n. 2.1.3.

³²⁹ Cfr. in merito n. 1.3.3.3.

2.2.9.1.2 Articolo 221 capoversi 2 e 3 AP-CPM (Giurisdizione in caso di concorso di reati o di disposizioni penali)

Con la legge federale del 24 marzo 2000³³⁰, il perseguimento e il giudizio del genocidio erano stati attribuiti esclusivamente alle autorità di perseguimento penale civili (cfr. art. 221 cpv. 2 CPM), se i reati cadevano sotto la sanzione di più disposizioni penali sottoposte in parte alla giurisdizione civile e in parte a quella militare. Questa disposizione non è tuttavia mai entrata in vigore, poiché nell'ambito delle misure complementari per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI occorre riorganizzare le competenze della giurisdizione civile e militare per il perseguimento penale del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Secondo l'approccio scelto dall'avamprogetto, la suddivisione della competenza tra giurisdizione civile e militare non viene più operata sulla base del reato commesso: determinante diviene l'autore dell'infrazione. La competenza della giustizia militare in tempo di pace dovrà limitarsi ai militari dell'esercito svizzero³³¹, mentre in tempo di guerra potrà estendersi a ogni persona³³². Per tale motivo occorre adeguare l'articolo 221 capoverso 2 CPM, completandolo con un nuovo capoverso 3³³³.

2.3 Revisione di altre leggi

2.3.1 Modifica della legge federale sulla procedura penale

Non è da escludere che tra Confederazione e Cantoni possano sorgere conflitti di competenza. Ciò può avvenire per esempio quando un Cantone si reputa competente per l'apertura di un procedimento penale per omicidio, violenza carnale o sequestro, mentre il Ministero pubblico della Confederazione ritiene che l'autore vada perseguito dalla Confederazione per crimini contro l'umanità. Viceversa un Cantone può anche sostenere che un caso sia da considerare "semplice" ai sensi dell'articolo 18^{bis} PP, e quindi che il Procuratore generale della Confederazione debba delegarne l'istruzione e il giudizio alle autorità cantonali. Poiché, secondo l'articolo 28 capoverso 1 lettera g della legge sul Tribunale penale federale³³⁴, la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale giudica le contestazioni concernenti la competenza tra Confederazione e Cantoni, occorre adeguare in modo conseguente

³³⁰ FF 2000 1945.

³³¹ La giustizia militare è inoltre competente quando un milite dell'esercito svizzero è vittima all'estero di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra (cfr. art. 9 cpv. 1^{ter} AP-CPM).

³³² Cfr. in merito n. 1.3.3.

³³³ I capoversi 2 e 3 dell'articolo 221 AP-CPM concretizzano il capoverso 1, attribuendo definitivamente la competenza alla giustizia civile e militare: viene di conseguenza a cadere il potere decisionale del Consiglio federale (e dell'uditore in capo secondo l'art. 46 cpv. 2 OGPM) per quel che concerne l'attribuzione della competenza. Ciò corrisponde all'approccio seguito dalla legge federale del 24 marzo 2000 concernente la modifica dell'art. 221 cpv. 2 CPM (genocidio).

³³⁴ LTPF, RS 173.71.

l'articolo 260 PP. Secondo il diritto vigente, i conflitti di competenza tra giurisdizione civile e militare sono decisi dal Tribunale penale federale (art. 223 CPM).

2.3.2 Modifica della legge federale sull'assistenza giudiziaria in materia penale

Vi sono crimini di tale gravità, che il loro autore non deve poter approfittare dei privilegi riconosciuti ai reati politici nell'ambito dell'assistenza giudiziaria in materia penale³³⁵. Ai crimini più gravi viene negata la qualifica di atti di carattere politico. Secondo il diritto svizzero in vigore, l'eccezione del carattere politico è improponibile (art. 3 cpv. 2 AIMP) per il genocidio³³⁶ e determinati crimini di guerra o atti terroristici qualificati.

In considerazione delle atrocità di cui sono capaci gli esseri umani, una limitazione a questa categoria di crimini appare inappropriata. Un'estensione ad altri gravi crimini, oltre a lanciare un importante segnale, avrebbe un'indiscussa rilevanza pratica. Anche in quest'ambito i singoli Stati conservano infatti la giurisdizione primaria³³⁷, così che in caso di assistenza giudiziaria chiesta alla Svizzera, su riserva degli accordi bilaterali, si applica in primo luogo l'AIMP.

A questa lista di gravi crimini „spogliati“ del loro carattere politico occorre aggiungere i crimini contro l'umanità (art. 3 cpv. 2 lett. b AIMP), così come definiti nell'articolo 264^{bis} AP-CP, sulla base dell'articolo 7 dello Statuto di Roma. La disposizione concernente i crimini di guerra manterrà quindi la sua formulazione attuale. Oltre alle Convenzioni di Ginevra e ai loro Protocolli addizionali saranno comprese le gravi violazioni del diritto internazionale nel contesto di conflitti armati (lett. c)³³⁸.

³³⁵ Viene in linea di massima negata la collaborazione nell'ambito di inchieste o procedimenti per reati ai quali, secondo la concezione svizzera, viene attribuito un carattere preponderantemente politico; art. 3 cpv. 1 della legge federale sull'assistenza giudiziaria in materia penale (AIMP; RS **351.1**).

³³⁶ Secondo il vigente art. 3 cpv. 2 lett. a AIMP, oltre allo sterminio il carattere di reato politico viene negato anche all'oppressione di un determinato gruppo, reato equivalente alla riduzione in schiavitù. In tal modo vengono compresi alcuni crimini contro l'umanità, ma non tutti.

³³⁷ Cfr. il preambolo e l'art. 1 dello Statuto di Roma della Corte internazionale di giustizia (Statuto di Roma; RS **0.312.1**).

³³⁸ Ciò dovrebbe permettere di tenere conto anche delle diverse pertinenti Convenzioni dell'Aia e di nuove convenzioni in materia di condotta bellica e di impiego di armi proibite. Per maggiori dettagli, cfr. il messaggio sulla CPI, FF **2001** 311, 431 segg. Cfr. in merito le disposizioni previste nel CP (nuovo Titolo dodicesimo^{ter}) e nel CPM (CPM; RS **321.0**, Capo sesto^{bis}).

2.3.3 Modifica della legge sulla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni³³⁹ e della legge federale sull'inchiesta mascherata (ampliamento dell'elenco dei reati)³⁴⁰

La legge federale sulla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni (LSCPT) contempla, nel suo articolo 3 capoverso 2 lettere a e b, una lista di atti punibili per i quali può essere ordinata la sorveglianza. Anche l'articolo 4 capoverso 2 lettere a e b della legge federale sull'inchiesta mascherata contiene un elenco di reati per il cui perseguimento può essere ordinata un'inchiesta mascherata.

Tale elenco comprende già oggi il genocidio (art. 264 CP)³⁴¹ e i crimini di guerra (art. 108-113 CPM). Con la presente revisione vanno aggiunti all'elenco anche i crimini contro l'umanità, in quanto gravi reati per i quali può essere ordinata la sorveglianza e condotta un'inchiesta mascherata.

3 Conseguenze

3.1 Conseguenze finanziarie e personali

Nel prossimo futuro è poco verosimile che la Svizzera venga coinvolta direttamente in un conflitto armato. Le autorità di perseguimento penale della Confederazione o la giustizia militare saranno chiamate a perseguire penalmente gli autori di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra principalmente nei casi esposti qui di seguito.

Non si può in primo luogo escludere che anche in futuro soggiornino in Svizzera persone di nazionalità straniera che hanno commesso questo tipo crimini nel loro Paese d'origine o in uno Stato terzo. È immaginabile anche il caso di un civile svizzero coinvolto all'estero in simili crimini o vittima di tali reati. In questi casi l'avamprogetto prevede di attribuire alle autorità civili la competenza di perseguire e giudicare i misfatti. Tale competenza non dipende tuttavia soltanto dalla presenza dell'autore in Svizzera, ma presuppone anche che l'autore non possa essere estradato o consegnato a un tribunale penale internazionale. Dal giugno 2004, perché le autorità civili siano competenti, occorre inoltre che l'autore straniero abbia uno "stretto legame" con la Svizzera³⁴². Sulla base di questi severi presupposti è difficile stimare quante persone debbano essere perseguite dalle competenti autorità della Confederazione e quali conseguenze finanziarie ciò comporti. I procedimenti

³³⁹ LSCPT, RS **780.1**.

³⁴⁰ LIM, RS **312.8**. La LIM è entrata in vigore il 1° gennaio 2005.

³⁴¹ Secondo la modifica della LSCPT del 21 marzo 2003, in vigore dal 1° ottobre 2003.

³⁴² Cfr. n. 1.3.2.3.3.

per crimini di guerra finora condotti dalla giustizia militare hanno mostrato che simili indagini e inchieste si rivelano lunghe, difficili e costose. I motivi sono molteplici. Questi reati sono commessi all'estero, nell'ambito di conflitti che hanno fortemente colpito e in taluni casi persino gravemente decimato le popolazioni dei Paesi coinvolti. Le infrastrutture e soprattutto il sistema giudiziario sono stati completamente o parzialmente distrutti.

Supponendo che vengano avviati uno o due procedimenti all'anno, sarebbero necessari una squadra d'inchiesta del Ministero pubblico della Confederazione e tre o quattro specialisti della Polizia giudiziaria federale. In considerazione del sostegno spesso insufficiente o talvolta del tutto mancante da parte delle autorità estere locali, che il conflitto ha reso inefficienti o ha completamente disgregato, le persone incaricate delle indagini devono disporre di sufficiente materiale logistico che consenta loro di agire in modo autonomo. L'equipaggiamento necessario consiste soprattutto in apparecchi di trasmissione che permettono di registrare gli interrogatori dei sospetti e dei testimoni, nonché in dispositivi preposti alla protezione personale. Il personale assegnato al Ministero pubblico della Confederazione e alla Polizia giudiziaria federale nell'ambito del "progetto Efficienza"³⁴³ non è sufficiente per condurre contemporaneamente più di una vasta inchiesta per genocidio³⁴⁴. Se dovessero aggiungersi altri procedimenti per crimini contro l'umanità o crimini di guerra, gli attuali effettivi non permetterebbero di far fronte all'impegno supplementare. Tuttavia finora, a prescindere dal caso F.N.³⁴⁵, non vi sono state grosse inchieste e procedimenti giudiziari per simili crimini. Il presente progetto comporta pertanto conseguenze finanziarie e personali veramente importanti, nella misura in cui le inchieste (all'estero) e gli atti giudiziari (in Svizzera) aumentino in modo significativo. La probabilità che in Svizzera si giunga a un elevato numero di atti giudiziari è tuttavia molto scarsa, e diminuirà ulteriormente con l'incremento dell'universalità della Corte penale internazionale. Poiché è difficile stimare attualmente i costi supplementari generati da simili indagini, i nuovi posti saranno creati soltanto una volta comprovata la loro necessità.

In secondo luogo, secondo l'avamprogetto, la giustizia militare svizzera deve essere in grado di condurre tutti i procedimenti nei quali un milite dell'esercito svizzero è coinvolto in quanto autore o vittima di un genocidio, di crimini contro l'umanità o di crimini di guerra. Si dovrebbe tuttavia trattare di casi piuttosto rari: l'onere supplementare che ne deriva potrebbe molto probabilmente essere assorbito facendo ricorso ai mezzi disponibili e la giustizia militare potrebbe liquidare simili procedimenti durante i giorni di servizio con soldo. Secondo l'avamprogetto, in tempo di guerra la giustizia militare svizzera deve essere competente anche per il perseguimento e il giudizio di civili e militari stranieri³⁴⁶. In considerazione della

³⁴³ Legge federale del 22 dicembre 1999 (istituzione di nuove competenze procedurali della Confederazione nei settori della criminalità organizzata e della criminalità economica), in vigore dal 1° gennaio 2002.

³⁴⁴ La competenza delle autorità federali in materia di perseguimento e giudizio del genocidio esiste dal 15 dicembre 2000.

³⁴⁵ Cfr. decisione del 30 aprile 1999 del Tribunale di divisione, decisione del 26 maggio 2000 del Tribunale militare d'appello 1, decisione del 27 aprile 2001 del Tribunale militare di cassazione.

³⁴⁶ Cfr. n. 1.3.3.3.

diminuzione del rischio per la Svizzera di essere oggetto di una minaccia militare diretta³⁴⁷, nemmeno questa disposizione sulla competenza dovrebbe generare costi supplementari. Riassumendo, occorre partire dal presupposto che in futuro il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra concerneranno la giustizia militare in misura limitata.

3.2 Conseguenze economiche

Le misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI non dovrebbero avere ripercussioni economiche.

3.3 Conseguenze a livello informatico

Le misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI non dovrebbero avere ripercussioni in ambito informatico. L'equipaggiamento informatico attualmente a disposizione delle autorità di perseguimento penale della Confederazione, del Tribunale federale e del Tribunale penale federale è sufficiente per garantire il perseguimento e il giudizio in quest'ambito.

3.4 Conseguenze per i Cantoni

Le misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI non dovrebbero praticamente avere conseguenze sui Cantoni. Il perseguimento del genocidio soggiace già oggi alla giurisdizione federale, mentre i crimini di guerra vengono perseguiti dalla giustizia militare. La presente revisione comporta unicamente un trasferimento orizzontale di competenze federali tra la giustizia ordinaria e quella militare. In considerazione delle nuove competenze delle autorità federali per il perseguimento penale e il giudizio di crimini, la nuova fattispecie relativa ai crimini contro l'umanità dovrebbe piuttosto comportare uno sgravio per i Cantoni, ai quali non sarà praticamente più possibile delegare nulla.

4 Programma di legislatura

Il rapporto sul programma di legislatura 2003-2007³⁴⁸ non menziona le misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI. Tali misure erano state annunciate dal Consiglio federale già nel messaggio sulla ratifica dello Statuto di Roma³⁴⁹. L'apertura della procedura di consultazione

³⁴⁷ Cfr. il rapporto del 7 giugno 1999 del Consiglio federale all'Assemblea federale concernente la politica di sicurezza della Svizzera (RAPOLSIC 2000; FF 1999 6569).

³⁴⁸ FF 2004 969.

³⁴⁹ Messaggio sulla CPI, FF 2001 340 e 369.

relativa a queste misure complementari è del resto prevista negli obiettivi 2004 per il Dipartimento federale di giustizia e polizia³⁵⁰. Secondo il rapporto dello Stato maggiore di prospettiva dell'Amministrazione federale sulle sfide 2003-2007, l'intensa collaborazione della Svizzera con la CPI dovrebbe contribuire a impedire gravi violazioni del diritto internazionale pubblico, e fornire un contributo alla riconciliazione e quindi al promovimento della pace³⁵¹.

5 Rapporto con il diritto europeo

5.1 Unione europea

Le misure complementari in materia di diritto penale per l'attuazione dello Statuto di Roma della CPI non pongono problemi dal profilo della compatibilità del diritto svizzero con quello europeo. Tutti i 15 Stati membri dell'Unione europea hanno ratificato lo Statuto di Roma e la maggior parte di essi hanno pure già attuato o deciso riforme dei rispettivi diritti penali. Gli Stati membri dell'UE collaborano inoltre intensamente nel perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra³⁵² ed hanno a tale scopo anche creato una rete di informazioni³⁵³. In una posizione comune del 16 giugno 2003 hanno altresì espressamente rafforzato il loro impegno e il loro sostegno in favore di una CPI forte ed efficace³⁵⁴. Il 4 febbraio 2004 l'UE ha adottato un piano d'azione in vista di un rafforzamento della posizione comune³⁵⁵. Il piano d'azione invita tra l'altro gli Stati membri ad adottare il più rapidamente possibile le normative interne necessarie all'attuazione dello Statuto di Roma.

³⁵⁰ Cfr. obiettivi 2004 dei dipartimenti federali e della Cancelleria federale, del 1° dicembre 2003 (decisione del Consiglio federale del 19 novembre 2003), pag. 16 (reperibili in Internet: <http://www.admin.ch/ch/i/cf/rg/depziele/depziele2004.pdf>).

³⁵¹ Sfide 2003 – 2007; Tendenze e possibili temi futuri della politica federale, rapporto dello Stato maggiore di prospettiva dell'Amministrazione federale del 23 gennaio 2003, pag. 87 (reperibile in Internet: <http://www.admin.ch/ch/i/cf/herausforderungen/index.html>).

³⁵² Cfr. decisione 2003/335/GAI del Consiglio, dell'8 maggio 2003, relativa all'accertamento e al perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, Gazzetta ufficiale dell'UE n. L 118 del 14 maggio 2003, pag. 12 segg.

³⁵³ Cfr. decisione del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa all'istituzione di una rete europea di punti di contatto in materia di persone responsabili di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, Gazzetta ufficiale dell'UE n. L 167 del 26 giugno 2002, pag. 1 segg.

³⁵⁴ Posizione comune 2003/444/PESC del Consiglio, del 16 giugno 2003, sulla Corte penale internazionale, Gazzetta ufficiale dell'UE n. L 150 del 18 giugno 2003, pag. 67 segg.; cfr. anche le conclusioni del Consiglio del 30 settembre 2002 sulla CPI, EU Doc. 12386/02 e il piano d'azione del 27 maggio 2002 concernente l'attuazione della posizione comune sulla CPI, del 12 giugno 2001, EU Doc. ST 9019/02.

³⁵⁵ Action Plan to follow-up on the Common Position on the International Criminal Court, del 4 febbraio 2004, EU Doc. 5742/04.

5.2 Consiglio d'Europa

Già da qualche tempo il Consiglio d'Europa sostiene i suoi Stati membri e gli Stati con statuto di osservatore nei loro sforzi tesi alla ratifica dello Statuto di Roma e all'adozione dei necessari adeguamenti legislativi delle rispettive legislazioni nazionali. Nello stesso tempo il Consiglio d'Europa si impegna in favore di una CPI forte e invita gli Stati a tutelare l'integrità di tale tribunale.

In una dichiarazione del 18 aprile 2002, il comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha ritenuto che la CPI rappresenta un fattore fondamentale di conciliazione, giustizia, pace e sicurezza, grazie al suo contributo al consolidamento dello Stato di diritto, della protezione internazionale e del rispetto dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario. In questo contesto gli Stati membri e gli Stati osservatori vengono invitati ad adottare i necessari provvedimenti legislativi di attuazione, al fine di poter collaborare con la CPI, ma anche per essere in grado di condurre procedimenti penali interni nei confronti di persone sospettate di aver commesso genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra³⁵⁶. Anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in diverse risoluzioni, ha messo in evidenza la necessità di adeguare le legislazioni nazionali per l'attuazione dello Statuto di Roma. Essa ha altresì esortato gli Stati membri e osservatori a tutelare nel limite del possibile l'integrità dello Statuto di Roma³⁵⁷.

6 Costituzionalità

Secondo l'articolo 123 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost.), la Confederazione è competente nel campo della legislazione in materia di diritto penale. Il presente avamprogetto di legge concernente le modifiche del Codice penale e del Codice penale militare rese necessarie dall'adesione della Svizzera allo Statuto di Roma è quindi costituzionale. Ciò vale anche per le rispettive modifiche della procedura penale federale, della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e della legge federale sull'inchiesta mascherata. Gli adeguamenti della legge federale sulla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni si basano, oltre che sull'articolo 123 capoverso 1 Cost., anche sulla competenza della Confederazione fondata sull'articolo 92 capoverso 1 Cost. relativo al settore delle poste e delle telecomunicazioni.

³⁵⁶ Dichiarazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla Corte penale internazionale – imminente entrata in vigore dello Statuto di Roma, del 18 aprile 2002; cfr. anche la dichiarazione del Comitato dei ministri sulla Corte penale internazionale, del 10 ottobre 2001.

³⁵⁷ Risoluzione 1336 (2003) del 25 giugno 2003, minacce che incombono sulla Corte penale internazionale; Risoluzione 1300 (2000) del 25 settembre 2002, rischi per l'integrità dello Statuto della CPI; Raccomandazione 1408 (1999) del 26 maggio 1999 sulla CPI.

Allegato 1: competenza della giustizia civile e militare

		In tempo di pace in Svizzera			In tempo di guerra in Svizzera		
		Genocidio	Crimini contro l'umanità	Crimini di guerra	Genocidio	Crimini contro l'umanità	Crimini di guerra
Civili (svizzeri o stranieri)	Oggi	264, 340 n. 2 CP		2 n. 9, 108 – 114 CPM	264, 340 n. 2 CP		2 n. 9, 108 - 114 CPM
	Progetto	264, 340 n. 2 CP	264 ^{bis} , 340 n. 2 CP	Titel 12 ^{ter} , 340 n. 2 CP	4 n. 2 lett. 4, 9 cpv. 1 ^{bis} , 108 CPM	4 n. 2 lett. 4, 9 cpv. 1 ^{bis} , 109 CPM	4 n. 2 lett. 4, 9 cpv. 1 ^{bis} , cpv 6 ^{bis} CPM
Militari (svizzeri)	Oggi	2, 7, 219 CPM, 264, 340 n. 2 CP		2, 108 – 114 CPM	2, 7, 219 CPM 264, 340 n. 2 CP		2, 108 – 114 CPM
	Progetto	2, 108 CPM	2, 109 CPM	2, cpv 6 ^{bis} CPM	2 + 108 CPM	2, 109 CPM	2, cpv 6 ^{bis} CPM
Militari (stranieri)	Oggi	264, 340 n. 2 CP		2 n. 9, 108 – 114 CPM	264, 340 n. 2 CP		2 n. 9, 108 – 114 CPM
	Progetto	264, 340 n. 2 CP	264 ^{bis} , 340 n. 2 CP	Titel 12 ^{ter} , 340 n. 2 CP	4 n. 6, 9 cpv. 1 ^{bis} , 108 CPM	4 n. 6, 9 cpv. 1 ^{bis} , 109 CPM	4 n. 6, 9 cpv. 1 ^{bis} , cpv 6 ^{bis} CPM
Militi svizzeri vittime all'estero	Oggi	264, 340 n. 2 CP		2 n. 9, 108 – 114 CPM	264, 340 n. 2 CP		2 n. 9, 108 – 114 CPM
	Progetto	2 n. 9, 9 cpv. 1 ^{ter} , 108 CPM	2 n. 9, 9 cpv. 1 ^{ter} , 109 CPM	2 n. 9, 9 cpv. 1 ^{ter} , cpv 6 ^{bis} CPM	4 n. 2 lett. 4 oder n. 6, 9 cpv. 1 ^{ter} , 108 CPM	4 n. 2 lett. 4 oder n. 6, 9 cpv. 1 ^{ter} , 109 CPM	4 n. 2 lett. 4 oder n. 6, 9 cpv. 1 ^{ter} , cpv 6 ^{bis} CPM

Giurisdizione : della Confederazione/ civile/ ordinaria

Giurisdizione militare

