

Rapporto complementare del Consiglio federale

al rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale

del 30 marzo 2011

Onorevoli presidenti e consiglieri,

in aggiunta al nostro rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale vi sottoponiamo, per conoscenza, il presente rapporto complementare.

Nel contempo, vi proponiamo di togliere di ruolo il seguente intervento parlamentare:

2010 P 10.3885 Decisione concernente la validità di un'iniziativa popolare prima della raccolta delle firme (CIP-N)

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

.

...

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Micheline Calmy-Rey
La cancelliera federale, Corina Casanova

Compendio

In aggiunta al rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, il presente rapporto complementare analizza alcune misure per migliorare la compatibilità dei progetti costituzionali con il diritto internazionale. Propone un ampliamento della procedura di esame preliminare prima della raccolta delle firme per le iniziative popolari e l'estensione dei motivi di nullità ai diritti fondamentali nella loro essenza.

Secondo il diritto costituzionale vigente, l'Assemblea federale deve dichiarare nulla un'iniziativa popolare contraria alle disposizioni cogenti del diritto internazionale. Come criterio di valutazione, l'Assemblea federale applica il diritto internazionale cogente (ius cogens), i fondamenti del diritto internazionale umanitario e le garanzie del diritto internazionale cui non si può derogare neppure in stato di necessità. L'Assemblea federale deve invece dichiarare valide e sottoporre al voto del Popolo e dei Cantoni le iniziative che violano le disposizioni restanti del diritto internazionale. Con l'approvazione di tali iniziative nasce un conflitto tra diritto nazionale e obblighi internazionali. Se non è possibile attuare l'iniziativa popolare conformemente al diritto internazionale, la Svizzera si trova nella difficile situazione di dover scegliere tra la rinuncia all'applicazione del diritto costituzionale e la violazione degli obblighi internazionali. Per ragioni di ordine oggettivo e temporale, solitamente non è possibile risolvere il problema denunciando il trattato internazionale in questione.

Per affrontare tale problema, la prima misura analizzata e proposta a complemento del rapporto del 5 marzo 2010 consiste nel rafforzare la procedura di esame preliminare. Quella attuale, eseguita dalla Cancelleria federale, si limita fondamentalmente ad aspetti formali; potrebbe essere completata con un esame materiale effettuato congiuntamente dall'Ufficio federale di giustizia e dalla Direzione del diritto internazionale pubblico. In tal modo gli autori dell'iniziativa popolare otterrebbero, prima ancora di raccogliere le firme, il parere non vincolante di un'autorità sulla compatibilità dell'iniziativa con il diritto internazionale e quindi l'opportunità di modificare il testo dell'iniziativa per renderlo conforme al diritto internazionale. Sulla lista delle firme andrebbe apposta una breve osservazione che indica l'esito (positivo o negativo) dell'esame preliminare, con il rinvio al parere dell'autorità pubblicato nel Foglio federale. In tal modo gli aventi diritto di voto che intendono firmare l'iniziativa popolare sarebbero resi attenti all'eventuale problema della non conformità con il diritto internazionale. Questa misura andrebbe attuata modificando la legge federale sui diritti politici; il presente rapporto contiene le pertinenti proposte redazionali.

Nonostante l'estensione della procedura di esame preliminare, resta comunque possibile che riescano iniziative popolari non conformi al diritto internazionale. Il presente rapporto analizza pertanto come seconda misura la possibilità di porre ai progetti costituzionali dei limiti che vadano oltre quelli costituiti dalle disposizioni cogenti del diritto internazionale. Secondo la proposta presentata, l'Assemblea federale dovrebbe dichiarare nulle le iniziative popolari che ledono i diritti fonda-

mentali nella loro essenza. Nel creare nuove norme costituzionali, il potere costituente dovrebbe pertanto attenersi anche ai valori fondamentali del diritto nazionale sanciti dalla Costituzione federale. Tali valori fondamentali coincidono infatti in parte con alcune importanti garanzie del diritto internazionale. L'estensione dei motivi di nullità potrebbe in definitiva contribuire a migliorare la conformità tra il diritto d'iniziativa e gli obblighi internazionali della Svizzera. Come ulteriore opzione, il rapporto complementare illustra i vantaggi e gli svantaggi che risultano dal dichiarare nulle le revisioni della Costituzione contrarie al divieto costituzionale di discriminazione. L'estensione dei motivi di nullità non può essere raggiunta modificando la prassi; è invece necessaria una modifica costituzionale. Il Popolo e i Cantoni potrebbero in qualsiasi momento revocare tale vincolo autoimposto. Come già previsto dal diritto attuale, l'estensione dei limiti materiali posti alla revisione della Costituzione si applicherebbe ai progetti avviati sia da un'iniziativa popolare sia dall'autorità. Questa misura andrebbe attuata modificando la Costituzione federale; il presente rapporto contiene pertinenti proposte redazionali.

Infine, il rapporto complementare propone come terza misura l'introduzione di una regola che stabilisca il diritto prioritario in caso di conflitto tra diritto costituzionale e diritto internazionale. Concretamente si analizza la possibilità di sancire nella Costituzione federale la cosiddetta «giurisprudenza Schubert», sviluppata dal Tribunale federale. L'analisi evidenzia tuttavia che prevalgono gli svantaggi. Il Consiglio federale propone pertanto di rinunciare ad attuare tale misura.

Indice

Compendio	2
1 Introduzione	6
2 Situazione iniziale e oggetto dell'analisi	7
2.1 Lacune normative nella relazione tra diritto d'iniziativa e diritto internazionale	7
2.2 Democrazia e Stato di diritto	8
2.2.1 Contenuti e punti di riferimento	8
2.2.2 Legittimazione democratica del diritto internazionale	9
2.3 Elementi portanti del diritto internazionale	11
2.4 Elementi portanti del diritto costituzionale e d'iniziativa	12
2.4.1 Contenuto e portata delle disposizioni cogenti del diritto internazionale	12
2.4.2 Necessità di revisione della Costituzione	15
2.4.3 Possibilità di modificare i motivi di nullità	15
2.4.4 Applicabilità ai progetti proposti dal Popolo o dalle autorità	16
2.4.5 Il diritto d'iniziativa svizzero	17
2.4.5.1 Disposizioni costituzionali per il trattamento di iniziative popolari	17
2.4.5.2 Rilevanza quantitativa	17
2.5 Conclusione	18
3 Esame materiale preliminare prima della raccolta delle firme	19
3.1 Oggetto dell'esame e criteri di valutazione	19
3.2 Nessun effetto vincolante	19
3.3 Autorità esaminanti	20
3.4 Pubblicazione del parere amministrativo	22
3.5 Tutela giurisdizionale	23
3.6 Conclusione	24
3.7 Proposte di formulazione	24
4 Estensione dei motivi di nullità	26
4.1 Problematicità di criteri indefiniti e formali	26
4.2 Estensione dei motivi di nullità in base a criteri materiali	27
4.2.1 Valori fondamentali del diritto nazionale e iniziative popolari	27
4.2.2 Diritti fondamentali nella loro essenza come limite materiale posto alla revisione della Costituzione	28
4.2.2.1 Definizione e funzione dei diritti fondamentali nella loro essenza	28
4.2.2.2 Spunti per la definizione dell'essenza dei diritti fondamentali deducibile dal diritto costituzionale	29
4.2.2.3 Il concetto di essenza dei diritti fondamentali nel diritto internazionale	31
4.2.3 Il divieto di discriminazione come possibile limite materiale per la revisione della Costituzione	32

4.2.3.1	Concetto e portata del divieto di discriminazione	32
4.2.3.2	Il divieto di discriminazione come limite materiale?	34
4.2.4	Le garanzie procedurali come garanzie minime	36
4.2.5	Valutazione dei vantaggi e svantaggi dell'estensione dei motivi di nullità ai diritti fondamentali della Costituzione intangibili nella loro essenza	36
4.2.6	Conclusione	38
4.3	Proposte di formulazione	38
5	Applicazione al diritto costituzionale posteriore della giurisprudenza Schubert (relativizzata)	39
5.1	Mancanza di una regola consolidata per risolvere i conflitti	39
5.2	Campo di applicazione e funzione della giurisprudenza Schubert	40
5.3	Evoluzione della giurisprudenza del Tribunale federale in merito al rango del diritto internazionale	40
5.3.1	Predecessori e consolidamento della giurisprudenza Schubert	40
5.3.2	Primato delle garanzie internazionali dei diritti umani («Giurisprudenza PKK»)	42
5.4	Prassi del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale in merito al rango del diritto internazionale	43
5.5	Prassi dell'Assemblea federale in merito alla compatibilità di atti normativi con il diritto internazionale	44
5.6	Vantaggi e svantaggi	45
6	Valutazione generale e conclusioni	46

1 Introduzione

Con decisione del 5 marzo 2010 il Consiglio federale ha approvato il rapporto sulla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale (qui appresso «Rapporto»)¹, incaricando nel contempo il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP), il Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE) e la Cancelleria federale (CaF) di sottoporgli un rapporto complementare e proporre misure volte a impedire contrasti tra il diritto costituzionale d'iniziativa e gli obblighi internazionali della Svizzera. Il presente rapporto complementare intende adempiere tale incarico.

Le Commissioni delle istituzioni politiche (CIP) del Consiglio degli Stati e del Consiglio nazionale hanno discusso il Rapporto rispettivamente nelle riunioni del 20 aprile 2010 e del 20 agosto 2010. La grande maggioranza dei membri della CIP-S è favorevole a una procedura di esame preliminare nel corso della quale un organo ancora da designare verifichi provvisoriamente la validità di un'iniziativa popolare prima della raccolta delle firme. La maggioranza si è mostrata scettica di fronte all'estensione dei motivi materiali di nullità nella Costituzione, pur essendo pronta a discutere anche questa opzione. Infine, la CIP-S ha chiarito che deciderà in merito all'iniziativa parlamentare 07.477 (Vischer Daniel) sulla validità delle iniziative popolari² soltanto dopo la pubblicazione del presente rapporto³.

Anche l'iniziativa parlamentare 09.521 (Moret Isabelle) rientra nell'ambito tematico esposto, poiché chiede che un'*autorità giudiziaria* decida in merito alla validità delle iniziative popolari prima della raccolta delle firme. Il 21 ottobre 2010 la CIP-N non ha dato seguito all'iniziativa parlamentare, presentando invece il postulato 10.3885.⁴ Tale postulato incarica il Consiglio federale di fornire, a complemento del suo rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale, ulteriori spiegazioni in merito alle modalità della dichiarazione di validità di un'iniziativa popolare prima della raccolta delle firme. In tale contesto va esaminata la questione dell'autorità competente e in particolare la possibilità che l'Assemblea federale rimanga l'autorità responsabile (cfr. n. 3). Il presente rapporto complementare adempie le richieste del postulato; il Consiglio federale propone pertanto di stralciarlo.

Al numero 9.6 del Rapporto, il Consiglio federale ha osservato che per quanto riguarda la relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale, le questioni più impellenti si pongono per la relazione tra iniziativa popolare e diritto internazionale. Il Consiglio federale ha poi approfondito tale problema, illustrando e analizzando le questioni affioranti e le possibili soluzioni. Traendo spunto dalle soluzioni proposte, qui di seguito s'intendono analizzare in dettaglio eventuali misure concrete atte a impedire contrasti tra il diritto d'iniziativa e gli obblighi internazionali della Svizzera.

La parte introduttiva del presente rapporto complementare spiega brevemente – illustrando gli elementi portanti del diritto internazionale e di quello costituzionale –

¹ FF 2010 2015.

² L'iniziativa parlamentare chiede di modificare la Costituzione federale in modo tale da rendere nulle le iniziative popolari incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali e con le garanzie procedurali del diritto internazionale. L'11 marzo 2009 il Consiglio nazionale ha dato seguito all'iniziativa parlamentare (Boll. uff. 2009 N 294).

³ Comunicato stampa della CIP-S. La CIP-N non ha pubblicato alcun comunicato.

⁴ Cfr. anche il comunicato stampa della CIP-N del 22 ottobre 2010.

il contesto giuridico entro cui cercare le possibili soluzioni. Evidenzia inoltre i punti di contatto tra il principio democratico e quello dello Stato di diritto e illustra le linee guida a cui attenersi per valutare vantaggi e svantaggi delle soluzioni proposte (n. 2). Seguono tre proposte di misure concrete tra loro coordinate. La prima consiste nell'introdurre, prima della raccolta delle firme, un esame preliminare non vincolante dell'iniziativa popolare, teso a verificarne la conformità con il diritto internazionale e con i diritti fondamentali nella loro essenza (n. 3). Tale misura è completata dalla proposta di estendere moderatamente i motivi materiali di nullità (n. 4). L'attuazione di queste misure non esclude tuttavia qualsiasi contrasto tra il diritto internazionale e il diritto costituzionale. Il numero 5 analizza e valuta pertanto la possibilità di sancire nella Costituzione federale una regola di priorità, fondata sulla «giurisprudenza Schubert» sviluppata dal Tribunale federale. Alla fine dei numeri 3 e 4 sono inserite proposte di formulazione per le pertinenti modifiche costituzionali e legali. Il rapporto complementare termina con una valutazione generale e le conclusioni (n. 6).

2 Situazione iniziale e oggetto dell'analisi

2.1 Lacune normative nella relazione tra diritto d'iniziativa e diritto internazionale

L'articolo 139 capoverso 3 della Costituzione federale (Cost.)⁵ disciplina le conseguenze giuridiche di un conflitto tra il contenuto di un'iniziativa popolare e le disposizioni cogenti del diritto internazionale. L'Assemblea federale dichiara nulla in tutto o in parte un'iniziativa popolare per la revisione parziale della Costituzione che viola le disposizioni cogenti del diritto internazionale. L'espressione costituzionale «disposizioni cogenti del diritto internazionale» è un concetto del diritto nazionale di cui il Consiglio federale ha a più riprese specificato l'interpretazione e la portata, osservando tuttavia che è compito della giurisprudenza chiarire in modo definitivo, insieme alla dottrina, la portata del termine⁶. Secondo il diritto costituzionale vigente, spetta all'Assemblea federale decidere se un'iniziativa popolare viola le disposizioni cogenti del diritto internazionale. All'atto pratico l'Assemblea federale è molto prudente nel dichiarare nulla un'iniziativa popolare; in caso di dubbio tende piuttosto a dichiarare valida l'iniziativa («in dubio pro populo»).

La Costituzione federale impedisce quindi la creazione, mediante iniziativa popolare, di norme di diritto costituzionale contrarie alle *disposizioni cogenti del diritto internazionale*. Non vi sono invece restrizioni in riferimento alle restanti disposizioni del *diritto internazionale*, di cui fanno parte la stragrande maggioranza delle norme internazionali. Un'iniziativa popolare che viola il diritto internazionale, ma non le sue disposizioni cogenti, va pertanto dichiarata valida e sottoposta al voto di Popolo e Cantoni. Se l'iniziativa è approvata, entra in vigore una nuova norma costituzionale contraria agli obblighi internazionali della Svizzera. Il diritto costituzionale non contiene regole che sanciscano un chiaro ordine gerarchico – alla stre-

⁵ RS 101

⁶ Rapporto, n. 8.7.1.1.

gua dell'articolo 49 capoverso 1 Cost. per la relazione tra diritto federale e diritto cantonale. L'articolo 5 capoverso 4 Cost., che impone il rispetto del diritto internazionale, non costituisce una regola gerarchica per risolvere i conflitti tra diritto internazionale e diritto nazionale⁷.

Nella prassi applicata finora, il legislatore si è sforzato di applicare conformemente al diritto internazionale le disposizioni costituzionali di dubbia conformità con il diritto internazionale⁸. Ciò presuppone un'interpretazione che rispetti le richieste dei promotori tenendo conto, nel contempo, degli obblighi internazionali assunti dalla Svizzera. Se tale interpretazione è possibile, il conflitto con il diritto internazionale può essere evitato, tuttavia con lo svantaggio di dover eventualmente adottare soluzioni non del tutto soddisfacenti sia dal punto di vista costituzionale sia da quello del diritto internazionale.

Può anche darsi che non sia assolutamente possibile un'interpretazione conforme al diritto internazionale. In tal caso, la nuova norma, approvata dal Popolo e dai Cantoni, si contrappone al diritto internazionale vigente. Questi conflitti vanno evitati per impedire che la Svizzera violi i suoi obblighi internazionali o non possa applicare una norma costituzionale vigente. Una possibile soluzione consiste nel denunciare il pertinente trattato internazionale, il che, tuttavia, non è sempre possibile e opportuno.⁹ Le attuali regole giuridiche applicabili ai conflitti tra norme di pari rango (*lex posterior*, *lex specialis*) o volte a stabilire un eventuale ordine gerarchico tra diritto costituzionale e diritto internazionale¹⁰ non aiutano a risolvere il problema, in quanto il risultato consiste per forza nel non applicare una delle due norme. Per evitare la scelta tra la rinuncia all'applicazione delle norme costituzionali e la violazione degli obblighi internazionali, occorre trovare soluzioni che impediscano sul nascere i conflitti tra norme costituzionali e diritto internazionale.

2.2 Democrazia e Stato di diritto

2.2.1 Contenuti e punti di riferimento

La Costituzione contempla determinati principi strutturanti (o elementi strutturanti, principi fondamentali, tratti caratterizzanti), che caratterizzano la Confederazione come comunità, conferendole un'identità¹¹. Sebbene non siano per forza norme di diritto, questi principi strutturanti sono almeno in parte evidenziati da norme costituzionali esplicite e rispecchiano l'autocoscienza della Svizzera in quanto Stato federativo improntato alla democrazia, alla legalità e alla socialità. Già in passato il Consiglio federale ha osservato che il diritto costituzionale svizzero non prevede il primato di un principio su un altro; appianare gli eventuali contrasti tra questi principi fondamentali compete in primo luogo al potere costituente e al legislatore.¹²

⁷ Rapporto, n. 8.4.

⁸ Per ulteriori osservazioni cfr. Rapporto, n. 8.7.2.

⁹ Cfr. Rapporto, n. 8.7.2, con ulteriori osservazioni.

¹⁰ Cfr. Rapporto, n. 8.6.

¹¹ Per i principi strutturanti, cfr. tra i tanti Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^a ed., Berna 2007, pag. 6; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^a ed., Zurigo 2008, n. marg. 168 segg. Cfr. inoltre il messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 8 segg..

¹² FF 1997 I 1, pag. 10 seg.

Sono tipici i contrasti tra il principio del federalismo e quello democratico o tra il principio dello Stato di diritto e quello del federalismo.¹³

Secondo il *principio di democrazia*, il potere statale è frutto della volontà popolare. I cittadini svizzeri hanno poteri elettivi e decisionali molto ampi. È espressione del principio democratico anche lo statuto forte dell'Assemblea federale, che esercita il potere supremo nella Confederazione, fatti salvi i diritti del Popolo e dei Cantoni (art. 148 cpv. 1 Cost). Il *principio dello Stato di diritto* esige che l'intera attività statale sia vincolata al diritto e si fondi su di esso («supremazia del diritto»). In uno Stato di diritto, i diritti e gli obblighi nella relazione tra Stato e cittadini scaturiscono dalla Costituzione e dalle leggi. Il principio dello Stato di diritto limita il potere statale garantendo quindi anche le libertà dei cittadini. Sono espressioni concrete di tale principio in particolare il principio della legalità, l'obbligo dello Stato di agire nell'interesse pubblico e rispettando il principio di proporzionalità, la tutela dei diritti fondamentali, la tutela giurisdizionale e la separazione dei poteri.

Esistono determinate interdipendenze anche tra il principio di democrazia e quello dello Stato di diritto¹⁴. Da una parte, le conquiste dello Stato di diritto possono affermarsi soltanto se esiste un consenso democratico sulla loro validità; dall'altra la democrazia – motore del processo politico e scala di valutazione delle decisioni politiche – ha bisogno delle garanzie di libertà e di procedura dello Stato di diritto. A titolo illustrativo basterà menzionare la libertà di opinione e il principio dell'uguaglianza. È inoltre incontestato che i processi di decisione democratica devono sempre rispettare le regole procedurali previste dalla legge.

I principi della democrazia e dello Stato di diritto sono pertinenti anche per la relazione tra diritto d'iniziativa e obblighi internazionali, trattata in questa sede, e in particolare per l'individuazione dei motivi di nullità delle iniziative popolari. Motivi di nullità molto ampi intaccano i poteri del Popolo e dei Cantoni e quindi il principio della democrazia. Viceversa, motivi di nullità molto ristretti o addirittura inesistenti non tengono sufficientemente conto del principio dello Stato di diritto. A ciò si aggiungono le divergenze procedurali per la revisione della Costituzione e per la conclusione di trattati (cfr. n. 2.2.2), circostanza di cui tener conto nella ricerca di un equilibrio ottimale.

2.2.2 Legittimazione democratica del diritto internazionale

Qualsiasi norma internazionale vincolante per la Svizzera ha la stessa validità e lo stesso rango, indipendentemente dalla procedura nazionale con cui è stata approvata, A differenza del sistema dualistico, in cui l'atto trasformativo definisce il rango del diritto internazionale nella gerarchia del diritto nazionale, in Svizzera, ove si applica il sistema monistico, il tipo di procedura di approvazione non incide in alcun modo sul rango della norma internazionale in questione.¹⁵

In linea di principio, tutti i trattati internazionali validi per la Svizzera sono democraticamente legittimati, poiché sono stati conclusi seguendo la procedura prevista

¹³ Questi e altri conflitti sono descritti da Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^a ed., Berna 2007, § 6 n. marg. 49 segg.

¹⁴ René Rhinow/Markus Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^a ed., Basilea 2009, n. marg. 203 segg.

¹⁵ Rapporto, n. 8.4.

dal potere costituente per la stipula di trattati internazionali. Se tuttavia s'intende attribuire a determinate norme internazionali la funzione di limitare il diritto d'iniziativa, e quindi anche la revisione formale della Costituzione, occorre tenere conto dell'autorità interna che ha approvato tali norme. Mentre il diritto costituzionale richiede obbligatoriamente l'approvazione del Popolo e dei Cantoni, l'adozione di trattati internazionali sottostà a procedure diversificate. Secondo la disciplina attuale, l'approvazione del Popolo e dei Cantoni è obbligatoria soltanto per l'adesione a organizzazioni per la sicurezza collettiva o a comunità supranazionali.

Di pari passo con la crescente importanza dei rapporti interstatali e internazionali, e quindi dei legami internazionali, è stata progressivamente rafforzata anche la partecipazione democratica diretta alla procedura di conclusione dei trattati internazionali: i trattati internazionali sono stati sottoposti a referendum per la prima volta nel 1921. Nel 1977 il referendum in materia di trattati internazionali è stato ampiamente riveduto, e nel 2003 l'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost. ha ulteriormente rafforzato la partecipazione popolare alla conclusione di trattati internazionali estendendo il referendum facoltativo in materia di trattati internazionali. Da allora esiste un esteso *parallelismo tra referendum sugli accordi internazionali e referendum legislativo*. Il controprogetto diretto del Consiglio federale presentato nel messaggio concernente l'iniziativa popolare «Accordi internazionali: decida il popolo» prevede ora che siano sottoposti all'approvazione del Popolo e dei Cantoni anche i trattati internazionali che richiedono o equivalgono a una modifica della Costituzione federale, estendendo quindi l'idea del parallelismo anche alle norme costituzionali materiali¹⁶.

Alcuni trattati internazionali istituiscono un organo di controllo giuridico, solitamente composto da giudici indipendenti proposti dagli Stati membri, che verifichi il rispetto degli obblighi risultanti dal trattato¹⁷. Per valutare se sussista una violazione del trattato, anche un tribunale internazionale, alla stregua di qualsiasi altro tribunale, deve concretizzare termini giuridici astratti. Le sue decisioni di fondo possono vincolare gli Stati contraenti, per lo meno indirettamente, al di là del caso specifico in questione. Questo sviluppo dinamico del diritto non è sempre deducibile con precisione in base al testo del trattato internazionale al momento della sua conclusione¹⁸. Il Tribunale federale svolge un ruolo simile, in quanto concretizza termini giuridici astratti del diritto nazionale e, nello specifico, può interpretare una norma in un senso che non risulta direttamente dal suo tenore. In tal caso il legislatore può approvare (tacitamente) la giurisprudenza o avviare una modifica di legge. La seconda possibilità non gli è concessa nel caso di una decisione di un tribunale internazionale. Infatti, il trattato internazionale in questione può essere modificato soltanto con l'approvazione di tutti gli Stati contraenti.

¹⁶ Cfr. le spiegazioni nel messaggio del 1° ottobre 2010 concernente l'iniziativa popolare «Per il rafforzamento dei diritti popolari in politica estera (accordi internazionali: decida il popolo!)», FF **2010** 6131, n. 5.

¹⁷ Cfr. a titolo di esempio l'art. 10 CEDU secondo cui la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) assicura il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione.

¹⁸ Cfr. Rapporto, n. 8.6, pag. 2058 e n. 8.6.2, pag. 2061.

2.3

Elementi portanti del diritto internazionale

Gli obblighi internazionali di uno Stato possono risultare da diverse fonti di diritto. Obblighi internazionali importanti e fondamentali possono infatti scaturire anche dal diritto internazionale consuetudinario o dai principi del diritto generalmente riconosciuti¹⁹. Nel diritto internazionale non vige una gerarchia delle norme alla stregua di quella applicata nel diritto nazionale²⁰. Soltanto il diritto internazionale cogente, il cosiddetto *ius cogens*, prevale su tutte le altre norme internazionali.

Gli obblighi internazionali sono vincolanti fintanto che sono in vigore per lo Stato in questione. Non è in particolare possibile invocare il diritto nazionale – indipendentemente dal fatto che si tratti di norme costituzionali, di legge o di ordinanza – per giustificare il mancato adempimento di un obbligo internazionale. Il diritto internazionale nega esplicitamente la possibilità di far prevalere il diritto interno e giustificare così la mancata esecuzione di un trattato internazionale (art. 27 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969²¹ sul diritto dei trattati; Convenzione di Vienna). Non è pertanto possibile abrogare, indipendentemente dal suo rango, un obbligo internazionale emanando norme nazionali contrarie. Va applicato il principio «pacta sunt servanda»²², secondo cui le parti contraenti possono contare sul fatto che uno Stato non si sottragga unilateralmente ai suoi obblighi internazionali invocando il proprio diritto nazionale.

Il dovere di adempiere gli obblighi internazionali viene a cadere con la loro denuncia. Tuttavia, non tutte le norme internazionali sono denunciabili unilateralmente. I trattati internazionali infatti lo sono soltanto se le parti contraenti lo hanno stabilito. Ciò si evince dal testo del trattato o dalla sua interpretazione. Non è in linea di massima consentita una denuncia parziale, a meno che le parti contraenti non abbiano convenuto altrimenti (art. 44 Convenzione di Vienna), e quindi un trattato può essere di principio denunciato soltanto nella sua totalità. Un trattato non denunciabile può essere risolto di comune intesa, il che tuttavia presuppone il consenso di tutte le parti contraenti.

La Svizzera ha concluso numerosi trattati internazionali non denunciabili. La maggior parte sono trattati sui confini con gli Stati limitrofi²³. Questi trattati non sono denunciabili, poiché la frontiera comune può essere stabilita soltanto di comune intesa. Nei trattati non denunciabili rientrano anche i due Patti dell'ONU relativi ai diritti economici, sociali e culturali (Patto ONU I) nonché ai diritti civili e politici (Patto ONU II)²⁴, poiché non contengono una clausola di denuncia. L'impossibilità di denunciarli risulta dal carattere fondamentale e universale dei diritti che tutelano, dal fatto che concretizzano obblighi direttamente deducibili dallo Statuto delle Nazioni Unite e dalla crescente importanza che la comunità internazionale attribuisce ai diritti dell'uomo²⁵.

¹⁹ Più in dettaglio: Rapporto, n. 4.

²⁰ Rapporto, n. 4.7.

²¹ RS **0.111**

²² Rapporto, n. 4.2.

²³ Consultabili nella Raccolta sistematica del diritto federale al numero RS **0.132**.

²⁴ RS **0.103.1** e **0.103.2**. Il 13 dicembre 1991, l'Assemblea federale ha approvato entrambi i patti, che sottostavano al referendum facoltativo in materia di trattati internazionali sancito già nella vecchia Costituzione federale. Per il Patto ONU I, cfr. RU **1993** 724 e per il Patto ONU II, RU **1993** 747.

²⁵ Messaggio del Consiglio federale, FF **1991** I 1, pag. 941, con ulteriori indicazioni.

Lo strumento della denuncia non si applica nemmeno al diritto internazionale consuetudinario e ai principi del diritto generalmente riconosciuti. Si tratta da una parte di norme che la comunità degli Stati ritiene vincolanti in virtù di un uso generalmente riconosciuto come diritto²⁶ e, dall'altra, di norme note nei grandi sistemi giuridici del mondo e pertanto universalmente valide²⁷. Una liberazione a posteriori dal vincolo al diritto consuetudinario esistente è possibile soltanto attraverso una nuova norma di diritto consuetudinario o di un trattato internazionale. Un singolo Stato non può, adottando un comportamento divergente, anche se di lunga durata, modificare unilateralmente il diritto internazionale consuetudinario.

Se una nuova norma costituzionale è contraria a norme internazionali non denunciabili, la modifica del pertinente obbligo internazionale costituisce l'unica possibilità di risolvere il conflitto. Tali modifiche presuppongono tuttavia il consenso di tutte le parti contraenti oppure una prassi divergente costante da parte dell'intera comunità degli Stati (art. 39 segg. Convenzione di Vienna). Una parte contraente non può pertanto modificare unilateralmente un trattato internazionale o il diritto internazionale consuetudinario. Per tale motivo, una modifica spesso non costituisce una soluzione realistica per risolvere un conflitto con il diritto costituzionale svizzero. In ogni caso le trattative e la procedura per la modifica (che andrebbe ratificata da tutte le parti contraenti) o l'istituzione di una nuova prassi richiedono un tempo tale da far restare a lungo in vigore la norma costituzionale contrastante con l'immutata norma internazionale. Durante tale periodo la Svizzera violerebbe il diritto internazionale e dovrebbe assumersene la responsabilità.

A causa di queste caratteristiche del diritto internazionale, non è sempre possibile impedire il conflitto tra una nuova norma costituzionale e gli obblighi internazionali della Svizzera revocando o modificando le pertinenti norme internazionali. È quindi opportuno valutare anche soluzioni atte a impedire conflitti già nella fase di creazione di una nuova norma costituzionale (cfr. n. 2.1).

2.4 Elementi portanti del diritto costituzionale e d'iniziativa

2.4.1 Contenuto e portata delle disposizioni cogenti del diritto internazionale

Gli articoli 139 capoverso 2, 193 capoverso 2, 193 capoverso 4 e 194 capoverso 2 Cost. sanciscono i limiti materiali posti alle modifiche costituzionali. Il concetto (nazionale) di «disposizioni cogenti del diritto internazionale», usato in queste norme costituzionali, si riallaccia innanzitutto alle *norme imperative del diritto internazionale generale* (*ius cogens*), definite nell'articolo 53 secondo periodo della Convenzione di Vienna.²⁸ Lo *ius cogens* designa le norme fondamentali del diritto

²⁶ Ad es. il principio dell'integrità territoriale degli Stati, i principi dell'immunità dei capi di Stato e di Governo o le regole fondamentali del diritto contrattuale, cfr. Rapporto, n. 4.3.

²⁷ Ad es. il principio della buona fede, il divieto di abuso del diritto o il principio di proporzionalità, cfr. Rapporto n. 4.4.

²⁸ L'art. 53 secondo periodo della Convenzione di Vienna ha il seguente tenore: « Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non

internazionale a cui non è possibile derogare. In virtù dell'importanza di tali norme, lo *ius cogens* assume un rango gerarchico preminente in seno al diritto internazionale; i trattati internazionali ad esso contrari sono nulli (cfr. art. 53 primo periodo della Convenzione di Vienna)²⁹. Non esiste un elenco autorevole del diritto internazionale cogente. Dalle prassi nazionali e dai trattati di diritto internazionale umanitario si possono tuttavia dedurre alcune norme che hanno carattere di *ius cogens*. Rientrano in particolare nel diritto internazionale cogente³⁰:

- l'uguaglianza degli Stati, il divieto della violenza (divieto del ricorso alla forza militare) dello Statuto delle Nazioni Unite, i divieti di tortura, di genocidio e di schiavitù, nonché il divieto di espellere un rifugiato in uno Stato in cui la sua vita e la sua libertà sono minacciate a causa della sua razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale o convinzione politica (principio di «non-refoulement»);
- le norme fondamentali del diritto internazionale umanitario («diritto in tempo di guerra») che garantiscono una protezione particolare a determinati gruppi di persone. Secondo gli articoli 3 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949³¹ sono vietati «in ogni tempo e luogo»: le violenze contro la vita e l'integrità corporea, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; la cattura di ostaggi; gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili.

Inoltre il Consiglio federale ha ripetutamente confermato³² che fanno parte delle «disposizioni cogenti del diritto internazionale» anche *le garanzie della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)*³³ cui non si può derogare neppure in stato di necessità, indicate all'articolo 15 di tale Convenzione: il divieto di privare qualcuno arbitrariamente della vita (art. 2 CEDU), il divieto di tortura (art. 3 CEDU), il divieto di schiavitù, di servitù e di lavoro forzato (art. 4 par. 1 CEDU), il principio «*nulla poena sine lege*»

può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere»

²⁹ Cfr. Rapporto, n. 4.7 e 8.7.1.1, nonché Alfred Verdross, *Jus dispositivum and jus cogens in international law*, AJIL 60 (1966), pag. 55 segg.; op. cit., *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Friburgo i. Br. 1973, pagg. 21 e 27.

³⁰ Cfr. per i dettagli Rapporto, n. 8.7.1.1; messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 340, 408 seg.; messaggio concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione di Vienna, FF 1989 II 589, pag. 613. Osservazioni in merito a un'accezione più ampia del diritto internazionale cogente si trovano in alcune sentenze del Tribunale federale, in cui ad es. considera il principio della buona fede (DTF 117 Ib 337 consid. 2a) o le garanzie procedurali della CEDU e del Patto ONU II come «ordre public» internazionale (BGE 126 II 324 consid. 4a; recentemente più prudente DTF 133 II 450 consid. 7). Cfr. inoltre Robert Baumann, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl 2007, pag. 188.

³¹ RS 0.518.12 (Convenzione per migliorare la sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna); RS 0.518.23 (Convenzione per migliorare la sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate di mare); RS 0.518.42 (Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra); RS 0.518.51 (Convenzione per la protezione delle persone civili in tempo di guerra).

³² Cfr. in ultimo Rapporto, n. 8.7.1.1, con ulteriori rinvii.

³³ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, RS 0.101.

(nessuna pena senza legge, art. 7 CEDU) e il divieto della doppia pena ossia il principio «*ne bis in idem*» (art. 4 Prot. n. 7)³⁴. Inoltre, su scala europea, anche il divieto della pena di morte³⁵ fa oggi parte dello *ius cogens*.³⁶

In singoli casi la prassi delle autorità federali ha altresì riconosciuto il rango di «disposizioni cogenti del diritto internazionale» alle *garanzie intangibili anche in stato di necessità* del Patto ONU II³⁷. Secondo l'articolo 4 capoverso 2 di tale patto, un pericolo pubblico eccezionale «non autorizza alcuna deroga agli articoli 6, 7, 8 (par. 1 e 2), 11, 15, 16 e 18 ». Tale elenco va relativizzato in quanto occorre sempre verificare, mediante interpretazione, in che misura non si possa, in stato di necessità, derogare alla garanzia dei diritti fondamentali del Patto ONU II³⁸. L'articolo 18 capoverso 3 del Patto ONU II permette ad esempio di sottoporre a limitazioni la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo, la cosiddetta libertà di religione esterna (*forum externum*). Tenendo conto di questa particolarità, le garanzie del Patto ONU II cui non si può derogare neppure in stato di necessità sono le seguenti:

- il diritto alla vita (art. 6 Patto ONU II): secondo questa disposizione (cpv. 1) «nessuno può essere arbitrariamente privato della vita». Inoltre la pena di morte è inammissibile, tranne nei casi previsti dai capoversi 2 e 4-6;
- i divieti di tortura, di schiavitù e della tratta degli schiavi e il divieto di tenere qualcuno in servitù (art. 7 e 8 cpv. 1 e 2 Patto ONU II);
- il divieto di imprigionare qualcuno per il solo motivo che non è in grado di adempiere a un obbligo contrattuale (art. 11 Patto ONU II);
- il principio «nessuna pena senza legge» (art. 15 Patto ONU II);
- il riconoscimento universale della personalità giuridica di ogni individuo (art. 16 Patto ONU II);
- la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18 Patto ONU II). Non si può derogare neppure in stato di necessità alla libertà di religione e di credo interna, il cosiddetto *forum internum* (cpv. 2): nessuno può essere assoggettato a costrizioni che possano menomare la sua libertà di avere o adottare una religione o un credo di sua scelta.

³⁴ Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS **0.101.07**; entrato in vigore per la Svizzera il 1° novembre 1988). L'art. 4 cpv. 3 Prot. n. 7 sancisce: «Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.»

³⁵ Cfr. art. 3 (e la deroga di cui all'art. 2 in tempo di guerra) del Protocollo n. 6 del 28 aprile 1983 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali relativo all'abolizione della pena di morte (RS **0.101.6**; entrato in vigore per la Svizzera il 1° novembre 1987) e l'art. 2 del Protocollo n. 13 del 3 maggio 2002 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza (SR **0.101.093**; entrato in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2003).

³⁶ Cfr. Walter Kälin/Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basilea 2005, pag. 280 seg. Nella sentenza *Ocalan c. Turchia* del 12 maggio 2005, la Corte EDU ha osservato al n. 163 «on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, (...) qui n'est plus autorisée [...]».

³⁷ Cfr. le ulteriori osservazioni del Rapporto, n. 8.7.1.1.

³⁸ Cfr. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^a ed., Berna 2008, pag. 45.

2.4.2 Necessità di revisione della Costituzione

Il Consiglio federale non condivide l'opinione espressa da alcuni esponenti della dottrina³⁹ secondo cui il problema delle iniziative popolari che creano norme costituzionali contrarie al diritto internazionale si potrebbe risolvere interpretando in maniera più estesa l'espressione «disposizioni cogenti del diritto internazionale». Il Consiglio federale ritiene che i diritti popolari non si possano restringere modificando semplicemente la prassi, in merito alla quale i cittadini non possono pronunciarsi⁴⁰. Se quindi sussiste la volontà di estendere i motivi di nullità oltre l'ambito dello *ius cogens* e delle garanzie intangibili anche in stato di necessità, s'impone una revisione della Costituzione con un'integrazione degli articoli 139 capoverso 3, 193 capoverso 4 e 194 capoverso 2 Cost., che deve essere approvata dal Popolo e dai Cantoni.

2.4.3 Possibilità di modificare i motivi di nullità

Dato che per estendere i motivi di nullità delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale sarebbe necessaria una revisione della Costituzione, occorre chiedersi se la pertinente disposizione costituzionale debba godere di una protezione particolare, che vincolerebbe le future modifiche a determinate condizioni o le escluderebbe del tutto. Le cosiddette *clausole eterne* o *pietrificate*, secondo il modello dell'articolo 79 capoverso 3 della costituzione tedesca del 1949⁴¹, sono estranee al diritto costituzionale svizzero. Il parere di alcuni esponenti della dottrina, secondo cui alcuni «valori fondamentali irrinunciabili» sono intangibili, non si è imposto⁴². Un possibile motivo va ricercato nell'evoluzione costituzionale della Svizzera, ove la democrazia, il federalismo, la separazione dei poteri e lo Stato di diritto godono di una lunga tradizione e sono profondamente radicati nella memoria collettiva⁴³. Inoltre, anche il principio di democrazia (cfr. n. 2.2.1) è difficilmente conciliabile con una clausola costituzionale eterna.

L'attuale testo costituzionale chiarisce che la Costituzione federale può essere rivodata in ogni tempo, interamente o parzialmente (art. 192 cpv. 1 Cost.). Sono quindi escluse limitazioni materiali assolute o temporanee. Inoltre, gli articoli 192-195 Cost. contengono disposizioni che disciplinano le basi della *procedura* di revisione. Gli articoli 193 capoverso 3 e 194 capoversi 2 e 3 formulano condizioni esplicite per la revisione parziale della Costituzione federale, ossia l'unità della

³⁹ Cfr. i rinvii al n. 9.6.1.1 (pag. 2081) del Rapporto.

⁴⁰ Rapporto, n. 9.6.1.1. Cfr. anche Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBl 2008, pag. 138.

⁴¹ Tale norma vieta modifiche della Costituzione che toccano la struttura dello Stato federativo, il riconoscimento della dignità umana e dei diritti fondamentali, nonché i principi dello Stato federativo democratico e sociale. Analogamente l'art. 288 della Costituzione portoghese del 1976.

⁴² Cfr. le indicazioni in Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^a ed., Zurigo 2008, n. marg. 28.

⁴³ Cfr. Peter Häberle, *Die Verfassung «im Kontext»*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (a c. di), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurigo 2001, § 2 n. marg. 35.

forma e della materia e il rispetto delle disposizioni cogenti del diritto internazionale. L'articolo 193 capoverso 4, in base al quale neppure una revisione totale della Costituzione federale può violare le disposizioni cogenti del diritto internazionale, sottolinea l'importanza della seconda condizione.

Nessuno Stato di diritto può sottrarsi all'elevata forza normativa del diritto internazionale cogente (*ius cogens*), che costituisce pertanto un limite di rango superiore (eteronomo) rispetto alla Costituzione nazionale e ha validità indipendentemente dal fatto che il testo costituzionale contenga una riserva in merito⁴⁴. Le norme dello *ius cogens* non contengono un divieto di sottoporre a votazione le modifiche costituzionali contrarie al diritto internazionale cogente. È quindi una questione di diritto costituzionale dichiarare valide o nulle le iniziative popolari che violano il diritto internazionale cogente. Tuttavia, le revisioni della Costituzione che violano lo *ius cogens* non esplicano alcun effetto e quindi non ha senso sottoporle a votazione.

Recentemente l'iniziativa parlamentare 09.466 (Gruppo dell'Unione democratica di centro) ha proposto di inserire nell'articolo 139 capoverso 2 Cost. la seguente definizione (esaustiva): «Per disposizioni cogenti del diritto internazionale s'intendono il divieto della guerra d'aggressione, il divieto della tortura, il divieto del genocidio e il divieto della schiavitù». Il Consiglio nazionale non ha appoggiato la proposta di restringere i motivi di nullità e il 28 settembre 2010 non ha dato seguito all'iniziativa⁴⁵.

Riassumendo: se il potere costituente intende estendere i motivi di nullità materiali delle iniziative popolari rispetto allo *ius cogens* e quindi imporsi i relativi vincoli, non può prevedere soglie più elevate per la revisione di tali motivi di nullità costituzionali. È libero in qualsiasi momento di revocare (del tutto o in parte) tale estensione dei vincoli, poiché soltanto il potere costituente, in quanto autorità suprema dello Stato, è sufficientemente legittimato a decidere dell'accettabilità di eventuali violazioni del diritto internazionale. Come per ogni revisione parziale, l'impulso può essere proposta dal Popolo o dalle autorità. Per ogni estensione o revoca di tale vincolo autoimposto è necessaria la maggioranza del Popolo e dei Cantoni.

2.4.4 Applicabilità ai progetti proposti dal Popolo o dalle autorità

La riserva delle disposizioni cogenti del diritto internazionale è formulata in due punti della Costituzione federale: al titolo quarto nella definizione del diritto d'iniziativa (art. 139 cpv. 3 Cost.) e al titolo sesto, che contiene in particolare le condizioni per la revisione della Costituzione (art. 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.). Il limite materiale costituito dalle disposizioni cogenti del diritto internazionale si applica pertanto sia ai progetti costituzionali delle autorità sia alle proposte avanzate in un'iniziativa popolare. È ovvio che la decisione sulla conformità di un progetto costituzionale con le disposizioni cogenti del diritto internazionale non può dipende-

⁴⁴ Cfr. Rapporto, n. 8.7.1.1 e messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF **1997** I 1, pag. 340, 405. Cfr. inoltre Robert Baumann, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl 2007, pag. 206; Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurigo 2000, n. marg. 553.

⁴⁵ Boll. uff. **2010** N 1544 segg.

re da *chi* ha avviato la revisione (cfr. anche art. 5 cpv. 1 Cost.). Nella discussione sull'estensione dei motivi di nullità delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, occorre quindi tenere conto del fatto che i progetti proposti dalle autorità vanno valutati alla stregua dei progetti proposti dal Popolo⁴⁶. I motivi di nullità (eventualmente estesi) vanno quindi applicati anche in caso di revisione totale avviata dalle autorità e di revisioni parziali proposte dall'Assemblea federale o dal Consiglio federale, sia in caso di controprogetto a un'iniziativa popolare (art. 139 cpv. 5 terzo periodo Cost.). Tale applicabilità non è intaccata dal fatto che la Costituzione federale non prevede la conseguenza giuridica di una dichiarazione separata di nullità totale o parziale per i progetti delle autorità – al contrario di quanto accade per le iniziative popolari⁴⁷. Valutando un progetto costituzionale «proprio», l'Assemblea federale deve applicare i motivi di nullità con la stessa severità con cui giudica la validità di un'iniziativa popolare.

2.4.5 Il diritto d'iniziativa svizzero

2.4.5.1 Disposizioni costituzionali per il trattamento di iniziative popolari

L'articolo 192 capoverso 1 Cost. stabilisce esplicitamente che la Costituzione può essere modificata in qualsiasi momento. Non esistono vincoli o riserve temporali per le norme costituzionali, ragion per cui un'iniziativa popolare per la revisione parziale o totale della Costituzione federale può essere presentata in qualsiasi momento (cfr. n. 2.4.3). Il diritto costituzionale conferisce all'Assemblea federale il compito di decidere sulla validità delle iniziative popolari formalmente riuscite (art. 139 cpv. 3 Cost. e 173 cpv. 1 lett. f Cost.). La Costituzione designa quindi l'Assemblea federale quale organo competente, definendo altresì il momento della decisione, che deve essere presa quando l'iniziativa è formalmente riuscita, ossia soltanto al termine della raccolta delle firme e dopo il deposito dell'iniziativa. Inoltre, l'articolo 139 capoverso 5 Cost. stabilisce che l'iniziativa è sottoposta al voto del Popolo e dei Cantoni, che l'Assemblea federale ne raccomanda l'accettazione o il rifiuto e può contrapporre un controprogetto. Il Consiglio federale ha un diritto di proposta in merito (art. 160 cpv. 2 Cost.).

2.4.5.2 Rilevanza quantitativa

Alcuni dati sulla rilevanza quantitativa delle iniziative popolari possono servire a valutare meglio l'idoneità degli adattamenti procedurali proposti per il loro trattamento.

Dall'introduzione, nel 1978, dell'esame preliminare obbligatorio delle iniziative popolari da parte della Cancelleria federale (art. 69 della legge federale del 17 dicembre 1966⁴⁸ sui diritti politici, LDP) sono state lanciate 241 iniziative popolari, di cui 149 sono riuscite e 76 sono fallite. Le restanti 16 iniziative si trovano ancora

⁴⁶ Cfr. Luzian Odermatt, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, AJP 1996, pag. 715.

⁴⁷ Cfr. art. 139 cpv. 3 Cost. e, a paragone, gli art. 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.

⁴⁸ RS 161.1

nella fase della raccolta delle firme. Negli ultimi decenni sono state pertanto lanciate in media sei iniziative popolari all'anno, di cui circa un terzo non è riuscito a raccogliere il numero necessario di firme o è stato ritirato. Si registrano tuttavia notevoli oscillazioni sia nel corso di un ciclo legislativo (numero nettamente maggiore di iniziative nella seconda metà del ciclo e quota particolarmente elevata di iniziative non riuscite se lanciate nell'estate che precede le elezioni al Parlamento) sia su un arco di tempo più lungo.

Non sono invece note al pubblico le iniziative popolari depositate in Cancelleria per la traduzione e l'esame preliminare, ma in seguito non lanciate. Il loro numero è superiore a quello delle iniziative lanciate, le quali, in almeno metà dei casi, durante l'esame preliminare sono sottoposte a una o più modifiche redazionali o materiali da parte dei promotori.

Negli ultimi decenni la Cancelleria federale ha pertanto dovuto, in media, procedere all'esame preliminare di 15 iniziative popolari all'anno. Nella ricerca di una soluzione praticabile sarà opportuno prevedere un carico di lavoro medio di almeno un'iniziativa al mese, con punte fino a sette iniziative inoltrate contemporaneamente alla vigilia delle elezioni al Consiglio nazionale. La quota delle iniziative respinte in votazione è alta: soltanto 18 delle 175 iniziative sottoposte al voto del Popolo e dei Cantoni sono state approvate⁴⁹.

2.5 Conclusioni

Secondo il diritto costituzionale vigente, costituiscono un limite materiale alle revisioni della Costituzione le «disposizioni cogenti del diritto internazionale» (il diritto internazionale cogente ai sensi dello *ius cogens* e le garanzie del diritto internazionale intangibili anche in stato di necessità). La conseguenza giuridica della nullità prevista dall'articolo 139 capoverso 3 Cost. permette di evitare conflitti tra le norme costituzionali e le disposizioni cogenti del diritto internazionale. Nessuna regola impedisce invece la creazione di norme costituzionali contrarie alle disposizioni «restanti» del diritto internazionale. Il diritto svizzero non prevede neppure una regola sul primato, che definisca chiaramente come risolvere un siffatto conflitto.

Gli elementi portanti della Costituzione e del diritto internazionale delimitano il campo (ristretto) entro il quale cercare soluzioni tese a impedire conflitti tra il diritto d'iniziativa e gli obblighi internazionali. La prima misura, analizzata qui di seguito al numero 3, rafforza la procedura di esame preliminare: prima ancora della raccolta delle firme, l'autorità rilascia ai promotori un parere in merito alla conformità della loro iniziativa popolare con il diritto internazionale. Ciò permette al comitato d'iniziativa di adattare eventualmente il testo dell'iniziativa per renderla conforme al diritto internazionale.

⁴⁹ Situazione: 23 febbraio 2011. Cfr. sito della Cancelleria federale: <http://www.bk.admin.ch> (Temi/Diritti politici/Iniziative popolari/Compendio in cifre).

3 Esame materiale preliminare prima della raccolta delle firme

3.1 Oggetto dell'esame e criteri di valutazione

L'attuale procedura di esame preliminare da parte della Cancelleria federale prima della raccolta delle firme si limita alla verifica di punti formali ossia all'esame delle condizioni poste alla lista delle firme secondo l'articolo 68 LDP, all'esame del titolo dell'iniziativa popolare e della traduzione del testo. L'esame della conformità al diritto internazionale può riallacciarsi a tale procedura e svolgersi contemporaneamente. La conformità dell'iniziativa popolare con il diritto internazionale non sarebbe pertanto valutata dopo la sua riuscita, bensì prima della raccolta delle firme. Tale esame preliminare non deve tuttavia limitarsi a verificare la validità dell'iniziativa, bensì contemplare anche le disposizioni restanti del diritto internazionale. Come illustrato nel Rapporto, nel recente passato sono state presentate iniziative che, pur non violando le disposizioni cogenti del diritto internazionale, erano contrarie a norme del diritto internazionale in parte non denunciabili o la cui denuncia è difficilmente attuabile per motivi politici. L'obiettivo dell'esame preliminare non è soltanto quello di impedire agli autori di raccogliere firme per un'iniziativa che successivamente deve essere dichiarata nulla, bensì più in generale quello di evitare iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, in particolare quelle contrarie ad accordi internazionali non denunciabili o la cui denuncia è difficilmente attuabile per motivi politici. L'esame preliminare è concepito come servizio ai promotori poiché permette loro di individuare tempestivamente eventuali problemi di conformità al diritto internazionale, favorendo e incoraggiando in tal modo l'adattamento del testo dell'iniziativa prima della raccolta delle firme. L'esame preliminare intende far sì che i promotori di un'iniziativa e gli aventi diritti di voto, coscienti della non conformità al diritto internazionale, presentino o approvino più raramente iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. Per tale ragione l'esame preliminare deve comprendere, oltre alla verifica della conformità con le disposizioni cogenti del diritto internazionale, anche la conformità con le disposizioni restanti del diritto internazionale pertinente. Nel caso in cui i motivi di nullità materiali venissero estesi ai diritti fondamentali nella loro essenza (cfr. n. 4), l'esame dovrebbe essere esteso anche a tale ambito.

Per quanto riguarda l'oggetto dell'esame, occorre chiedersi se l'esame preliminare debba vertere anche sulle altre condizioni di validità elencate all'articolo 139 capoverso 3 Cost. (principio dell'unità della forma o della materia). Per valutare tali condizioni sono necessarie conoscenze del settore specifico trattato dall'iniziativa, per cui l'esame andrebbe affidato all'ufficio federale incaricato di elaborare il messaggio. Ne conseguirebbero tuttavia una complicazione della procedura di esame e, di rimando, tempi molto più lunghi. All'atto pratico, le due condizioni non pongono quasi mai problemi, e pertanto appare superfluo cercare nuove soluzioni.

3.2 Nessun effetto vincolante

Per l'introduzione dell'esame preliminare della conformità al diritto internazionale prima della raccolta delle firme è fondamentale la questione dell'eventuale effetto vincolante di tale esame.

Il Consiglio federale ritiene che un esame preliminare della conformità delle iniziative popolari con il diritto internazionale prima della raccolta delle firme non debba espletare alcun effetto vincolante: i promotori non devono essere tenuti a ritirare la propria iniziativa o a modificarne il testo. Nella valutazione successiva della validità dell'iniziativa secondo l'articolo 139 capoverso 3 Cost., anche il Consiglio federale e il Parlamento non sono vincolati al risultato dell'esame preliminare.

Se l'esame preliminare espletasse un effetto vincolante, occorrerebbe chiarire a cosa si riferisce tale effetto. Se ad esempio si constatasse che l'iniziativa popolare viola disposizioni cogenti del diritto internazionale, gli autori sarebbero tenuti ad adattare il testo della loro iniziativa? E se rifiutassero di procedere agli adattamenti, la raccolta delle firme sarebbe esclusa? Di conseguenza non si tratterebbe più di una procedura di esame preliminare, poiché la decisione sulla validità dell'iniziativa verrebbe anticipata a prima della raccolta delle firme. Il quesito delle conseguenze si porrebbe anche se si constatasse che l'iniziativa viola disposizioni non cogenti del diritto internazionale: imporre agli autori di adattare l'iniziativa equivarrebbe implicitamente a estendere i motivi di nullità per le iniziative popolari, mentre la rinuncia all'obbligo di adattare l'iniziativa renderebbe superfluo l'effetto vincolante della procedura di esame preliminare. Il Consiglio federale ritiene pertanto che entri in linea di conto soltanto una procedura di esame preliminare senza effetto vincolante.

Il postulato 10.3885 della Commissione delle istituzioni politiche CN (09.521 Decisione concernente la validità di un'iniziativa popolare prima della raccolta delle firme) chiede al Consiglio federale di valutare una procedura che permetta di decidere in merito alla validità di un'iniziativa popolare prima della raccolta delle firme. Tale anticipazione della decisione sulla validità ha per unica conseguenza quella di impedire la raccolta delle firme nei pochi casi in cui l'iniziativa non è sottoposta al voto del Popolo e dei Cantoni perché nulla. Tale approccio non contribuisce in alcun modo a impedire iniziative popolari contrarie alle disposizioni restanti del diritto internazionale.

3.3 Autorità esaminanti

Sono ipotizzabili varie autorità di esame: un'autorità amministrativa, una commissione parlamentare straordinaria, l'Assemblea federale o il Tribunale federale. Affidare il compito a una commissione parlamentare comporterebbe svantaggi importanti. Quello principale consiste nel fatto che, perlomeno nel caso in cui l'iniziativa popolare raccoglie il numero di firme necessario, gli organi parlamentari dovrebbero occuparsi due volte dello stesso oggetto. Inoltre, l'inizio della raccolta delle firme subirebbe probabilmente un ritardo notevole, poiché la commissione dovrebbe attendere un rapporto dell'Amministrazione federale su cui basare la propria decisione.

Nel caso in cui l'esame preliminare fosse affidato all'Assemblea federale, gli svantaggi indicati per la commissione parlamentare risulterebbero ancora più evidenti. Sarebbe in particolare notevolmente ritardata la raccolta delle firme, ragion per cui i promotori riuscirebbero difficilmente a reagire a problemi di scottante attualità con il lancio di un'iniziativa e sfruttando tale attualità per raccogliere velocemente il numero di firme necessario. Tali svantaggi sussisterebbero anche in caso di anticipazione della decisione dell'Assemblea federale sulla validità di un'iniziativa popolare

prima della raccolta delle firme, come chiede di esaminare il postulato 10.3885. Se ne confermasse la validità e l'iniziativa riesce, l'Assemblea federale dovrebbe occuparsene due volte, una delle due inoltre in un momento in cui la discussione politica non è ancora lanciata, in quanto non sono ancora state raccolte le firme necessarie. Giacché è presumibile che le iniziative dichiarate nulle dall'Assemblea federale vengano riproposte immediatamente sotto forma leggermente modificata, il Parlamento si troverebbe a dover trattare a varie riprese iniziative dal contenuto fondamentalmente uguale, con tutti gli oneri supplementari che ne conseguono.

Secondo il Consiglio federale neppure il Tribunale federale è un'autorità idonea a svolgere l'esame materiale preliminare consultativo delle iniziative popolari. I tribunali hanno il compito di decidere in modo vincolante in merito a singoli casi e non quello di allestire pareri senza effetto vincolante. Se la decisione definitiva in merito alla validità di un'iniziativa continuerà a competere all'Assemblea federale, la soluzione del Tribunale federale andrebbe respinta anche per motivi inerenti alla separazione dei poteri. Il trasferimento di tale competenza al Tribunale federale, un'eventualità che il postulato 10.3885 lascia aperta, equivarrebbe all'introduzione parziale di una Corte costituzionale. Sarebbe molto difficile spiegare perché il Tribunale federale possa decidere in merito alla conformità costituzionale delle iniziative popolari e non in merito a quella delle leggi. Il Consiglio federale ritiene che la questione della giurisdizione costituzionale debba essere esaminata in modo generale e non in un settore specifico; tale esame è attualmente in corso nell'ambito delle iniziative parlamentari 05.445 (Studer Heiner, Giurisdizione costituzionale) e 07.476 (Müller-Hemmi Vreni, Diritto costituzionale determinante per chi è chiamato ad applicare il diritto)⁵⁰.

Una soluzione relativamente semplice da realizzare consiste invece nell'affidare l'esame a un'autorità amministrativa. Per l'esame della conformità di iniziative popolari al diritto internazionale entrano in linea di conto la Direzione del diritto internazionale pubblico e l'Ufficio federale di giustizia, già oggi competenti per questioni inerenti all'interpretazione del diritto internazionale e di quello costituzionale. Queste unità amministrative possono procedere all'esame congiuntamente. Sono esperte in materia di controllo normativo preventivo e quindi in grado di giungere relativamente presto a un risultato concordante. Se eccezionalmente non dovessero riuscire a mettersi d'accordo subito, vi sono diverse possibilità per raggiungere un accordo in un secondo momento: i Dipartimenti o il Consiglio federale potrebbero ad esempio istruire le unità sottoposte sul modo di procedere nel caso concreto. Siffatti conflitti sarebbero tuttavia estremamente rari.

Poiché – tranne nel caso di pareri contrastanti – nessun'altra autorità sarebbe incaricata dell'esame, il comitato d'iniziativa non deve temere un ritardo nella raccolta delle firme. L'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico possono iniziare l'esame non appena la Cancelleria federale ha varato il testo originale insieme al comitato d'iniziativa. La Cancelleria federale non deve effettuare una preselezione delle iniziative popolari eventualmente problematiche, ma le sottopone tutte all'Ufficio federale di giustizia e alla Direzione del diritto internazionale pubblico, affinché ne esaminino la conformità con il diritto internazionale. Pertanto, l'esame preliminare della Cancelleria federale e quello della

⁵⁰ Cfr. il rapporto e il progetto preliminare del 17 febbraio 2011: <http://www.parlament.ch/i/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/05-445-07-476/Documents/bericht-rk-n-05-445-07-476-2011-02-17-i.pdf>.

conformità da parte dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale pubblico si svolgono parzialmente in parallelo. In questa fase il comitato ha la possibilità di adattare il testo dell'iniziativa in base a prime indicazioni, in modo da evitare il lancio di un'iniziativa contraria al diritto internazionale. Presumibilmente, rispetto alla procedura attuale, l'esame preliminare materiale non ritarderà in modo sensibile l'inizio della raccolta delle firme, premesso che siano messe a disposizione le risorse necessarie.

3.4 Pubblicazione del parere amministrativo

Affinché possa avere l'effetto auspicato, il parere dell'Amministrazione federale deve essere reso pubblico in maniera adeguata.

Secondo l'articolo 69 LDP, dopo l'esame preliminare, la Cancelleria federale pubblica nel Foglio federale la decisione relativa a tale esame e il testo dell'iniziativa. A partire dalla data di questa pubblicazione decorre il termine per la raccolta delle firme. La comunicazione del parere amministrativo in merito alla conformità dell'iniziativa popolare con il diritto internazionale può essere abbinata a tale pubblicazione nel Foglio federale. In tal modo l'informazione è di dominio pubblico. Giacché il Foglio federale può essere consultato anche in rete, è molto semplice accedere all'informazione. Per le Camere federali, la pubblicazione nel Foglio federale insieme alla decisione dell'esame preliminare può successivamente fungere da prova del fatto che i promotori dell'iniziativa popolare erano stati resi attenti ai problemi e hanno evidentemente rifiutato di conformare il testo ai diritti fondamentali e al diritto internazionale. In merito alla procedura concreta e alla forma di questa pubblicazione vanno precisati i punti illustrati qui di seguito.

Occorre innanzitutto decidere se il parere vada pubblicato in ogni caso o soltanto in presenza di una violazione del diritto internazionale. La redazione di una perizia nei casi in cui non vi è manifestamente violazione del diritto internazionale non richiede molto lavoro e il pertinente parere può essere molto breve. Si tratta di un argomento a favore della pubblicazione di tutti i pareri, compresi quelli positivi. Questa soluzione permette di rafforzare il carattere di servizio del parere amministrativo. Infatti, i promotori, oltre ad avere la possibilità di adattare il testo dell'iniziativa nel corso dell'esame preliminare se appare manifesta una violazione del diritto internazionale, ricevono, in caso di esito positivo, una conferma della conformità dell'iniziativa con le pertinenti disposizioni del diritto internazionale.

Oltre alla pubblicazione del parere dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale pubblico nel Foglio federale, s'intende imporre ai promotori dell'iniziativa di indicare l'esito dell'esame, completo di rinvio al parere, sulla lista delle firme. In tal modo è garantita la massima diffusione pubblica. Nel rinvio vanno indicati numero e pagina del Foglio federale in cui si trova il parere. La lista delle firme dovrà inoltre riportare il risultato dell'esame svolto dalla Direzione del diritto internazionale pubblico e dall'Ufficio federale di giustizia. A tale scopo si possono usare frasi standard brevi e concise che descrivano il risultato dell'esame preliminare materiale. Le tre frasi standard fungono da «semaforo»: verde in caso di conformità con il pertinente diritto internazionale, giallo in caso di violazione di obblighi internazionali e rosso in caso di violazione delle disposizioni cogenti del

diritto internazionale. Le frasi da stampare sulla lista delle firme figurano in fondo al parere dell'Amministrazione federale e potrebbero essere formulate come segue:

- «L'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico ritengono l'iniziativa popolare conforme ai pertinenti obblighi internazionali della Svizzera». Questa formulazione si sceglie se non vi sono problemi di compatibilità tra l'iniziativa popolare e il diritto internazionale o se i promotori hanno modificato il testo dell'iniziativa rendendolo conforme al diritto internazionale.
- «L'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico ritengono l'iniziativa popolare non conforme agli obblighi internazionali della Svizzera; non sarebbe tuttavia opportuno dichiararla nulla perché non viola le disposizioni cogenti del diritto internazionale». Questa formulazione va stampata sulla lista delle firme se l'iniziativa popolare non è conforme agli obblighi internazionali della Svizzera, ma tali obblighi non rientrano nelle disposizioni cogenti del diritto internazionale e quindi non sussiste alcun motivo di nullità.
- «L'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico ritengono l'iniziativa popolare non conforme alle disposizioni cogenti del diritto internazionale e giudicano opportuno dichiararla nulla.» Questa formulazione va stampata sulla lista delle firme nei casi in cui, secondo l'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico, l'iniziativa viola le disposizioni cogenti del diritto internazionale e va pertanto dichiarata nulla.

L'obbligo di indicare l'esito dell'esame, completo di rinvio al parere integrale, va considerato un'ulteriore condizione per la validità della lista delle firme. Se ne è sprovvista, le firme sono nulle e non se ne tiene conto nel conteggio del numero necessario di firme.

In caso di estensione dei motivi di nullità materiali per le iniziative popolari (cfr. n. 4) e di conseguente estensione dell'esame a questi ulteriori motivi di nullità, le formulazioni dovrebbero essere adeguate.

3.5 Tutela giurisdizionale

Dato che il parere dell'Amministrazione federale non vincola il Consiglio federale e il Parlamento nella successiva valutazione della validità secondo l'articolo 139 capoverso 3 e non impedisce a nessuno di firmare l'iniziativa popolare, non occorre prevedere alcun rimedio giuridico. La garanzia della via giudiziaria di cui all'articolo 29a Cost. si applica in linea di massima anche in materia di diritti politici⁵¹, ma in casi eccezionali può essere esclusa per legge. In specie si tratta di una deroga motivata, in quanto i tribunali non vanno resi competenti per questioni per le quali è a priori esclusa una decisione vincolante. Non trattandosi di una delega del disbrigo di una pratica ai sensi dell'articolo 177 capoverso 3 Cost., la tutela giurisdizionale non va concessa neppure a questo titolo.

⁵¹ DTF **134** I 199 consid. 1.2; DTF **136** II 132 consid. 2.5.2.

3.6

Conclusioni

L'esame preliminare della conformità al diritto internazionale contribuisce a ridurre le probabilità di riuscita formale delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale pur non potendola impedire con certezza. Come illustrato nel Rapporto⁵², la procedura di esame permette di informare in modo attendibile e competente i promotori e gli aventi diritti di voto se un'iniziativa popolare è contraria al diritto internazionale. In tal modo i promotori sono messi tempestivamente al corrente di eventuali problemi e possono riformulare l'iniziativa popolare in modo da evitarli; restano tuttavia liberi di decidere, e possono anche rinunciare a riformulare il testo. L'esame preliminare della conformità delle iniziative popolari con il diritto internazionale intende ridurre le probabilità che vengano depositate, riescano formalmente e siano accettate iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. Permette anche di prevenire frustrazioni risultanti dal fatto che l'iniziativa venga dichiarata nulla successivamente alla raccolta in buona fede delle firme. Accresce inoltre il senso di responsabilità dei promotori di un'iniziativa e riduce eventuali reticenze delle Camere federali quando, a causa della non conformità con il diritto internazionale cogente, sono costrette a dichiarare nulla un'iniziativa.

Come illustrato al numero 3.2, il Consiglio federale ritiene che il suddetto esame preliminare non debba espletare un effetto vincolante e propone che ne siano incaricati congiuntamente l'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico (n. 3.3).

Per la comunicazione del parere amministrativo occorre scegliere una via che garantisca la maggiore diffusione possibile e sia nel contempo facile da realizzare. Il parere dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale pubblico sarà pertanto pubblicato nel Foglio federale. Inoltre i promotori dell'iniziativa saranno tenuti a rinviare, nella lista delle firme, al parere amministrativo pubblicato nel Foglio federale e a indicarvi, sotto forma di frase standard, l'esito dell'esame. Sussiste un certo pericolo che, in caso di esito non gradito del parere amministrativo, i promotori dell'iniziativa «nascondano» l'osservazione inserendola in un testo stampato in piccoli caratteri. La soluzione proposta comporta altresì un onere supplementare per la Cancelleria federale, chiamata a verificare, in occasione del conteggio delle firme, che la lista delle firme rechi tale indicazione (art. 72 cpv. 2 lett. a LDP).. Inoltre l'esame preliminare materiale crea oneri supplementari anche per l'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico. In tale contesto, oltre che del lavoro necessario per il parere successivamente pubblicato nel Foglio federale, occorre tenere conto anche dell'eventuale lavoro per il (ri)esame dei testi delle iniziative popolari adattati in seguito a un primo riscontro delle autorità. Stando a una prima stima, la Cancelleria federale, l'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico avranno bisogno complessivamente di tre posti supplementari a tempo pieno.

3.7

Proposte di formulazione

L'esame preliminare materiale si ricollega all'attuale procedura di esame preliminare affidata alla Cancelleria federale e si svolgerà in parallelo. Si propone pertanto di

⁵² Rapporto, n. 9.9.2.1.

integrare il disciplinamento della procedura di esame preliminare della LDP. L'articolo 68 capoverso 1 lettera f LPD sancirà l'obbligo di indicare l'esito dell'esame preliminare materiale e di rinviare al parere; in occasione dell'esame delle firme, la Cancelleria federale dovrà pertanto verificare anche questo punto. La procedura sarà disciplinata nell'articolo 69 LDP, che regge anche la procedura di esame preliminare della Cancelleria federale; in base al nuovo capoverso 3^{bis}, la decisione della Cancelleria federale determina il tenore concreto dell'indicazione e del rinvio di cui all'articolo 68 capoverso 1 lettera f. Per l'indicazione, la Cancelleria federale si rifarà al parere dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto pubblico internazionale. L'articolo 80 capoverso 3 LDP esenta esplicitamente l'esito dell'esame preliminare materiale dalla verifica giudiziaria.

Si propongono le seguenti formulazioni:

LDP art. 68 cpv. 1 lett. f (nuova)

¹ *La lista delle firme (su foglio, pagina, cartolina) per un'iniziativa popolare deve contenere le seguenti indicazioni:*

f. l'esito dell'esame preliminare materiale di cui all'articolo 69 capoverso 3^{bis} e i dati che permettono di reperirlo nel Foglio federale.

LDP art. 69 cpv. 3^{bis} (nuovo) e 4

^{3bis} *La Cancelleria federale sottopone il testo dell'iniziativa all'Ufficio federale di giustizia e alla Direzione del diritto internazionale pubblico per l'esame preliminare della conformità con il diritto internazionale. L'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico allestiscono un parere comune. Nella propria decisione la Cancelleria federale definisce le modalità per l'indicazione dell'esito dell'esame preliminare sulla lista delle firme.*

⁴ *Il titolo e il testo dell'iniziativa, il nome dei promotori e l'esito dell'esame preliminare di cui al capoverso 3^{bis} sono pubblicati nel Foglio federale.*

LDP art. 80 cpv. 3

³ *I membri del comitato d'iniziativa possono impugnare con ricorso al Tribunale federale anche le decisioni della Cancelleria federale inerenti alla validità formale della lista delle firme (art. 69 cpv. 1) e al titolo dell'iniziativa (art. 69 cpv. 2), ma non l'esito dell'esame preliminare di cui all'articolo 69 capoverso 3^{bis}.*

Nel caso in cui i motivi materiali di nullità delle iniziative popolari fossero estesi ai diritti fondamentali nella loro essenza (cfr. n. 4), sarebbe altresì necessario estendere l'esame a questi ulteriori motivi di nullità. La pertinente disposizione potrebbe essere formulata come segue:

LDP art. 68 cpv. 1 lett. f (nuova)

¹ *La lista delle firme (su foglio, pagina, cartolina) per un'iniziativa popolare deve contenere le seguenti indicazioni:*

f. l'esito dell'esame preliminare materiale di cui all'articolo 69 capoverso 3^{bis} e i dati che permettono di reperirlo nel Foglio federale.

LDP art. 69 cpv. 3^{bis} (nuovo) e 4

^{3bis} *La Cancelleria federale sottopone il testo dell'iniziativa all'Ufficio federale di giustizia e alla Direzione del diritto internazionale pubblico per l'esame preliminare della conformità con il diritto internazionale e con i diritti fondamentali nella loro essenza. L'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico allestiscono un parere comune. Nella propria decisione la Cancelleria federale definisce le modalità per l'indicazione dell'esito dell'esame preliminare sulla lista delle firme.*

⁴ *Il titolo e il testo dell'iniziativa, il nome dei promotori e l'esito dell'esame preliminare di cui al capoverso 3^{bis} sono pubblicati nel Foglio federale.*

LDP art. 80 cpv. 3

³ *I membri del comitato d'iniziativa possono impugnare con ricorso al Tribunale federale anche le decisioni della Cancelleria federale inerenti alla validità formale della lista delle firme (art. 69 cpv. 1) e al titolo dell'iniziativa (art. 69 cpv. 2), ma non l'esito dell'esame preliminare di cui all'articolo 69 capoverso 3^{bis}.*

4 Estensione dei motivi di nullità

4.1 Problematicità di criteri indefiniti e formali

Il Rapporto ha preso in considerazione l'eventuale estensione dei motivi di nullità per evitare i conflitti tra il diritto d'iniziativa e il diritto internazionale. Sono state esaminate più in dettaglio le seguenti quattro varianti⁵³:

- introduzione di un ulteriore limite materiale che impedisca iniziative popolari contrarie alle disposizioni del diritto internazionale considerate di *primaria importanza* per la Svizzera;
- rispetto delle *norme internazionali di tutela dei diritti umani* come nuova e ulteriore condizione di validità;
- *elenco* delle norme o dei trattati internazionali ai quali le modifiche della Costituzione federale non possono derogare;
- *inattuabilità giuridica o politica* delle iniziative popolari come nuovo motivo di nullità.

Il Consiglio federale è giunto alla conclusione che sottoporre la validità delle iniziative popolari a ulteriori limiti sarebbe problematico in termini giuridici e politici⁵⁴. I problemi giuridici sono dovuti principalmente ai criteri *indefiniti* e quindi piuttosto

⁵³ Rapporto, n. 9.6.1.2–9.6.1.5.

⁵⁴ Rapporto, n. 10, pag. 2092.

inattuabili delle varianti analizzate. Sono rari i punti di riferimento concreti che permettono di decidere se una determinata proposta di revisione costituzionale sia attuabile sotto il profilo giuridico o politico e se una disposizione del diritto internazionale sia di primaria importanza. Un motivo di nullità fondato su tali criteri richiederebbe un margine di apprezzamento politico molto esteso, il che difficilmente consentirebbe di soddisfare le esigenze giustificate del comitato d'iniziativa in merito alla prevedibilità dell'esito dell'esame (certezza del diritto). Inoltre, la decisione politica a favore o contro una proposta di revisione costituzionale compete al Popolo e ai Cantoni alle urne e non all'Assemblea federale nell'ambito dell'esame della validità. Ciononostante, il Consiglio federale non ha inteso sottrarsi al dibattito su un'eventuale estensione dei limiti materiali alla revisione della Costituzione, mostrando la sua disponibilità ad analizzarne le conseguenze⁵⁵.

Una soluzione idonea potrebbe consistere nell'inserire nella Costituzione federale una disposizione secondo cui l'Assemblea federale include nell'esame il *diritto internazionale non denunciabile* e dichiara nulla l'iniziativa in caso di contraddizione con tali norme. Si potrebbero così evitare conflitti che, a causa dell'impossibilità di denunciare i trattati in questione, non sono unilateralmente risolvibili in altro modo dal punto di vista giuridico. Un vantaggio di questa variante consiste inoltre nella determinatezza del criterio (*formale*).

Svariati motivi oggettivi rendono tuttavia inopportuna siffatta limitazione del diritto d'iniziativa. Le disposizioni dei trattati internazionali non denunciabili sono molto raramente in conflitto con un'iniziativa popolare (come esempio tipico si possono menzionare i trattati sui confini)⁵⁶. Inoltre, il criterio della non denunciabilità non corrisponde a quello (materiale) dell'importanza di una norma internazionale. Poiché tuttavia proprio il conflitto con gli obblighi internazionali più importanti è ritenuto riprovevole o pregiudizievole, l'estensione del motivo di nullità dovrebbe fondarsi (anche) sul criterio dell'importanza. Per tali motivi una soluzione basata sul criterio della non denunciabilità va respinta.

Per tenere conto di questi problemi giuridici occorre fondare l'estensione dei motivi di nullità su nozioni giuridiche quanto più concrete. I motivi di nullità devono basarsi principalmente su criteri (sostanziali) materiali, mentre il riferimento a criteri formali appare inopportuno. Su queste considerazioni poggiano le osservazioni seguenti e la proposta di introdurre i diritti fondamentali intangibili nella loro essenza come limite ulteriore posto alla validità delle iniziative popolari.

4.2 Estensione dei motivi di nullità in base a criteri materiali

4.2.1 Valori fondamentali del diritto nazionale e iniziative popolari

Secondo il diritto costituzionale vigente, oltre al criterio dell'unità della forma e della materia, anche le disposizioni cogenti del diritto internazionale costituiscono una condizione di validità di un'iniziativa popolare⁵⁷. Tuttavia, la discussione politi-

⁵⁵ Rapporto, n. 9.6.3.

⁵⁶ Cfr. Walter Kälin et al., *Völkerrecht. Eine Einführung*, 3^a ed., Berna 2010, pag. 44.

⁵⁷ Cfr. Rapporto, n. 8.7.1.1 e n. 2.4.1 del presente rapporto complementare.

ca e giuridica in merito ai motivi di nullità per le iniziative popolari non verte soltanto sulla relazione tra diritto nazionale (diritto d'iniziativa) e diritto internazionale, ma anche sulla conformità delle iniziative popolari con il diritto nazionale, ossia con i valori fondamentali sanciti nella Costituzione federale come diritti o principi fondamentali e quindi legittimati dalla democrazia diretta. Appare quindi opportuno esaminare se i diritti fondamentali nella loro essenza debbano essere sottratti, a titolo di vincolo autoimposto (cfr. n. 2.4.3), alla libera disposizione del potere costituente, accettandoli come ulteriore limite materiale posto alla revisione della Costituzione.

4.2.2 Diritti fondamentali nella loro essenza come limite materiale posto alla revisione della Costituzione

4.2.2.1 Definizione e funzione dei diritti fondamentali nella loro essenza

Secondo l'articolo 36 capoversi 1-3 le restrizioni dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione federale sono conformi al diritto costituzionale se poggiano su una base legale, se sono giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui e se sono proporzionate allo scopo. Tuttavia, secondo l'articolo 36 capoverso 4, i diritti fondamentali sono *intangibili* (protetti in maniera assoluta) nella loro essenza, anche nel caso in cui le condizioni dell'articolo 36 capoversi 1-3 fossero soddisfatte⁵⁸. Il riconoscimento di diritti fondamentali intangibili significa che a partire da un certo punto la ponderazione in base al principio di proporzionalità non è più possibile e che non è permessa alcuna restrizione di un diritto fondamentale nella sua essenza da parte di un'autorità statale, indipendentemente dall'interesse pubblico fatto valere e dall'adeguatezza allo scopo⁵⁹. L'intangibilità dei diritti fondamentali nella loro essenza è applicata anche e soprattutto quando la sicurezza del Paese è minacciata, ad esempio dal terrorismo o da organizzazioni criminali. In altre parole, non sono intangibili anche in stato di necessità.

Già negli anni Sessanta del secolo scorso il Tribunale federale aveva riconosciuto un cosiddetto contenuto essenziale o sostanziale dei diritti fondamentali⁶⁰. Con la revisione del 1999 il concetto è stato inserito nella Costituzione federale, rinunciando consapevolmente a una definizione generale⁶¹. L'essenza dei diritti fondamentali non si evince pertanto dall'articolo 36 capoverso 4 Cost., bensì dall'analisi dei diritti fondamentali, anche se oggi non è certo che tutti i diritti fondamentali contengano un nucleo intangibile (cfr. n. 4.2.3 e 4.2.4)⁶².

⁵⁸ Cfr. DTF **131** I 166 consid. 5.3 pag. 177.

⁵⁹ Jörg Paul Müller, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (a c. di), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurigo 2001, § 39 n. marg. 58.

⁶⁰ Cfr. ad es. DTF **90** I 29 consid. 3b pag. 37 e sullo sviluppo della giurisprudenza in dettaglio Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berna 2001, pag. 57 ff.

⁶¹ Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF **1997** I 1, pag. 181 seg.

⁶² Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurigo 2007, art. 36 n. marg. 24.

La tutela prevista dall'articolo 36 capoverso 4 è volta a impedire che il *legislatore* eroda completamente i diritti fondamentali. La proposta di estendere i limiti posti alla revisione della Costituzione all'essenza dei diritti fondamentali equivale quindi a un'estensione di tale funzione: il *potere costituente* si pone – mediante un vincolo autoimposto (cfr. n. 2.4.3) – gli stessi limiti applicabili anche al legislatore (parallelismo dei limiti materiali). Con la riserva delle disposizioni cogenti del diritto internazionale sancite agli articoli 139 capoverso 3, 193 capoverso 4 e 194 capoverso 2, la Costituzione prevede già dei limiti materiali (in particolare lo *ius cogens* come limite *eteronomo*). L'estensione dei motivi di nullità ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza equivarrebbe all'introduzione di un limite costituzionale autoimposto (*autonomo*).

4.2.2.2 Spunti per la definizione dell'essenza dei diritti fondamentali deducibile dal diritto costituzionale

La Costituzione federale non fissa criteri chiari che caratterizzino in modo univoco l'essenzialità di un aspetto dei diritti fondamentali⁶³. Tuttavia, formulazioni come «[...] è vietata» o «nessuno può essere costretto [...]», pur non essendo conclusive, rinviano a un carattere assoluto. La dottrina e la giurisprudenza riconoscono ad esempio come essenza del diritto alla vita e all'integrità fisica e psichica il divieto della pena di morte (art. 10 cpv. 1 secondo periodo Cost.), il divieto della tortura e ogni altro genere di trattamento o punizione crudele, inumano o degradante (art. 10 cpv. 3 Cost.). Il messaggio concernente la revisione della Costituzione osservava invece che per quanto riguarda il divieto di censura di cui all'articolo 17 capoverso 2 Cost., soltanto la censura preventiva, intesa come controllo preliminare sistematico da parte dell'autorità, costituisce il nucleo essenziale o intangibile della libertà di stampa.⁶⁴

Definendo in modo più chiaro il concetto di «diritti fondamentali intangibili nella loro essenza», il potere costituente avrebbe potuto consentire di individuare più facilmente i diritti fondamentali intangibili. La Costituzione del Cantone di Berna⁶⁵ può essere citata come esempio. La rinuncia a tale definizione ha tuttavia il vantaggio di permettere alla dottrina di sviluppare tale concetto. Le autorità federali e in particolare il Tribunale federale hanno pertanto il compito, tenendo conto delle disposizioni costituzionali e avvalendosi del diritto comparato (in particolare quello delle Costituzioni cantonali), di individuare l'essenza dei singoli diritti fondamentali. D'altronde il potere costituente ha in ogni momento la possibilità di sancire norme esplicite e contribuire così allo sviluppo del concetto.

Il concetto costituzionale di «diritti fondamentali intangibili nella loro essenza» riconosciuto da gran parte della dottrina e della giurisprudenza comprende⁶⁶:

- il divieto di privare qualcuno arbitrariamente della vita, ossia il divieto per lo Stato di uccidere facendo uso di una violenza non assolutamente necessaria per

⁶³ Cfr. Beatrice Weber-Dürler, Grundrechtseingriffe, in: Ulrich Zimmerli (a c. di), Die neue Bundesverfassung (BTJP 1999), Berna 2000, pag. 143.

⁶⁴ FF 1997 I 1, pag. 150 seg.

⁶⁵ Costituzione del Cantone di Berna, del 6 giugno 1993 (RS 131.212).

⁶⁶ Cfr. per la dottrina in particolare Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Berna 2007, pag. 117 segg.

raggiungere uno scopo legittimo definito in modo molto restrittivo (es. legittima difesa in caso di presa di ostaggi; cfr. art. 10 cpv. 1 primo periodo Cost.);

- il divieto della pena di morte (art. 10 cpv. 1 secondo periodo Cost.);
- il divieto della tortura e di ogni altro genere di trattamento o punizione crudele, inumano o degradante (art. 10 cpv. 3 Cost.). Devono ad esempio essere considerate violazioni dell'essenza dei diritti fondamentali l'impiego della narcoanalisi come metodo d'indagine nei processi, la sterilizzazione forzata o misure di detenzione mirate a distruggere la personalità del detenuto;
- il diritto all'aiuto in situazioni di bisogno (cfr. art. 12 Cost.; cfr. anche n. 4.2.5.1);
- il divieto del matrimonio forzato (cfr. art. 14 Cost.);
- il divieto di costringere qualcuno ad aderire a una comunità religiosa o a farne parte, nonché a compiere un atto religioso o a seguire un insegnamento religioso (art. 15 cpv. 4 Cost.);
- il divieto per lo Stato di costringere con la forza un individuo a identificarsi con un'opinione altrui (cfr. art. 16 Cost.);
- il divieto della censura preliminare sistematica (art. 17cpv. 2 Cost.)⁶⁷;
- la libera scelta della lingua in ambito privato (cfr. art. 18 Cost.);
- il divieto di espellere dal Paese le persone di cittadinanza svizzera (ossia di impartire loro l'ordine di lasciare il territorio svizzero comprensivo del divieto di rimpatriare; art. 25 cpv. 1 primo periodo Cost.)⁶⁸;
- il divieto di rinviare o estradare qualcuno in uno Stato in cui rischia la tortura o un altro genere di trattamento o punizione crudele o inumano (art. 25 cpv. 3 Cost.);
- il divieto di tangere la proprietà in quanto istituto giuridico (cfr. art. 26 Cost.), per esempio applicando un'imposizione a carattere di confisca o sostituendo la proprietà con diritti di usufrutto concessi dallo Stato;
- il divieto nei confronti dello Stato di costringere qualcuno a esercitare una determinata professione o attività commerciale (cfr. art. 27 Cost.).

Questo elenco non può essere esaustivo, poiché non è possibile definire l'essenza dei diritti fondamentali se non seguendo un processo progressivo. In tal modo la tutela assoluta di tali diritti è garantita anche in futuro nonostante i mutamenti del diritto e della società. Sinora il Tribunale federale, cui competono i casi specifici, ha riconosciuto soltanto saltuariamente tali garanzie. Tuttavia, anche le sentenze in cui il Tribunale federale *nega* la violazione dell'essenza dei diritti fondamentali offrono

⁶⁷ A tale proposito avanza delle critiche Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurigo 2007, art. 17 n. marg. 16.

⁶⁸ Il divieto dell'*estradizione* (ossia della consegna di una persona alle autorità di un altro Stato ai fini del perseguimento penale o dell'esecuzione della pena) è di carattere «relativo», in quanto non applicabile in caso di consenso dell'interessato. Non è inoltre considerata un'estradizione *la consegna a una corte* (penale), ad esempio in virtù dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, del 17 luglio 1998 (RS 0.312.1). Cfr. Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurigo 2007, art. 25 n.marg. 7 seg.

spunti importanti⁶⁹. Le opinioni della dottrina in merito all'essenza dei diritti fondamentali possono pertanto ritenersi alquanto consolidate soltanto in riferimento a parte delle *libertà*.

Inoltre, le opinioni divergono in merito al carattere di essenza dei diritti fondamentali insito nel principio dell'uguaglianza e nelle garanzie procedurali costituzionali. Pertanto i numeri 4.2.3 e 4.2.4 illustreranno più in dettaglio la pertinente giurisprudenza.

4.2.2.3 Il concetto di essenza dei diritti fondamentali nel diritto internazionale

Occasionalmente il concetto di contenuto essenziale è usato, seppur in modo non univoco anche per il diritto internazionale. Il termine tecnico «*essenza dei diritti fondamentali*» (art. 36) dell'articolo sulle restrizioni dei diritti fondamentali può applicarsi soltanto parzialmente al diritto internazionale. Salvo poche eccezioni, la tutela internazionale dei diritti umani non ha valore assoluto e può essere limitata per motivi specifici. È tuttavia chiaro che i diritti umani elementari, quali ad esempio il divieto di schiavitù e di tortura, fanno parte del diritto internazionale cogente (cfr. anche n. 2.4.1), il quale funge in particolare da limite assoluto agli atti unilaterali che lo contraddicono (p.es. le riserve) e può comportare l'inapplicabilità del diritto nazionale non conforme.

Anche il diritto internazionale umanitario e quello in materia di rifugiati prevedono garanzie dotate di una protezione più elevata. Il diritto internazionale umanitario – in particolare le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e i rispettivi protocolli aggiuntivi del 1977 e del 2005 – si applica soltanto in caso di conflitti armati. Definisce standard minimi per i conflitti internazionali e nazionali, in modo da proteggere da soprusi sia i combattenti che i civili. In analogia ai diritti umani anche determinate garanzie del diritto internazionale umanitario sono unanimemente riconosciute valide in assoluto: ad esempio i divieti degli articoli 3 delle quattro Convenzioni di Ginevra, che vanno osservati «in ogni tempo e luogo» (cfr. n. 2.4.1). Queste garanzie costituiscono una base della comunità civile dei popoli che occorre rispettare anche in tempo di guerra.

Il concetto di «essenza dei diritti fondamentali» in senso più lato può essere precisato ulteriormente prendendo a parametro il *tipo di obbligo* risultante dai singoli diritti fondamentali. Tale metodo rispecchia i tre livelli degli obblighi risultanti dai diritti fondamentali, attualmente riconosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁷⁰. La

⁶⁹ Cfr. ad es. DTF **135** I 79 consid. 5 (libertà di credo e lezioni di nuoto miste alla scuola elementare); DTF **134** I 140 consid. 6.3 (misure di protezione dalla violenza domestica); DTF **130** I 71 consid. 6 pag. 81 (aiuto in situazione di bisogno); DTF **129** I 173 consid. 5.1 pag. 181 (scelta del luogo di sepoltura); DTF **129** V 323 consid. 3.3.3 pag. 326 (utilizzo di rapporti di sorveglianza e video di un investigatore privato come materiale probatorio in un procedimento in materia di assicurazioni sociali); DTF **126** I 112 consid. 3b pag. 116 (misure mediche coercitive a scopo terapeutico in una clinica psichiatrica).

⁷⁰ Walter Kälin/Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2^a ed., Basilea 2008, pag. 110 segg.; cfr. inoltre Comitato sociale dell'ONU, Osservazioni generali n. 15 (2002), n. 20 segg.; Comitato diritti umani ONU, Osservazioni generali n. 31 (2004), n. 4 segg.; cfr. anche Corte EDU (Grand Chamber), *Makaratzis vs. Greece*, Reports 2004-XI,

dottrina e la giurisprudenza riconoscono in crescente misura che le garanzie dei diritti umani, indipendentemente dalla loro natura giuridica di diritti civili, ossia economici, sociali e culturali, comportano l'obbligo sia di omettere sia di compiere un determinato atto. Si tratta di vari livelli di obblighi:

- a un primo livello – nel nucleo – tutte le garanzie possono essere protette efficacemente con atto omissivo da parte dello Stato (*duty to respect*);
- a un secondo livello, i trattati sui diritti dell'uomo obbligano gli Stati contraenti ad applicare le garanzie anche nei rapporti tra privati (*duty to protect*);
- a un terzo livello, gli Stati devono in determinate circostanze fornire prestazioni (*duty to fulfil*);

Nella prassi degli organi di controllo delle convenzioni dell'ONU sui diritti umani, il Comitato sociale dell'ONU (CESCR), competente per la vigilanza sul Patto ONU I ritiene in particolare che le garanzie dei Patti contengano un «nucleo intangibile», ossia i diritti minimi dell'individuo⁷¹. Senza tutela, tale diritto viene eroso e privato del suo senso. Il Comitato ha osservato che ogni Stato contraente ha l'*obbligo minimo fondamentale* di garantire perlomeno l'attuazione del *nucleo intangibile* del diritto in questione. Ciò equivale in gran parte al riconoscimento di un contenuto essenziale come per i diritti fondamentali costituzionali.

Definendo pertanto diritto internazionale cogente alcuni diritti umani o fissando alcuni «nuclei intangibili» di tali diritti, il diritto internazionale ha creato istituti giuridici molto vicini al concetto nazionale di «diritti fondamentali intangibili nella loro essenza». Tali istituti giuridici del diritto internazionale offrono spunti per individuare e concretizzare il concetto costituzionale di «diritti fondamentali intangibili nella loro essenza»; spunti di cui il potere costituente e la giurisprudenza si sono serviti in passato⁷² e di cui potranno servirsi anche in futuro.

4.2.3 Il divieto di discriminazione come possibile limite materiale per la revisione della Costituzione

4.2.3.1 Concetto e portata del divieto di discriminazione

Il divieto di discriminazione, sancito all'articolo 8 capoverso 2 Cost., funge da *principio di uguaglianza specifico* integrando il principio generale di uguaglianza dell'articolo 8 capoverso 1 Cost. e riallacciandosi al concetto di dignità umana⁷³

n. 56 segg.; Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli, *The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, 155/96 (2001), n. 44 segg.

⁷¹ Comitato sociale dell'ONU, Osservazioni generali n. 3 (1990), n. 10.

⁷² Cfr. l'elenco al n. 4.2.2.2 e il n. 4.2.5.1.

⁷³ La dignità umana corrisponde al nucleo normativo in virtù del quale ciascuno può, in nome della propria esistenza, esigere incondizionatamente dalla comunità di diritto rispetto e protezione in uno Stato costituzionale (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^a ed., Berna 2008, pag. 1). È un elemento costitutivo evidente delle costituzioni democratiche moderne, già sancito dallo Statuto delle Nazioni Unite e nella dichiarazione generale dei diritti dell'uomo del 1948 (preambolo e art. 1). Cfr. anche Bernhard Waldmann, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berna 2003, pag. 234 segg.

(art. 7 Cost.). La discriminazione è una disparità di trattamento qualificata tra persone che si trovano in situazioni comparabili, nella misura in cui conduce a un discredito o a un'emarginazione fondati su caratteristiche, quali in particolare l'origine, la razza, il sesso o la situazione sociale, che costituiscono una parte integrante o difficilmente dissociabile dell'identità della persona in questione. Tale disparità di trattamento è giustificabile soltanto in virtù di motivi seri e fondati⁷⁴.

Il principio costituzionale del divieto di discriminazione ha le sue radici nel diritto internazionale. Nell'articolo 1 capoverso 3, lo Statuto dell'ONU⁷⁵ enuncia tra i suoi obiettivi e principi che i problemi internazionali vanno risolti promuovendo e incoraggiando il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione. Secondo l'articolo 14 CEDU, i diritti della Convenzione devono essere garantiti «senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione»⁷⁶. L'articolo 8 capoverso 2 Cost. si riallaccia a questi principi e garanzie e non definisce materialmente il concetto di «discriminazione», bensì elenca una serie non esaustiva di caratteristiche su cui è vietato fondare una discriminazione. Al contrario delle singole libertà individuali, il divieto di discriminazione non protegge un aspetto specifico dell'esistenza, ma esplica i suoi effetti in tutto l'ordinamento giuridico⁷⁷.

Lo sviluppo e l'organizzazione della tutela dei diritti umani a livello nazionale e internazionale sono sempre condizionati dal sistema costituzionale e politico dello Stato in cui esplicano i loro effetti. I principi strutturanti dell'ordinamento politico svizzero – lo Stato di diritto, la democrazia e il federalismo (cfr. n. 2.2.1) – hanno fortemente influenzato e caratterizzato l'evoluzione dei diritti umani. Il principio dell'uguaglianza, il divieto di discriminazione quale espressione specifica di tale principio e anche la tutela delle minoranze sono principi fondamentali dello Stato svizzero. La partecipazione statale adeguata dei diversi gruppi della popolazione costituisce una delle basi più importanti della stabilità e del successo dello Stato federativo svizzero. Il divieto di discriminazione vi riveste un'importanza fondamentale, poiché ha contribuito in modo decisivo alla convivenza pacifica e solidale dei diversi gruppi di popolazione riuniti nella Confederazione, nonostante le differenze di lingua, religione, origine, statuto sociale, ecc. Il divieto di discriminazione è un pilastro del nostro Stato democratico di diritto. Le esperienze degli ultimi decenni hanno tuttavia evidenziato una (potenziale) tensione tra l'esercizio della democrazia diretta e la protezione dalla discriminazione di singoli gruppi di popolazione⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. DTF **135** I 49 consid. 4.1 con ulteriori indicazioni.

⁷⁵ Statuto delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945 (RS *0.120*, entrato in vigore per la Svizzera il 10 settembre 2002).

⁷⁶ Cfr. inoltre art. 2 cpv. 2 Patto ONU I e art. 2 cpv. 1 Patto ONU II, nonché le convenzioni che trattano specificamente determinati problemi di discriminazione: Convenzione del 18 dicembre 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (RS *0.108*; entrata in vigore per la Svizzera il 26 aprile 1997) e Convenzione internazionale del 21 dicembre 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (RS *0.104*; entrata in vigore per la Svizzera il 29 dicembre 1994).

⁷⁷ Tra i tanti Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^a ed., Berna 2008, pag. 651 seg.

⁷⁸ Nel caso dei diritti religiosi di minoranze, i più recenti lavori di politologia parlano addirittura di un effetto discriminatorio sistematico dei diritti popolari, in quanto restringerebbero attivamente la libertà di culto, cfr. Adrian Vatter, 19. Synthese: religiöse Minderheiten im direktdemokratischen System der Schweiz, in: id. (a c. di), *Vom Schächt-*

Vista la sua importanza fondamentale per lo Stato svizzero, il divieto di discriminazione, oltre a essere sancito come diritto fondamentale nella Costituzione, è anche attuato istituzionalmente per mezzo di vari strumenti. Si tratta quindi di un valore fondamentale primario della Costituzione, analogo all'essenza dei diritti fondamentali. Per continuare ad assolvere la sua importante funzione in una realtà sociale in perenne mutamento, tale divieto va tuttavia applicato in modo dinamico. Quanto più una società è pluralistica, tanto più è importante tenere conto dei vari interessi, valori e opinioni, in modo da evitare potenziali tensioni dovute al fatto che determinati gruppi della società si sentano svantaggiati e covino rancori. Si tratta di creare le condizioni generali che permettano allo Stato federativo svizzero di preservare le proprie qualità integrative. In tale contesto il contributo del divieto di discriminazione è fondamentale.

4.2.3.2 Il divieto di discriminazione come limite materiale?

Alcuni autori ritengono che con l'articolo 8 capoverso 2 Cost. il potere costituente abbia definito l'essenza del diritto all'uguaglianza. Tuttavia allo stesso tempo ammettono la necessità di concretizzare l'essenza del divieto di discriminazione⁷⁹. Per quanto noto, il Tribunale federale non ha fatto proprie queste osservazioni sebbene l'articolo 8 capoverso 2 Cost. lo abbia occupato a più riprese. Pertanto, allo stato attuale della giurisprudenza, l'estensione ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza del limite materiale posto alla revisione della Costituzione non includerebbe alcun elemento del divieto di discriminazione.

Se l'articolo 8 capoverso 2 Cost. dovesse venire a costituire un limite materiale posto alla revisione della Costituzione, quest'ultima dovrebbe sancirlo esplicitamente. Includere il divieto di discriminazione nell'elenco dei limiti materiali renderebbe nulle le iniziative popolari che comportano una disparità di trattamento ai sensi dell'articolo 8 capoverso 2 Cost. Nel messaggio del 27 agosto 2008 concernente l'iniziativa popolare «Contro l'edificazione di minareti», il Consiglio federale ha puntualizzato che il progetto era in contrasto con il divieto di discriminazione⁸⁰. Sono ipotizzabili anche altri casi simili, ad esempio un'iniziativa popolare che chiedesse di pronunciare di principio pene più severe per reati commessi da persone di una determinata origine, oppure un'iniziativa popolare che prevedesse l'obbligo di frequentare scuole separate per i bambini appartenenti a una determinata comunità religiosa. Inoltre si potrebbe menzionare la suddivisione arbitraria dei posti a sedere in un bus in base al colore della pelle o all'appartenenza religiosa. In questi casi l'ingerenza si riferisce a caratteristiche individuali particolarmente sensibili e non «dissociabili», ovvero all'appartenenza a una razza o a una comunità religiosa. L'ingerenza non può inoltre essere ricondotta a motivi qualificati e oggettivi e introduce una discriminazione grave e universale che intacca fortemente la dignità

zum Minarettverbot, Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie, Berna 2010, pag. 264 seg.

⁷⁹ Bernhard Waldmann, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Berna 2003, pag. 174 segg., 499; cfr. inoltre Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berna 2001, pag. 476 segg. e Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zurigo 2005, pag. 388.

⁸⁰ FF **2008** 6659 (pag. 6671 seg. e 6692 segg.).

umana. Nella DTF **134 I 49** (consid. 3.2), il Tribunale federale ha ad esempio chiarito che la disparità di trattamento a causa del credo religioso non si può giustificare con alcun motivo qualificato e oggettivo. Credenze che fondano un comportamento motivato dalla religione o che comportano un determinato modo di vestire non vanno in linea di massima verificate né valutate (cfr. DTF **119 Ia 178** consid. 4c pag. 185). In tal senso l'articolo 8 capoverso 2 è espressione di una pluralità di concezioni e sancisce di principio il riconoscimento di opinioni e convinzioni filosofiche che si scostano da quelle usuali in Svizzera. Il Tribunale federale ha inoltre specificato (consid. 3.1) che è da considerarsi discriminante la disparità di trattamento esclusivamente dovuta all'appartenenza della persona a un determinato gruppo che storicamente e nell'attuale realtà sociale è tendenzialmente emarginato o in altro modo trattato come inferiore. La discriminazione è una disparità di trattamento qualificata tra persone che si trovano in situazioni comparabili, nella misura in cui determina un discredito o un'emarginazione fondati su caratteristiche – quali in particolare l'origine, la razza, il sesso o la situazione sociale – che costituiscono una parte integrante o difficilmente dissociabile dell'identità della persona in questione; in tal senso il divieto di discriminazione tange anche aspetti della dignità umana secondo l'articolo 7 Cost..

Il divieto di discriminazione tutela anche ambiti retti da importanti principi fondamentali del diritto internazionale. Se quindi, oltre all'essenza dei diritti fondamentali, anche il divieto di discriminazione venisse a costituire un limite materiale per le revisioni della Costituzione, si potrebbero evitare ulteriori potenziali conflitti tra il diritto internazionale e quello costituzionale. Impedendo che vengano sottoposte a votazione le iniziative popolari contrarie al divieto di discriminazione, verrebbe rafforzato anche il principio dell'unità della Costituzione federale. Il primato del divieto di discriminazione costituirebbe – analogamente a quello dell'essenza dei diritti fondamentali – un'applicazione e un'espressione coerente della ferma decisione del potere costituente svizzero a favore di un ordinamento materiale⁸¹ che non si limita all'organizzazione istituzionale dello Stato, ma contempla norme materiali fondamentali in tutti gli ambiti dell'intervento statale e della vita sociale, con lo scopo di garantire un regime democratico in uno Stato di diritto, nonché la libertà e la dignità umana dei cittadini. Il divieto di discriminazione è infine un concetto consolidato del diritto costituzionale, la cui applicazione e il cui contenuto sono in linea di massima incontestati nella dottrina e nella giurisprudenza.

A questi vantaggi si oppone lo svantaggio di un'ulteriore restrizione del diritto d'iniziativa. Inoltre, alcuni dei criteri evocati all'articolo 8 capoverso 2 Cost., ad esempio la posizione sociale o le convinzioni filosofiche, non sono concetti chiaramente definibili. Infine, vi sono differenze strutturali tra l'essenza delle libertà fondamentali e il divieto di discriminazione: mentre la prima caratterizza un ambito tutelato in maniera assoluta dall'ingerenza statale, il secondo non sancisce un divieto assoluto di fondare la disparità di trattamento sui motivi elencati nell'articolo 8 capoverso 2 Cost.

Se il Parlamento intendesse andare oltre la proposta del Consiglio federale di estendere i motivi di nullità all'essenza dei diritti fondamentali, potrebbe, come illustrato,

⁸¹ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^a ed., Zurigo 2008, n. marg. 21; per il divieto di discriminazione cfr. in particolare Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^a ed., Berna 2008, pag. 679 segg., 684 segg. con ulteriori indicazioni; pag. 135 segg., 192 seg.

prevedere il divieto di discriminazione come limite materiale per la revisione della Costituzione.

4.2.4 Le garanzie procedurali come garanzie minime

Nel capitolo sui diritti fondamentali, la Costituzione federale sancisce garanzie procedurali generali e di procedura giudiziaria (art. 29 e 30 Cost.), il diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria (art. 29a Cost.), nonché garanzie per la procedura penale (art. 32 Cost.) e la privazione della libertà (art. 31 Cost.). Tali garanzie servono a proteggere i diritti (fondamentali) materiali e a far valere i diritti individuali. Rispecchiano la concezione secondo cui la legittimità delle ingiunzioni dello Stato si fonda sull'equità della procedura che le precede e sulla partecipazione dell'interessato. Le garanzie procedurali adempiono una funzione di protezione particolare quando lo Stato ordina misure coercitive, segnatamente in caso di misure privative della libertà⁸².

Questa funzione di garanzia della legittimità si distingue in maniera fondamentale dalla funzione di tutela delle libertà, nel cui ambito lo Stato può intervenire alle condizioni previste dall'articolo 36 Cost. (cfr. n. 4.2.2.1). La distinzione tra *restrizione* (giustificata) e *violazione* dei diritti fondamentali, applicabile alle libertà fondamentali, non può essere semplicemente trasposta alle garanzie procedurali. Pertanto la questione del nucleo intangibile delle garanzie procedurali non si pone, poiché ogni ingerenza costituisce automaticamente una violazione di tale diritto fondamentale⁸³. È probabilmente questo il motivo per cui nella prassi amministrativa e giudiziaria non vi sono quasi mai discussioni su un eventuale nucleo intangibile dei diritti procedurali fondamentali. Di conseguenza tali diritti non sarebbero interessati da un'estensione dei motivi di nullità ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza. Affinché possano costituire un limite materiale autonomo alla revisione della Costituzione, il testo costituzionale dovrebbe sancirlo esplicitamente. Poiché ciò equivarrebbe a una restrizione massiccia del diritto d'iniziativa con conseguente indebolimento del principio democratico, il Consiglio federale ritiene inopportuna tale possibilità.

4.2.5 Valutazione dei vantaggi e svantaggi dell'estensione dei motivi di nullità ai diritti fondamentali della Costituzione intangibili nella loro essenza

Dall'analisi della proposta di introdurre limiti costituzionali autonomi emergono determinati *vantaggi*. Il riferimento ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza si fonda su un concetto consolidato già contenuto nel testo costituzionale (Art. 36 cpv. 4 Cost). Per una parte importante delle libertà fondamentali esistono descrizioni del contenuto essenziale e quindi criteri affidabili e precisi per verificare la validità di progetti costituzionali. L'estensione dei motivi di nullità è moderata e

⁸² Cfr. Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Berna 2007, pag. 27 seg.

⁸³ Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^a ed., Berna 2007, § 7 n. marg. 114.

rafforza il principio dello Stato di diritto, rispettando nel contempo il principio di democrazia. L'essenza dei diritti fondamentali va oltre il minimo previsto dal diritto internazionale (diritto internazionale cogente e garanzie intangibili anche in stato di necessità) soltanto nella misura in cui si toccano garanzie specificamente previste dalla Costituzione federale. Infine – ed è questo lo scopo della soluzione proposta –, tale estensione dei motivi di nullità offre un contributo importante per impedire i conflitti tra diritto d'iniziativa e diritto internazionale. L'estensione permette di evitare la creazione di diritto costituzionale contrario alle norme, in sostanza equivalenti al nucleo intangibile dei diritti fondamentali, di importanti trattati internazionali (in particolare sui diritti umani) o del diritto internazionale consuetudinario.

Il contenuto e la funzione delle disposizioni cogenti del diritto internazionale da una parte e del nucleo intangibile dei diritti fondamentali dall'altra, descritti nei numeri 2.4.1 e 4.2.2, rendono evidenti i molti punti di contatto e le numerose sovrapposizioni. Alcune norme dello *ius cogens* coincidono ad esempio con determinate garanzie del Patto ONU II (divieto di tortura e di schiavitù) e della CEDU (divieto del lavoro forzato e principio «nulla poena sine lege»). Inoltre, queste norme del diritto internazionale equivalgono in parte ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza qui analizzati, giacché il contenuto di questi ultimi si basa in larga misura sulle garanzie del diritto internazionale (diritto alla vita⁸⁴, divieto di imprigionare qualcuno per il solo motivo che non è in grado di adempiere a un obbligo contrattuale,⁸⁵ *forum internum* della libertà di credo e di coscienza⁸⁶, riconoscimento universale della personalità giuridica di ogni individuo⁸⁷). L'impossibilità di una netta delimitazione non è tuttavia uno svantaggio, poiché può anche semplificare l'applicazione dei motivi di nullità, ad esempio quando, anche se sussistono dubbi sul carattere di *ius cogens* di una disposizione del diritto internazionale o sulla sua intangibilità, il suo contenuto normativo è identificabile come diritto fondamentale intangibile nella sua essenza.

La soluzione proposta presenta tuttavia anche alcuni *svantaggi*. Non permette di impedire tutti i potenziali conflitti tra diritto internazionale e diritto costituzionale. Dovranno infatti essere dichiarate valide le iniziative popolari che, seppur contrarie agli obblighi internazionali della Svizzera, non violano le disposizioni cogenti del diritto internazionale, le garanzie intangibili anche in stato di necessità e l'essenza dei diritti fondamentali. Anche se vi è chiarezza in merito al concetto generale di «diritti fondamentali nella loro essenza» e alla sua funzione di tutela assoluta (n. 4.2.2.1), non è semplice individuare concretamente il nucleo intangibile di alcuni diritti fondamentali in particolare. La dottrina e la giurisprudenza non sono unanimi in merito all'esistenza e alla portata di un nucleo intangibile dei diritti sociali (diritto all'istruzione scolastica di base gratuita, art. 19 Cost.; diritto al patrocinio gratuito, art. 29 cpv. 3 Cost.)⁸⁸. I diritti fondamentali intangibili nella loro essenza non sono

⁸⁴ Cfr. art. 10 cpv. 1 primo periodo Cost. e n. 2.4.1.

⁸⁵ Cfr. DTF **130** I 169 consid. 2.2; inoltre, Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^a ed., Berna 2008, pag. 93.

⁸⁶ Cfr. art. 15 cpv. 4 Cost. e n. 2.4.1 sopra.

⁸⁷ Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berna 2001, pag. 472, sostiene che il riconoscimento universale della personalità giuridica vada riconosciuta come parte dell'art. 7 Cost.

⁸⁸ Non è in particolare chiarito del tutto se l'ambito fondamentale protetto dai diritti sociali e il loro nucleo intangibile coincidano (risposta affermativa in merito all'art. 12 Cost. in

quindi un criterio di valutazione del tutto consolidato. Tuttavia, simili difficoltà si riscontrano anche per il diritto costituzionale vigente quando si richiama al concetto di «disposizioni cogenti del diritto internazionale».

4.2.6 Conclusione

Il Consiglio federale ritiene che l'estensione dei limiti materiali ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza costituisca una soluzione adeguata e ragionevole per attenuare i problemi più delicati risultanti dal deposito di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. Tale soluzione garantisce i diritti popolari e quindi il principio democratico e rispecchia le caratteristiche prettamente svizzere dei diritti fondamentali e umani.

Se si adottasse tale soluzione, l'Assemblea federale dovrebbe dichiarare nulla un'iniziativa federale che chiede di reintrodurre la pena di morte, poiché tale iniziativa violerebbe il nucleo intangibile del diritto alla vita (art. 10 cpv. 1 secondo periodo Cost.)⁸⁹. Secondo il Consiglio federale, le seguenti iniziative popolari del recente passato non avrebbero invece violato il nucleo intangibile dei diritti fondamentali: l'iniziativa espulsione (accettata nel 2010)⁹⁰, l'iniziativa «Contro l'edificazione di minareti» (accettata nel 2009)⁹¹, l'iniziativa «Per naturalizzazioni democratiche» (respinta nel 2008)⁹² o l'iniziativa sull'internamento a vita (accettata nel 2004)⁹³.

4.3 Proposte di formulazione

L'estensione dei limiti materiali analizzata al numero 4 è attuabile modificando la Costituzione come segue:

Cost. art. 139 cpv. 3

³ Se l'iniziativa viola il principio dell'unità della forma o della materia, disposizioni cogenti del diritto internazionale o i diritti fondamentali intangibili nella loro essenza, l'Assemblea federale la dichiara nulla in tutto o in parte

DTF **131** I 166 consid. 3.1), e a partire da quando una restrizione dei diritti costituisca una violazione del nucleo essenziale.

⁸⁹ Cfr. in tale contesto la decisione della Cancelleria federale del 10 agosto 2010 in merito all'iniziativa popolare «Pena di morte in caso di assassinio in concorso con abusi sessuali» (FF **2010** 4805).

⁹⁰ Cfr. messaggio del 24 giugno 2009 concernente l'iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)», FF **2009** 4427 e il pertinente decreto federale del 18 giugno 2010, FF **2010** 3717.

⁹¹ Cfr. messaggio del 27 agosto 2008 concernente l'iniziativa popolare «Contro l'edificazione di minareti», FF **2008** 6659 e il pertinente decreto federale del 12 giugno 2009, FF **2009** 3763.

⁹² Cfr. messaggio del 25 ottobre 2006 relativo all'iniziativa popolare federale «per naturalizzazioni democratiche», FF **2006** 8205 e il pertinente decreto federale del 5 ottobre 2007, FF **2007** 6297.

⁹³ Cfr. messaggio del 4 aprile 2001 concernente l'iniziativa popolare «Internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia», FF **2001** 3063 e il pertinente decreto federale del 20 giugno 2003, FF **2003** 3833.

Cost. art. 193 cpv. 4

⁴ *Le disposizioni cogenti del diritto internazionale e i diritti fondamentali intangibili nella loro essenza non possono essere violati.*

Cost. art. 194 cpv. 2

² *Ogni revisione parziale deve rispettare il principio dell'unità della materia e non può violare le disposizioni cogenti del diritto internazionale e i diritti fondamentali intangibili nella loro essenza.*

5 Applicazione al diritto costituzionale posteriore della giurisprudenza Schubert (relativizzata)

5.1 Mancanza di una regola consolidata per risolvere i conflitti

L'ampliamento della procedura preliminare (n. 3) e l'estensione dei motivi di nullità ai diritti fondamentali intangibili nella loro essenza (n. 4) non sono in grado di impedire tutti i conflitti tra diritto internazionale e diritto nazionale. La Costituzione federale non contiene una regola chiara e univoca per risolvere i contrasti tra le disposizioni non cogenti (dispositive) del diritto internazionale e il diritto costituzionale. L'articolo 5 capoverso 4 Cost. incarica le autorità di rispettare il diritto internazionale, ma, poiché non se ne può dedurre il primato assoluto del diritto internazionale rispetto al diritto nazionale, non costituisce una vera e propria norma per risolvere i conflitti. L'articolo 190 Cost. obbliga le autorità incaricate dell'applicazione del diritto, in particolare il Tribunale federale, ad applicare le leggi federali e il diritto internazionale anche se non sono conformi alla Costituzione. La preminenza accordata da questo articolo al diritto internazionale non è tuttavia assoluta in riferimento al diritto costituzionale. *Le deroghe al principio del primato del diritto internazionale*, postulate da parte della dottrina, sono state illustrate nel Rapporto, che rileva l'inesistenza di una giurisprudenza consolidata in merito⁹⁴:

- applicazione della disposizione costituzionale posteriore alla norma di diritto internazionale e all'articolo 190 Cost., ossia applicazione del principio della *lex posterior* o della *lex specialis*, analogamente all'eccezione prevista per i conflitti tra legge federale e diritto costituzionale posteriore;
- applicazione della disposizione costituzionale posteriore alla norma di diritto internazionale se il potere costituente ha consapevolmente violato il diritto internazionale (analogamente alla cosiddetta *giurisprudenza Schubert*).

Qui di seguito è analizzata la possibilità di sancire nella Costituzione la giurisprudenza Schubert (relativizzata), al fine di risolvere per mezzo di una regola i conflitti tra *diritto internazionale* e *leggi federali* da una parte, e *diritto internazionale* e *diritto costituzionale dall'altra*. Una prima parte introduttiva offre una panoramica sul campo di applicazione e sulla funzione della giurisprudenza Schubert (n. 5.2).

⁹⁴ Rapporto, n. 8.6.1, con ulteriori indicazioni.

Successivamente il presente rapporto complementare illustra l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale federale (n. 5.3),² come pure la prassi del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale in merito al rango del diritto internazionale (n. 5.4). Il numero 5.5 illustra in alcuni esempi la posizione adottata dall'Assemblea federale nella sua attività legislativa in merito alla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale. Infine, un'ultima parte è dedicata alla valutazione dei vantaggi e degli svantaggi (n. 5.6).

5.2 Campo di applicazione e funzione della giurisprudenza Schubert

Nella relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale vengono distinti tre aspetti: la *validità* interna del diritto internazionale, l'*applicabilità* interna del diritto internazionale e il *rango* del diritto internazionale rispetto al diritto nazionale⁹⁵. La giurisprudenza Schubert riguarda soltanto l'ultimo aspetto e si applica a una disposizione del diritto internazionale che ha assunto validità nel diritto interno, è direttamente applicabile ed è in conflitto con il diritto nazionale, il quale non può quindi essere interpretato conformemente a tale disposizione. Secondo la giurisprudenza Schubert, il diritto internazionale – comprendente i trattati internazionali, il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto – prevale sulle leggi federali anteriori e posteriori. Se tuttavia l'Assemblea federale ha consapevolmente violato il diritto internazionale, in virtù dell'articolo 190 Cost. tale decisione è vincolante per il Tribunale federale, che quindi deve applicare la legge federale. Secondo la cosiddetta giurisprudenza PKK del Tribunale federale, la riserva della violazione cosciente del diritto internazionale da parte del legislatore federale non è tuttavia applicabile in caso di violazione dei diritti umani (cfr. in dettaglio n. 5.3). La giurisprudenza Schubert funge pertanto da regola risolutiva dei conflitti tra diritto internazionale e diritto interno.

5.3 Evoluzione della giurisprudenza del Tribunale federale in merito al rango del diritto internazionale

5.3.1 Predecessori e consolidamento della giurisprudenza Schubert

In una prima fase (1875 – 1933), il Tribunale federale ha accordato il primato completo al diritto internazionale; un primato che ai tempi sembrava essere naturale⁹⁶. Nel 1933, con la sentenza *Steenworden*, il Tribunale federale ha modificato la sua prassi in seguito all'influenza di una tendenza dualistica. Presupponendo lo stesso rango per il diritto internazionale e quello nazionale, ha deciso di risolvere il conflitto tra un trattato internazionale anteriore e una legge federale posteriore a favore della seconda, fondandosi sul principio «lex posterior derogat priori»⁹⁷. Nei successivi 17 anni, il Tribunale federale ha risolto i conflitti tra diritto internazionale e

⁹⁵ Cfr. Rapporto, n. 5.1 pag. 2036. Cfr. in merito e anche per quanto segue Robert Baumann, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, AJP 2010, pag. 1009 segg.

⁹⁶ Cfr. a titolo di esempio DTF 35 I 467 consid. 5 pag. 473 (Spengler).

⁹⁷ DTF 59 II 331 consid. 4 (Steenworden).

diritto nazionale fondandosi sul principio della *lex posterior* o della *lex specialis*⁹⁸. Nella decisione *Frigerio* del 1968, il Tribunale federale ha di nuovo esplicitamente lasciato aperta la questione del rango, giacché la legge posteriore poteva essere interpretata conformemente al diritto internazionale. Inoltre il Tribunale federale ha ritenuto sufficiente constatare che il legislatore federale desidera mantenere la validità dei trattati internazionali conclusi se non manifesta la volontà di emanare norme di diritto nazionale contrarie al diritto internazionale⁹⁹. La sentenza *Frigerio* anticipa pertanto la futura giurisprudenza *Schubert*.

La decisione *Schubert* del 1973 verteva su un conflitto tra un decreto federale posteriore e un trattato internazionale anteriore¹⁰⁰. Un cittadino austriaco faceva valere la violazione del trattato di domicilio del 1875 tra la Svizzera e l'Austria¹⁰¹ insita nell'obbligo di autorizzazione, secondo il decreto federale del 1961/70 sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (LAFE)¹⁰², per l'acquisto di un immobile nel Cantone del Ticino. Il Tribunale federale citava la sentenza *Frigerio* riconoscendo in linea di massima il primato del diritto internazionale. Aggiungeva inoltre che «la possibilità d'una eventuale e consapevole deroga da parte del legislatore consente di mitigare certi rigori e di salvaguardare in pratica determinati imperiosi interessi. Una siffatta deroga consapevole [...] è determinante nell'ordinamento interno e vincola il Tribunale federale (art. 113 cpv. 2 vCost.)»¹⁰³. A dimostrazione della deroga consapevole per il Tribunale federale era sufficiente il fatto che nei dibattimenti l'Assemblea federale avesse tenuto conto degli aspetti inerenti al diritto internazionale discutendoli in modo approfondito¹⁰⁴. Successivamente, il Tribunale federale ha ripetutamente confermato la giurisprudenza *Schubert*¹⁰⁵. Parallelamente a questa tendenza a seguire la giurisprudenza *Schubert*, negli anni 1990 il Tribunale federale si è espresso in diverse decisioni a favore del primato incondizionato del diritto internazionale¹⁰⁶. Si tratta tuttavia di decisioni in materia di estradizione, per il quale l'articolo 1 capoverso 1 della legge federale del 20 marzo 1981¹⁰⁷ sull'assistenza internazionale in materia penale prevede una riserva a favore dell'applicazione dei trattati internazionali.

98 Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010, pag. 1010, con ulteriori indicazioni

99 DTF **94 I** 669 consid. 6a (*Frigerio*).

100 DTF **99 Ib** 39.

101 RS **0.142.111.631**.

102 RU **1961** 213, **1965** 1240, **1970** 1195.

103 DTF **99 Ib** 39 consid. 3.

104 DTF **99 Ib** 39 consid. 4 pag. 44.

105 DTF **112 II** 1 consid. 8 pag. 13; DTF **117 IV** 124 consid. 4b pag. 128; DTF **117 Ib** 367 consid. 2b pag. 370; tale punto di vista è relativizzato in DTF **118 Ia** 341 consid. 5 pag. 353, in cui il Tribunale federale ritiene che una deroga alla volontà del legislatore e tanto più del potere costituente sarebbe problematica, e in DTF **125 III** 209 consid. 4a-4c pag. 214 segg. Sulla giurisprudenza del Tribunale federale dopo la decisione *Schubert*, cfr. Alberto Achermann, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Berna 2001, pag. 46-65.

106 DTF **102 Ia** 317 (*Lanusse*); DTF **106 Ib** 400 (*Bozano*); DTF **122 II** 485.

107 RS **351.1**

5.3.2

Primato delle garanzie internazionali dei diritti umani («Giurisprudenza PKK»)

Nella *sentenza PKK* del 26 luglio 1999¹⁰⁸ il Tribunale federale ha deciso che un conflitto tra un trattato internazionale e una legge federale va risolto ricorrendo ai principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti e sanciti agli articoli 26 e 27 della Convenzione di Vienna (massima «pacta sunt servanda» e divieto di invocare il diritto nazionale per giustificare la mancata esecuzione di un trattato internazionale). Secondo la decisione del Tribunale federale, questi principi sono vincolanti, oltre che per il legislatore, anche per tutti gli organi dello Stato. In caso di conflitto il diritto internazionale pertanto prevale in linea di massima sul diritto nazionale. Ne consegue che in specie non può essere applicata una norma contraria al diritto internazionale. Stando alla decisione, questa regola per risolvere i conflitti si impone a maggior ragione se il primato è dedotto da una norma del diritto internazionale a tutela dei diritti umani. Il Tribunale federale ha lasciato in sospeso se in altri casi vadano prese in considerazione possibilità diverse di risolvere un conflitto, rinviando a titolo di esempio alla decisione Schubert¹⁰⁹. In seguito il Tribunale federale ha confermato a varie riprese la sentenza PKK¹¹⁰. In particolare in una sentenza del 2007 ha deciso a favore del primato del trattato internazionale anteriore (Accordo sulla libera circolazione delle persone) rispetto alla disposizione di legge posteriore (Legge sull'assicurazione contro la disoccupazione), adducendo che il trattato internazionale tutelava il diritto fondamentale di non discriminazione. La decisione è stata presa sebbene l'Assemblea federale avesse adottato la norma legislativa in questione per limitare la portata dell'Accordo sulla libera circolazione¹¹¹.

Con la *decisione PKK* del 1999 la giurisprudenza Schubert è stata relativizzata in riferimento alle norme internazionali a tutela dei diritti umani, almeno nella misura in cui sono sancite nella CEDU. È probabile che il Tribunale federale sia stato mosso dall'intento di evitare preventivamente alla Svizzera una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)¹¹². Per quanto riguarda le garanzie dei Patti ONU, il cui rispetto non è controllato da un tribunale, il Tribunale federale è molto più prudente e spesso ritiene che la disposizione non sia direttamente applicabile, eludendo così una situazione di conflitto¹¹³. Secondo alcune sue osservazioni incidentali (*obiter dicta*), il Tribunale federale sembra disposto a far prevalere il diritto internazionale legittimato dalla democrazia diretta attraverso la votazione popolare e conforme ai valori fondamentali della Costituzione. Inoltre, sembra voler far prevalere un trattato internazionale che preveda espressamente il primato rispetto al diritto nazionale¹¹⁴. Tale giurisprudenza ha notevolmente relativizzato la giurisprudenza Schubert a partire dalla fine degli anni 1990.

¹⁰⁸ DTF **125** II 417.

¹⁰⁹ DTF **125** II 417 consid. 4d.

¹¹⁰ Cfr. DTF **128** IV 117 consid. 3b pag. 122; DTF **128** IV 201 consid. 1.3 pag. 205.

¹¹¹ DTF **133** V 367 consid. 11.

¹¹² In tal senso DTF **136** III 168 consid. 3.3.4 e le osservazioni in merito a questa decisione di Felix Schöbi, *Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen?*, recht 2010, pag. 131 segg.; cfr. inoltre Rapporto, n. 8.6.2 pag. 2312.

¹¹³ Ad es. riguardo al diritto all'accesso gratuito all'università: DTF **130** I 113 consid. 3.3; DTF **120** Ia 1 consid. 5d pag. 12 seg.

¹¹⁴ DTF **133** V 367 consid. 11.4 e 11.5. Cfr. tuttavia in merito a un eventuale divergenza *in seno* al Tribunale federale Robert Baumann, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, AJP 2010, pag. 1013 seg.

5.4

Prassi del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale in merito al rango del diritto internazionale

Il seguente riassunto illustra la posizione adottata dal Consiglio federale e dall'Amministrazione federale a partire dalla fine degli anni 1980 in merito al rango del diritto internazionale. Nel messaggio del 1992 sull'approvazione dello SEE, il Consiglio federale faceva notare che il diritto dello SEE prevaleva sul diritto nazionale. Tale primato era una condizione fondamentale per raggiungere gli obiettivi dell'Accordo sullo SEE, e pertanto tutti gli organi della Confederazione sarebbero stati direttamente vincolati a tale diritto. Il Consiglio federale riteneva che nessun organo poteva invocare il principio della separazione dei poteri per sottrarsi agli obblighi derivanti dall'Accordo. In caso di conflitti si applicava la regola secondo la quale il diritto internazionale è poziore a quello nazionale¹¹⁵. Il messaggio sullo SEE conteneva pertanto un chiaro rifiuto della giurisprudenza Schubert. Nell'ambito della politica d'integrazione europea del Consiglio federale, l'Ufficio federale di giustizia e la Direzione del diritto internazionale pubblico avevano pubblicato già nel 1989 un parere comune favorevole al primato del diritto internazionale¹¹⁶. Una perizia del 1988 della Direzione del diritto internazionale pubblico giungeva alla stessa conclusione¹¹⁷.

Dopo il rifiuto dell'Accordo sullo SEE, nel messaggio del 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, il Consiglio federale formulava il principio del primato del diritto internazionale, rinviando in una nota alla giurisprudenza Schubert¹¹⁸. In merito a quest'ultima, nel messaggio sulla riforma giudiziaria, il Consiglio federale osservava: «A favore di questa prassi si può aggiungere che non è affatto compito del giudice intervenire quando il legislatore ha scientemente violato il diritto internazionale ed è pertanto disposto a subire le conseguenze di questa violazione. La riforma della giustizia deve dunque offrire ancora al Tribunale federale la possibilità di rinunciare all'applicazione del primato del diritto internazionale in simili casi d'eccezione.»¹¹⁹ In seguito, la riforma giudiziaria non ha apportato modifiche alla giurisprudenza Schubert.

Il rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale illustra le modifiche intervenute nella giurisprudenza del Tribunale federale a partire dalla fine degli anni 1990¹²⁰. Il Consiglio federale e l'Amministrazione federale concordano con la relativizzazione della giurisprudenza Schubert per quanto riguarda le norme internazionali a tutela dei diritti umani. Inoltre, il rapporto chiarisce che i principi fondamentali della Costituzione e i diritti costituzionali intangibili nella loro essenza prevalgono sul diritto internazionale¹²¹. Infine, il Consiglio federale ritiene che le autorità incaricate di applicare il diritto sono in linea di principio tenute ad attuare le disposizioni costituzionali contrarie al diritto internazionale se sono posteriori alle norme di diritto internazionale e all'articolo 190 Cost. e direttamente applicabili. Il Consiglio federale motiva il primato del diritto

¹¹⁵ Messaggio del 18 maggio 1992 concernente l'approvazione dello Spazio economico europeo, FF **1992** IV 1, pag. 55 segg.

¹¹⁶ GAAC 53 (1989) n. 54, in particolare pag. 420–423.

¹¹⁷ SJIR 1989, pag. 216 seg.

¹¹⁸ FF **1997** I 1, pag. 127.

¹¹⁹ FF **1997** I 1, pag. 484.

¹²⁰ Rapporto, n. 8.6.2 e n. 5.3 del presente rapporto complementare.

¹²¹ Rapporto, n. 8.6.1 pag. 2060 seg., con rinvio al messaggio sullo SEE.

costituzionale posteriore con l'articolo 190 Cost., che impedisce ai tribunali di sostituire la propria ponderazione degli interessi a quella del legislatore. Visto che i tribunali sono vincolati alle decisioni del legislatore, devono esserlo a maggior ragione a quelle del potere costituente, che gode di una legittimazione democratica ancora maggiore¹²².

5.5 Prassi dell'Assemblea federale in merito alla compatibilità di atti normativi con il diritto internazionale

Nell'ambito dell'analisi della giurisprudenza Schubert, in questa sede occorre analizzare la misura in cui l'Assemblea federale «deroga consapevolmente» agli obblighi internazionali quando emana norme di diritto nazionale. Alcuni esempi scelti illustrano la situazione¹²³.

- Nel caso del decreto federale sull'obbligo di autorizzazione per l'acquisto di fondi da parte di persone all'estero, che è servito da spunto al Tribunale federale per la giurisprudenza Schubert, il Parlamento ha tenuto conto di aspetti del diritto internazionale, ritenendo tuttavia che il decreto fosse conforme al diritto internazionale¹²⁴.
- Nel 1999, in occasione delle deliberazioni riguardanti la legge sul personale federale¹²⁵, l'Assemblea federale ha discusso se l'assenza della possibilità di ricorrere contro le decisioni salariali fondate sulle prestazioni era conforme alla CEDU. La Commissione del Consiglio degli Stati ha sostenuto la conformità con la CEDU, mentre la Commissione del Consiglio nazionale, pur ritenendo esiguo il rischio di una violazione della CEDU, si è espressa a favore della possibilità di ricorso. Il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati hanno infine optato per una soluzione senza possibilità di ricorso¹²⁶.
- Anche in occasione delle deliberazioni sulla modifica della legge sui brevetti¹²⁷ le opinioni nelle Camere federali divergevano. Un punto molto discusso era la conformità con il diritto internazionale del previsto passaggio dal sistema del cosiddetto «esaurimento nazionale» a quello dell'«esaurimento europeo». Vari parlamentari ritenevano che tale passaggio violasse il diritto dell'OMC, mentre altri lo giudicavano conforme al diritto internazionale¹²⁸.
- L'esempio più recente è l'iniziativa parlamentare 03.428 (Leutenegger Oberholzer) concernente la parità dei coniugi in materia di cittadinanza e di cognome. Il Consiglio nazionale ha seguito la proposta della sua Commissione, nonostante sia stato evocato, ma non discusso, il rischio di una possibile condanna della Svizzera da parte della Corte EDU¹²⁹. Il Consiglio degli Stati non si è ancora oc-

¹²² Rapporto, n. 9.3.3 e n. 5.1 del presente rapporto complementare.

¹²³ Ci basiamo sull'analisi – contenente ulteriori rinvii ed esempi – di Robert Baumann, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, AJP 2010, pag. 1016 segg.

¹²⁴ RU 1961 213, 1965 1240, 1970 1195.

¹²⁵ Legge sul personale federale del 24 marzo 2000 (LPers; RS 172.220.1).

¹²⁶ La (allora) Commissione federale di ricorso in materia di personale federale ha illustrato le deliberazioni e le decisioni parlamentari in GAAC 68 (2004) n. 91 consid. 2b/cc.

¹²⁷ Legge federale del 25 giugno 1954 sui brevetti d'invenzione (Legge sui brevetti; RS 232.14); RU 2009 2615.

¹²⁸ RU 2008 S 688 segg.; RU 2008 N 1847 segg. (1853), 1978.

¹²⁹ RU 2009 N 2283 seg., CF *Widmer-Schlumpf*.

cupato dell'iniziativa parlamentare. Tenendo conto del dibattito del Consiglio nazionale, in una recente sentenza riguardante il problema del conflitto tra il diritto svizzero sul cognome dei coniugi e la CEDU, il Tribunale federale è giunto alla conclusione che il rifiuto di modificare il diritto sul cognome dei coniugi o di adattarlo alla CEDU e alla recente giurisprudenza della Corte EDU indica che il legislatore svizzero ha consapevolmente dato maggiore importanza al principio dell'unità della famiglia rispetto a quello dell'uguaglianza come inteso dalla Corte EDU. Conformemente a DTF **99** Ib 39 segg. (Schubert), il Tribunale federale ha quindi ritenuto determinante la legge federale¹³⁰.

Si potrebbero citare altri esempi¹³¹ a dimostrazione del fatto che sinora l'Assemblea federale non ha quasi mai inteso derogare consapevolmente agli obblighi internazionali ai sensi della giurisprudenza Schubert, la quale si fonda piuttosto sull'*avvenuta discussione* («consapevole dei riflessi e delle implicazioni»¹³²) degli aspetti legati al diritto internazionale da parte dell'Assemblea federale.

Il 14 settembre 2010 il Consiglio nazionale ha deciso di non dare seguito all'iniziativa parlamentare 09.414 Il diritto internazionale non deve violare il diritto interno (Gruppo dell'Unione democratica di centro)¹³³. Gli autori dell'iniziativa chiedevano di completare l'articolo 190 Cost. con il seguente capoverso 2: «Se vi è una contraddizione tra una legge federale e un trattato internazionale concluso precedentemente a tale legge o un'altra norma di diritto internazionale, il Tribunale federale è vincolato alla legge federale.»

5.6 Vantaggi e svantaggi

Sancendo la giurisprudenza Schubert, relativizzata nel senso della «giurisprudenza PKK», nella Costituzione federale, si otterrebbe una norma costituzionale che definisce il rango del diritto legislativo rispetto al diritto internazionale e il rango del diritto costituzionale rispetto al diritto internazionale. Tale norma potrebbe essere inserita nell'articolo 190 Cost. con il seguente tenore: «In caso di contraddizione tra il diritto internazionale e la Costituzione federale o una legge federale, si applica il diritto nazionale se il potere costituente o il legislatore ha consapevolmente derogato al diritto internazionale e non sono violati i diritti dell'uomo garantiti dal diritto internazionale.» Il Tribunale federale potrebbe prevenire un'eventuale condanna della Corte EDU invece di dover attendere la revisione di una decisione secondo l'articolo 122 della legge del 17 giugno 2005¹³⁴ sul Tribunale federale per emanare una decisione conforme alla CEDU. Fondandosi su un articolo 190 Cost. modificato come illustrato in precedenza, il Tribunale federale dovrebbe ad esempio, in caso di ricorso per violazione della CEDU, vietare l'applicazione dell'articolo 72 capoverso 3 Cost. («L'edificazione di minareti è vietata»)¹³⁵.

¹³⁰ DTF **136** III 168 consid. 3.3.3 e 3.3.4.

¹³¹ Cfr. Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010, pag. 1016 ff.

¹³² DTF **99** Ib 39 consid. 4.

¹³³ RU **2010** N 1229.

¹³⁴ RS **173.110**.

¹³⁵ Messaggio del 27 agosto 2008 concernente l'iniziativa popolare «Contro l'edificazione di minareti», FF **2008** 6659, n. 6.3.

Dall'analisi della giurisprudenza del Tribunale federale sono emerse alcune linee chiare. La relativizzazione della giurisprudenza Schubert intrapresa con la *decisione PKK*, secondo cui tale regola non si applica se la norma internazionale in questione tutela i diritti umani, è stata nel frattempo confermata in numerose decisioni. L'analisi ha tuttavia anche evidenziato che in alcuni punti la giurisprudenza Schubert non è ancora consolidata. Non è in particolare chiaramente definita la portata delle norme internazionali a tutela dei diritti dell'uomo, su cui si dovrebbe basare il primato del diritto internazionale. Inoltre, tra le Corti del Tribunale federale si possono individuare delle gradazioni per quanto riguarda il peso da dare al legislatore¹³⁶. D'altronde, anche in Parlamento le opinioni in merito alla conformità di un atto legislativo con il diritto internazionale sono spesso divergenti e pertanto non è quasi mai individuabile una «deroga consapevole» da parte del legislatore. Sembra piuttosto che l'Assemblea federale concepisca il problema della conformità con il diritto internazionale e l'assunzione del rischio di un atto legislativo contrario (anche) come decisione politica. Per questi motivi non appare opportuno sancire la giurisprudenza Schubert come norma costituzionale (inflexibile) per la risoluzione dei conflitti. Occorre invece lasciare al Tribunale federale il compito di modificare la giurisprudenza Schubert, di precisarla o di distaccarsene.

Ai motivi già menzionati nel Rapporto¹³⁷ e nella risposta del Consiglio federale del 27 agosto 2008 alla mozione 08.3249 (Lukas Reimann, Base costituzionale per la prassi Schubert), che inducono a rinunciare all'inserimento della giurisprudenza Schubert nella Costituzione, se ne aggiunge un altro: senza l'estensione parallela dei motivi di nullità ai diritti dell'uomo tutelati dal diritto internazionale, tale misura creerebbe uno squilibrio tra i poteri. Infatti, l'Assemblea federale non potrebbe dichiarare nulla un'iniziativa popolare che non rispetta tali diritti (a meno che non facciano parte del diritto internazionale cogente o di garanzie inderogabili anche in stato di necessità), mentre nel caso specifico di un ricorso contro l'applicazione del nuovo diritto costituzionale il Tribunale federale sarebbe invece tenuto a vietarla.

Riassumendo, prevalgono gli svantaggi della codificazione della giurisprudenza Schubert nella Costituzione federale. Anche alla luce della presente analisi, va pertanto confermata l'opinione espressa nel Rapporto¹³⁸.

6 Valutazione generale e conclusioni

Visti i numerosi elementi portanti del diritto costituzionale e del diritto internazionale, il campo per la ricerca di una soluzione per risolvere la questione della conformità tra nuovo diritto costituzionale e diritto internazionale è molto ristretto. Se s'intende mantenere l'equilibrio tra democrazia e Stato di diritto, alcune soluzioni vanno scartate a priori. Anche se non sono in grado di risolvere tutte le contraddizioni, le due misure proposte in questa sede – l'ampliamento della procedura di

¹³⁶ Cfr. Robert Baumann, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, AJP 2010, pag. 1013 seg.

¹³⁷ Cfr. Rapporto, n. 9.3.4.

¹³⁸ Cfr. Rapporto, n. 9.3.4 pag. 2075.

esame preliminare e l'estensione dei motivi di nullità – rappresentano, ciascuna per sé o insieme, un'importante contributo alla soluzione del problema. Con la «giurisprudenza Schubert», il Tribunale federale ha sviluppato una regola che, in caso di divergenze tra il diritto internazionale e le disposizioni di una legge federale, permette di determinare il diritto prevalente. Tale regola potrebbe costituire una terza misura, estesa ai conflitti tra norme costituzionali e norme del diritto internazionale e iscritta nella Costituzione federale. Tuttavia, il Consiglio federale raccomanda di rinunciare all'inserimento di tale regola nella Costituzione federale. Le misure proposte possono anche essere considerate un meccanismo a tre livelli con cui trattare le iniziative popolari. Se non è possibile raggiungere la conformità con il diritto internazionale nel corso della procedura preliminare e d'intesa con il comitato d'iniziativa, l'Assemblea federale deve dichiarare nulla l'iniziativa nella misura in cui viola le disposizioni cogenti del diritto internazionale o i diritti fondamentali intangibili nella loro essenza. Resterebbero tuttavia possibili conflitti tra norme costituzionali e norme del diritto internazionale. A un terzo livello quindi, le autorità incaricate di applicare il diritto, in particolare il Tribunale federale, devono decidere se nel caso specifico prevale il diritto costituzionale o quello internazionale. Per mettere in atto le misure previste sono necessarie le modifiche costituzionali e legislative proposte nel presente rapporto complementare, le quali sottostanno rispettivamente al referendum obbligatorio e a quello facoltativo.