Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

FF 2017
www.dirittofederale.admin.ch
La versione elettronica firmata
è quella determinante

17.046

Messaggio concernente l'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)»

del 5 luglio 2017

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi proponiamo di sottoporre l'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» al voto del Popolo e dei Cantoni con la raccomandazione di respingerla.

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

5 luglio 2017

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Doris Leuthard
Il cancelliere della Confederazione, Walter Thurnherr

Compendio

L'iniziativa per l'autodeterminazione vuole sancire il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale. Prevede inoltre l'obbligo per le autorità di adeguare alla Costituzione federale i trattati internazionali che la contraddicono e se necessario di denunciarli. L'iniziativa mira a chiarire la relazione tra diritto internazionale e diritto svizzero, ma le sue contraddizioni interne le impediscono di concretizzare questo intento nella pratica; essa rischia di pregiudicare la certezza e la prevedibilità del diritto che sono di capitale importanza per la Svizzera e le sue imprese. Le modifiche costituzionali proposte dall'iniziativa vogliono obbligare le autorità a non curarsi dei vigenti obblighi internazionali; ciò è in contraddizione con la nostra cultura giuridica e indebolirebbe la posizione della Svizzera nelle relazioni con altri Stati. L'accettazione dell'iniziativa avrebbe ripercussioni negative sulla politica estera e sull'economia esterna. Il Consiglio federale raccomanda pertanto di respingere l'iniziativa.

Contenuto dell'iniziativa

L'iniziativa per l'autodeterminazione intende modificare la Costituzione federale completandone gli articoli 5 e 190 e aggiungendo un nuovo articolo 56a. Una disposizione transitoria prevede che le nuove disposizioni costituzionali si applichino a tutti gli obblighi vigenti di diritto internazionale della Confederazione e dei Cantoni.

La modifica consacrerebbe il primato generale della Costituzione federale rispetto al diritto internazionale. Salve da tale primato sarebbero solo le disposizioni cogenti del diritto internazionale. Nei casi di conflitto di norme, Confederazione e Cantoni dovrebbero provvedere ad adeguare (mediante nuovi negoziati) gli obblighi di diritto internazionale alle regole della Costituzione federale. Se i negoziati e quindi l'adeguamento dovessero fallire, ad esempio perché un partner contrattuale della Svizzera non è d'accordo con una della modifiche proposte, il trattato internazionale contrario alla Costituzione dovrebbe se necessario essere denunciato.

Secondo il vigente diritto costituzionale, il diritto internazionale è determinante per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto e va in linea di massima applicato anche se è in conflitto con il diritto costituzionale. Secondo l'iniziativa per l'autodeterminazione sarebbero in futuro determinanti solo i trattati internazionali il cui decreto di approvazione è stato assoggettato a referendum. Se contraddice alla Costituzione federale il rimanente diritto internazionale non potrebbe più essere applicato.

Valutazione dell'iniziativa

Alcune norme dell'iniziativa per l'autodeterminazione riguardano problemi che non si presentano nella pratica. È ad esempio già chiaro che la Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera ed è anche chiaro che è vietato concludere accordi internazionali che contraddicano la Costituzione federale. Quanto sostenuto nell'iniziativa riguardo alla contraddizione tra diritto nazionale (emanato in tutta autonomia) e diritto internazionale (dettato dall'estero) non è

corretto. La partecipazione di democrazia diretta alla conclusione dei trattati internazionali è garantita. Assumendo obblighi internazionali non si limita la sovranità nazionale ma la si esercita.

Occorre certo rilevare che la relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale non è esente da tensioni a vari livelli. La Costituzione non prevede ad esempio alcuna soluzione generale per attuare le iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. L'atteggiamento aperto riguardo al rapporto di rango tra la Costituzione federale e il diritto internazionale può però essere un vantaggio. Permette infatti di trovare soluzioni pragmatiche ampiamente fondate. L'iniziativa per l'autodeterminazione minaccia invece di precludere questa via. La regola del primato e l'obbligo di adeguare e se necessario denunciare i trattati internazionali impongono soluzioni schematiche in casi in cui è necessario operare dei distinguo.

Inoltre l'accettazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione avrebbe diverse ripercussioni negative per la Svizzera e creerebbe una seria di nuovi problemi. Nuocerebbe all'economia e alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo. L'autorizzazione di violare i trattati prevista nell'iniziativa indebolisce la posizione negoziale della Svizzera e aumenta il rischio che il Paese debba rispondere secondo il diritto internazionale e sopportare le conseguenze (p. es. sospensione o denuncia del trattato ad opera dell'altra parte contraente, ritorsioni, rappresaglie).

L'iniziativa per l'autodeterminazione promette di chiarire la relazione tra diritto nazionale e diritto internazionale; accettandola potrebbe invece accadere l'opposto perché essa contiene diverse imprecisioni e contraddizioni. È infatti difficile capire quale sarebbe nei singoli casi il rapporto gerarchico del diritto internazionale e degli atti normativi nazionali. Per le questioni importanti relative al rapporto tra diritto internazionale e diritto nazionale, la sovranità interpretativa viene trasferita ai giudici.

Proposta del Consiglio federale

Non è possibile condividere né l'impostazione né le previste modalità d'attuazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione. Il Consiglio federale propone pertanto al Parlamento, di raccomandare al Popolo e ai Cantoni di respingere l'iniziativa popolare senza opporle un controprogetto diretto o una controproposta indiretta.

Indice

Compendio **4618**

1 Aspetti formali **4622**
1.1 Testo dell'iniziativa 4622
1.2 Esame preliminare e riuscita formale 4623
1.3 Termini di trattazione 4623
1.4 Procedura della revisione parziale 4623

2 Validità **4625**
2.1 Unità della forma 4625
2.2 Unità della materia 4625
2.3 Compatibilità con le disposizioni cogenti del diritto internazionale 4626
2.4 Attuabilità 4627

3 Tenore e scopi dell'iniziativa dal punto di vista dei suoi promotori **4628**
3.1 Tenore della normativa proposta 4628
3.2 Scopi dei promotori dell'iniziativa 4629

4 Punti fondamentali della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale **4629**
4.1 Tre aspetti della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale 4630
4.2 Rango del diritto internazionale e procedura in caso di conflitto di norme con il diritto nazionale nel contesto giuridico vigente 4630
4.2.1 Evitare i conflitti di norme: un mandato costituzionale 4630
4.2.2 Altre regole costituzionali 4632
4.2.3 Relazione tra diritto internazionale e leggi federali 4633
4.2.4 Relazione tra diritto internazionale e Costituzione 4634
4.2.5 Soluzione di un conflitto di norme 4635
4.3 Dibattiti precedenti sulla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale 4636

5 Commento e interpretazione del testo dell'iniziativa **4640**
5.1 La Costituzione, fonte suprema del diritto, prevale sul diritto internazionale (art. 5 cpv. 1 e 4 D-Cost.) 4640
5.1.1 La Costituzione fonte suprema del diritto 4640
5.1.2 Rango superiore nella gerarchia delle norme e regola di conflitto 4640
5.1.3 Nozioni: «Costituzione federale» e «diritto internazionale» 4641
5.1.4 Riserva a favore delle disposizioni cogenti del diritto internazionale 4643
5.2 Trattamento delle contraddizioni tra la Costituzione e gli obblighi di diritto internazionale (art. 56*a* D-Cost.) 4644

5.2.1 Divieto espresso di concludere trattati 4644
5.2.2 Contraddizione tra obblighi di diritto internazionale e norme costituzionali 4644
5.2.3 Adeguamento degli obblighi di diritto internazionale 4646
5.2.4 Necessità di denunciare un trattato contrario alla Costituzione 4647
5.2.5 Autorità competenti per denunciare i trattati internazionali secondo il diritto interno 4649
5.2.6 Riserva a favore delle disposizioni cogenti del diritto internazionale 4650
5.3 Restrizione del primato d'applicazione del diritto internazionale (art. 190 D-Cost.) 4650
5.3.1 Portata e scopo dell'articolo 190 Cost. 4650
5.3.2 Prima restrizione: i «trattati internazionali» invece del «diritto internazionale» 4651
5.3.3 Seconda restrizione: primato di applicazione soltanto per i trattati internazionali *assoggettati al referendum* 4651
5.3.4 Interpretazione dell'espressione «assoggettato a referendum» nell'articolo 190 D-Cost. 4652
5.3.5 Ripercussioni sulla relazione tra diritto internazionale e legge federale 4655
5.4 Disposizione transitoria (art. 197 n. 12 D-Cost.) 4656

6 Valutazione dell'iniziativa e conseguenze della sua accettazione 4656
6.1 Norme inutili 4656
6.2 Soluzioni inadeguate 4657
6.2.1 Problemi della regola di conflitto schematica 4657
6.2.2 Margine di manovra ristretto 4658
6.3 Creazione di nuovi problemi 4659
6.3.1 Indebolimento del rispetto dei trattati e della validità del diritto internazionale 4659
6.3.2 Maggior rischio che la Svizzera sia chiamata a rispondere secondo il diritto internazionale 4660
6.3.3 Ripercussioni negative sull'economia esterna 4661
6.3.4 Indebolimento della protezione internazionale dei diritti dell'uomo 4662
6.3.5 Contraddizioni e imprecisioni del testo dell'iniziativa 4663

7 Rinuncia a ogni controprogetto diretto o indiretto 4665

8 Conclusioni 4666

Bibliografia 4667

Documenti menzionati frequentemente 4668

Decreto federale concernente l'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» *(Disegno)* **4669**

Messaggio

1 Aspetti formali

1.1 Testo dell'iniziativa

L'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» ha il seguente tenore:

La Costituzione federale[1] è modificata come segue:

Art. 5 cpv. 1 e 4

1 Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato. La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera.

4 La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale. La Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale.

Art. 56a Obblighi di diritto internazionale

1 La Confederazione e i Cantoni non assumono obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione federale.

2 In caso di contraddizione, adeguano gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, se necessario denunciando i trattati internazionali in questione.

3 Sono fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale.

Art. 190 Diritto determinante

Le leggi federali e i trattati internazionali il cui decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.

Art. 197 n. 12[2]

12. Disposizione transitoria degli art. 5 cpv. 1 e 4 (Stato di diritto), 56a (Obblighi di diritto internazionale) e 190 (Diritto determinante)

Con l'accettazione da parte del Popolo e dei Cantoni, gli articoli 5 capoversi 1 e 4, 56*a* e 190 si applicano alle disposizioni vigenti e future della Costituzione federale e agli obblighi di diritto internazionale vigenti e futuri della Confederazione e dei Cantoni.

1 RS **101**
2 Il numero definitivo della presente disposizione transitoria sarà stabilito dalla Cancelleria federale dopo la votazione popolare.

1.2 Esame preliminare e riuscita formale

L'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» è stata sottoposta a esame preliminare[3] dalla Cancelleria federale il 25 febbraio 2015 e depositata il 12 agosto 2016 con le firme necessarie. Tale esame ha permesso alla Cancelleria federale di constatare che i moduli delle firme e il titolo dell'iniziativa per l'autodeterminazione adempivano le condizioni formali previste nella legge. Con decisione del 6 settembre 2016, la Cancelleria federale ha constatato che l'iniziativa aveva raccolto 116 428 firma valide ed era riuscita[4].

1.3 Termini di trattazione

L'iniziativa è presentata in forma di progetto elaborato. Il nostro Consiglio non le oppone un controprogetto né diretto né indiretto. Secondo l'articolo 97 capoverso 1 lettera a della legge sul Parlamento del 13 dicembre 2002[5] (LParl), il Consiglio federale deve presentare un disegno di decreto federale e un messaggio entro il 12 agosto 2017. L'articolo 100 LParl prevede che, entro trenta mesi dal deposito di un'iniziativa popolare, e quindi fino al 12 febbraio 2019, l'Assemblea federale decida in merito alla raccomandazione di voto. Se una Camera si pronuncia a favore di un controprogetto o di un disegno di atto legislativo strettamente connesso all'iniziativa, l'Assemblea federale può prorogare di un anno (fino al 12 febbraio 2020) il termine di trattazione (art. 105 cpv. 1 LParl).

1.4 Procedura della revisione parziale

Gli articoli 193 e 194 della Costituzione federale[6] (Cost.) distinguono tra revisione totale e parziale della Costituzione federale. La distinzione comporta quanto segue[7]: in primo luogo valgono *regole di procedura diverse* (cfr. art. 193 cpv. 1–3 Cost. per la revisione totale e art. 194 cpv. 1 Cost. per la revisione parziale); in secondo luogo le iniziative popolari per la revisione totale della Costituzione federale possono proporre soltanto di *avviare* la procedura di revisione (art. 138 Cost.), mentre quelle per la revisione parziale (formulate come proposta generica o sotto forma di progetto elaborato) possono chiedere *determinati contenuti costituzionali.* È quindi logico che il principio dell'unità della materia valga soltanto per la revisione parziale e che una revisione di questo tipo chieda soltanto modifiche intrinsecamente connesse tra loro. Per distinguere tra revisione totale e revisione parziale, la prassi delle autorità federali si basa su criteri formali e materiali[8]:

3 FF **2015** 1665
4 FF **2016** 6369
5 RS **171.10**
6 RS **101**
7 Cfr. Tschannen, § 44 n. 1.
8 Messaggio nCost., pag. 405.

- *criteri formali:* vi è revisione totale quando la vecchia Costituzione è sostituita da una nuova. Sotto il profilo tematico si tratta dell'intera materia costituzionale e sotto quello formale di tutte le normative della «vecchia» Costituzione[9]. Vi è invece revisione parziale se soltanto alcune (una o diverse) norme della Costituzione sono modificate, abrogate o aggiunte al testo attuale;
- *criteri materiali*[10]*:* l'iniziativa per la revisione parziale deve essere limitata a una revisione parziale anche sotto il profilo del contenuto; non deve trattarsi di una revisione totale celata. Si tratta di una revisione totale se l'iniziativa intende modificare principi fondamentali della Costituzione (p. es. federalismo, assetto democratico del Paese). Non avrebbe senso inserire una tale iniziativa nella Costituzione federale vigente. Non si può tuttavia ritenere che vi sia revisione totale celata soltanto perché l'iniziativa si prefigge di modificare importanti disposizioni costituzionali[11].

L'iniziativa per l'autodeterminazione intende completare due norme vigenti della Costituzione (art. 5 e 190 Cost.), nonché aggiungervi una nuova norma (art. 56*a* D-Cost.) e una disposizione transitoria (art. 197 n. 12 D-Cost.). Formalmente l'iniziativa per l'autodeterminazione riguarda soltanto alcune disposizioni costituzionali; il suo oggetto è quindi chiaramente delimitato. Sotto il profilo del contenuto vuole in sostanza sancire il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale modificando l'articolo 5 capoverso 4 Cost. Le altre modifiche (art. 5 cpv. 1, art. 56*a*, 190, 197 n. 12 D-Cost.) riguardano segnatamente le conseguenze giuridiche della regola del primato. L'iniziativa per l'autodeterminazione si occupa della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale, ossia di questioni importanti per il nostro ordinamento giuridico e quindi di rango costituzionale[12]. Invece essa non modifica le impostazioni fondamentali quanto alla struttura dello Stato previste nella Costituzione federale (democrazia, Stato federale, Stato di diritto e Stato sociale)[13]. Vi sono ad esempio state discussioni sulla portata della nuova impostazione della perequazione finanziaria e dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NPC) che era concepita come riforma del federalismo[14]. Anche paragonata a quest'ultimo caso, è

9 Biaggini, art. 192 n. 5.
10 Il fatto di fondarsi (anche) su criteri di distinzione materiali non è controverso nella dottrina. Sono segnatamente criticati la difficoltà di stabilire quando una revisione parziale è «fondamentale» al punto da dover essere considerata materialmente totale e il rischio di abusare della nozione di revisione totale materiale come mezzo per dichiarare non valide iniziative, dal contenuto radicale, politicamente indesiderate (cfr. Tschannen, § 44 n. 5).
11 Cfr. con esempi Hangartner, Kley, n. 814.
12 Cfr. in proposito anche il messaggio del Consiglio federale concernente l'iniziativa popolare «Per una Svizzera senza esercito e per una politica globale di pace» del 25 maggio 1988, FF **1988** II 854, qui 858. In tale messaggio il Consiglio federale faceva notare che la proposta abolizione dell'esercito «costituisce una decisione fondamentale che determina le strutture dello Stato»; tuttavia in considerazione della prassi seguita da tempo andava trattata come revisione parziale e non come revisione totale.
13 Messaggio nCost., pag. 8 segg.
14 Messaggio del 14 novembre 2001 concernente la nuova impostazione della perequazione finanziaria e dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NPC), FF **2002** 2065, qui 2095 seg.

evidente che l'iniziativa per l'autodeterminazione si prefigge una revisione parziale della Costituzione e deve essere trattata con la pertinente procedura[15].

2 Validità

2.1 Unità della forma

L'iniziativa popolare per la revisione parziale della Costituzione può essere formulata come proposta generica o progetto elaborato (art. 139 cpv. 2 Cost.). Secondo l'articolo 75 capoverso 3 della legge federale del 18 dicembre 1976[16] sui diritti politici (LDP), le forme miste non sono ammesse.

L'iniziativa per l'autodeterminazione ha la forma di un progetto elaborato. L'unità formale è quindi rispettata.

2.2 Unità della materia

L'articolo 75 capoverso 2 LDP, in esecuzione dell'articolo 139 capoverso 3 Cost., stabilisce che un'iniziativa popolare rispetta il principio dell'unità della materia se le singole parti dell'iniziativa sono *intrinsecamente connesse*. Il principio intende garantire la libera e fedele espressione del voto e presuppone quindi che i votanti possano esprimere la loro opinione su una determinata questione delimitata sotto il profilo tematico. Il principio vuole pertanto evitare che in una sola iniziativa siano mescolate diverse richieste per raccogliere maggiori adesioni e raggiungere così il numero delle firme necessarie. Se l'iniziativa è riuscita, occorre garantire che in votazione non siano sottoposte ai votanti richieste diverse e prive di nessi intrinseci. L'Assemblea federale considera il requisito dell'unità della materia in modo molto esteso[17].

L'iniziativa per l'autodeterminazione rispetta l'unità della materia. I singoli elementi della normativa sono intrinsecamente connessi tra loro: l'articolo 5 capoverso 4 D-Cost. sancisce il primato della Costituzione nei confronti del diritto internazionale e l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. disciplina le conseguenze giuridiche di tale primato (obbligo di adeguamento e di denuncia). Il primato di *validità* (del diritto costituzionale rispetto al diritto internazionale) sancito nell'articolo 5 capoverso 4 D-Cost. presenta inoltre un nesso sufficientemente stretto con l'articolo 190 D-Cost. che definisce la portata del cosiddetto primato d'*applicazione* e stabilisce che i trattati internazionali sottoposti a referendum (divenuti) incostituzionali rimangono applicabili fino al loro adeguamento o alla loro denuncia. Sussiste infine uno stretto nesso intrinseco con la disposizione transitoria secondo cui sono sottoposti alle nuove regole in materia di primato, adeguamento e denuncia anche gli obblighi internazionali vigenti.

15 Cfr. invece Keller, Weber, pagg. 1020 seg., che preferiscono considerarla una revisione totale, con riferimento al significato del contenuto dell'iniziativa.
16 RS **161.1**
17 Messaggio nCost., pag. 407.

I singoli elementi della normativa dell'iniziativa per l'autodeterminazione non solo presentano un nesso intrinseco ma riguardano tutti un'unica tematica, segnatamente la posizione del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico svizzero e perseguono pertanto un medesimo obiettivo.

All'opinione formulata nella dottrina[18], secondo cui l'iniziativa per l'autodeterminazione viola l'unità della materia vanno contrapposti i seguenti argomenti: né le imprecisioni né le incertezze del diritto in un'iniziativa costituzionale sono di per sé motivi di nullità (cfr. elenco nell'art. 139 cpv. 3 Cost.) e neppure l'imprecisione di alcune disposizioni costituzionali è sufficiente per affermare che sia violata l'unità della materia. Inoltre, dal principio dell'unità della materia non risulta alcun diritto dei votanti di esprimersi separatamente sulle singole parti di un progetto, anche se particolarmente importanti. Le iniziative costituzionali contengono quasi sempre diverse misure o addirittura interi pacchetti di misure che gli aventi diritto di voto vorrebbero accettare solo in parte. Dopo aver ponderato i diversi vantaggi e svantaggi devono prendere una decisione complessiva. Da questo processo decisionale non si può dedurre necessariamente (almeno sotto il profilo giuridico) l'assenza di un nesso intrinseco. Occorre invece verificare se i singoli elementi della normativa presentano un nesso di questo tipo. Come fatto notare sopra, le singole disposizioni sono collegate le une alle altre materialmente e concettualmente. La regola del primato è centrale (art. 5 cpv. 4 D-Cost.); le altre modifiche (art. 5 cpv. 1, 56*a,* 190, 197 n. 12 D-Cost.) stabiliscono segnatamente le conseguenze giuridiche di tale regola. Basandosi sul principio dell'unità della materia, alcuni autori deducono ad esempio che l'accettazione di un'iniziativa popolare dal contenuto formulato in modo restrittivo e in contraddizione con singoli punti di un trattato internazionale formulato in modo ampio non va intesa come un mandato puro e semplice di denunciare tale trattato perché si tratta di due casi diversi[19]. Qui siamo tuttavia in una situazione diversa: l'iniziativa per l'autodeterminazione formula esplicitamente una regola di conflitto la quale può anche portare alla denuncia del trattato. Sotto il profilo dell'unità della materia non vi è nulla da eccepire. L'iniziativa per l'autodeterminazione rispetta quindi l'unità della materia.

2.3 Compatibilità con le disposizioni cogenti del diritto internazionale

Secondo l'articolo 139 capoverso 3 Cost., un'iniziativa popolare che viola disposizioni cogenti del diritto internazionale va dichiarata nulla in tutto o in parte. Il testo della Costituzione non indica quali siano queste disposizioni. Tuttavia, Consiglio federale e Assemblea federale hanno sviluppato una prassi secondo cui sono considerate norme cogenti del diritto internazionale le seguenti regole[20]:

18 Keller, Weber, pagg. 1016 segg.
19 Künzli, pag. 69; Blum, Naegeli, Peters, pagg. 556 seg.
20 Per i dettagli cfr. il rapporto complementare Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 3310 segg. Cfr. inoltre il messaggio nCost., pagg. 408 seg. nonché il messaggio del Consiglio federale del 27 agosto 2008 sull'iniziativa popolare «Contro l'edificazione di minareti», FF **2008** 6659, qui 6665 segg.

- anzitutto le norme del *diritto internazionale cogente* (*ius cogens*) definito in generale dall'articolo 53 secondo periodo della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969[21] sul diritto dei trattati (Convenzione di Vienna). Lo *ius cogens* designa le norme fondamentali del diritto internazionale alle quali non è permesso derogare[22];
- il Consiglio federale ha inoltre ripetutamente confermato che fanno parte delle disposizioni cogenti del diritto internazionale anche le *garanzie* della Convenzione del 4 novembre 1950[23] per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) *intangibili anche in stato di necessità* (cfr. l'elenco nell'art. 15 par. 2). Si tratta del divieto di privare arbitrariamente una persona della vita (art. 2 CEDU), del divieto di tortura (art. 3 CEDU), del divieto di schiavitù, di servitù e di lavoro forzato (art. 4 par. 1 CEDU), del principio «nessuna pena senza legge» (art. 7 CEDU) e del divieto della doppia pena ossia il principio «ne bis in idem» (art. 4 del Protocollo Aggiuntivo n. 7 del 22 novembre 1984[24] alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali);
- la prassi delle autorità federali ha altresì riconosciuto il rango di «disposizioni cogenti del diritto internazionale» ad alcune *garanzie intangibili anche in stato di necessità* previste nel Patto del 16 dicembre 1966[25] relativo ai diritti politici e civili (Patto ONU II)[26].

Secondo il testo dell'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo D-Cost., il primato del diritto costituzionale non riguarda le disposizioni cogenti del diritto internazionale. Anche l'articolo 56*a* capoverso 3 D-Cost. fa salve tali disposizioni. È quindi rispettato anche questo requisito di validità dell'iniziativa.

2.4 Attuabilità

La manifesta inattuabilità di un'iniziativa costituisce di fatto l'unico limite materiale, non scritto, alla revisione costituzionale[27]. La revisione può essere impossibile di per sé o non avere oggetto. Per quanto concerne questi requisiti l'iniziativa per l'autodeterminazione è di fatto attuabile.

21 RS **0.111**; entrato in vigore per la Svizzera il 6 giugno 1990.
22 Art. 53 secondo periodo della Convenzione sul diritto dei trattati: «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 può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere». Cfr. per un elenco delle garanzie e diritti che hanno carattere di *ius cogens* il messaggio Iniziativa per l'attuazione, pagg. 8148 seg.
23 RS **0.101**; entrata in vigore per la Svizzera il 28 novembre 1974.
24 RS **0.101.07**
25 RS **0.103.2**
26 Cfr. per ulteriori rimandi e un elenco dei contenuti il messaggio Iniziativa attuazione, pag. 8149.
27 Messaggio nCost., pag. 408.

Si pone tuttavia la questione dei trattati internazionali generalmente ritenuti non denunciabili. La questione della denunciabilità è oggetto di discussioni concrete segnatamente in relazione con il Patto ONU II[28]. Si potrebbe quindi dedurre che l'obbligo previsto nell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. di denunciare un trattato internazionale contrario alla Costituzione, dopo il fallimento del tentativo di adeguarlo, non possa essere adempiuto (sia inattuabile) e che l'iniziativa per l'autodeterminazione debba quindi essere dichiarata in parte nulla. Una tale conclusione non appare tuttavia legittima:

- l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. può essere interpretato in modo tale da ritenere che l'obbligo di denuncia da esso sancito può essere applicato soltanto ai trattati internazionali denunciabili. Inoltre occorre rilevare che la denunciabilità di un trattato internazionale è la regola. La regola dell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. potrebbe quindi essere rispettata nella maggior parte dei casi in cui vi è contraddizione con la Costituzione federale e fallimento dell'adeguamento;
- basandosi sulla prassi in materia di iniziative popolari che violano disposizioni di trattati internazionali indenunciabili[29], anche l'impossibilità di rispettare l'obbligo di denuncia secondo l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. avrebbe semmai per effetto un'inattuabilità non di fatto ma *giuridica* che non costituisce tuttavia un motivo per dichiarare nulla un'iniziativa popolare;
- per il resto, l'eventuale indenunciabilità di un trattato internazionale non osta alla regola del primato secondo l'articolo 5 capoverso 4 D-Cost.

3 Tenore e scopi dell'iniziativa dal punto di vista dei suoi promotori

3.1 Tenore della normativa proposta

L'iniziativa per l'autodeterminazione intende sancire nella Costituzione federale il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale. I trattati internazionali che contraddicono alla Costituzione federale devono essere adeguati e se necessario denunciati; gli obblighi di adeguare e denunciare valgono sia per i conflitti futuri sia per i conflitti già esistenti tra trattati internazionali e Costituzione.

In concreto, l'iniziativa intende completare gli articoli 5 e 190 della Costituzione federale e ne aggiunge uno nuovo, il 56*a*. Inoltre prevede una disposizione transitoria secondo cui le norme modificate si applicano a tutte le disposizioni attuali e future della Costituzione federale e a tutti gli impegni di diritto internazionale della Confederazione e dei Cantoni, attuali e futuri (art. 197 n. 12 D-Cost.).

L'iniziativa si prefigge sostanzialmente le seguenti modifiche (cfr. n. 5 per la spiegazione e l'interpretazione del testo dell'iniziativa):

28 Cfr. rapporto CEDU, pagg. 400 seg. con ulteriori rimandi.
29 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 2086 seg.; Tschannen, § 44 n. marg. 26b.

- nell'articolo 5 capoversi 1 e 4 Cost. vuole sancire il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale (*regola del primato*);
- con il nuovo articolo 56*a* Cost. Confederazione e Cantoni dovrebbero adeguare i trattati internazionali che contraddicono alla Costituzione e se necessario denunciarli (*obbligo di adeguare e denunciare*);
- nell'articolo 190 Cost. il primato d'applicazione non si applicherebbe più a tutto il diritto internazionale e a tutti i trattati internazionali ma soltanto ai trattati il cui decreto d'approvazione è stato assoggettato a referendum (*restrizione del primato d'applicazione*).

Le citate disposizioni costituzionali imporrebbero obblighi di intervento e di astensione alla Confederazione e ai Cantoni senza rendere necessaria l'emanazione di una legge d'esecuzione[30].

3.2 Scopi dei promotori dell'iniziativa

Secondo i promotori dell'iniziativa, negli ultimi anni il Tribunale federale e il Consiglio federale con l'aiuto di esponenti delle scienze giuridiche hanno introdotto il primato del diritto internazionale nei confronti del diritto nazionale (diritto costituzionale). Spesso il Consiglio federale e il Parlamento hanno rifiutato di attuare (interamente) iniziative popolari accettate facendo riferimento agli obblighi di diritto internazionale. Il culmine di questa evoluzione è la sentenza DTF *139* I 16 con la quale il Tribunale federale ha risposto, a favore del diritto internazionale e soprattutto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), alla questione fondamentale di chi detenga il supremo potere legislativo in Svizzera. I promotori ritengono che occorre invertire questa evoluzione. Pertanto l'iniziativa per l'autodeterminazione dichiara la Costituzione federale fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera garantendo che i conflitti di norme vengano risolti a favore del diritto nazionale. Secondo i promotori, in futuro sarà così possibile attuare pienamente le decisioni del Popolo e dei Cantoni. La relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale viene precisata dall'iniziativa ripristinando la certezza del diritto e la stabilità[31].

4 Punti fondamentali della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale

Per una migliore comprensione dei commenti del testo dell'iniziativa (n. 5) e della valutazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione (n. 6) sono in seguito esposti gli aspetti principali della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale e la prassi giuridica attuale (n. 4.1 e 4.2) insieme a un resoconto delle discussioni su questo tema che recentemente sono state piuttosto accese.

30 Cfr. anche Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative, pag. 34.
31 Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative, pagg. 4 seg., 12 e 14.

4.1 Tre aspetti della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale

La relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale comprende tre diversi aspetti[32]. In seguito, si distingue tra validità, applicabilità e rango del diritto costituzionale.

In Svizzera, i trattati internazionali, vincolanti nel diritto internazionale, hanno automaticamente *effetto* nel diritto nazionale (monismo); non occorre trasporli con un atto di diritto nazionale, diversamente da quanto accade negli Stati con un sistema dualista[33]. La scelta del monismo non ha alcuna influenza sul rango del diritto internazionale. Inoltre, il carattere vincolante degli obblighi di diritto internazionale nelle relazioni estere (cfr. n. 4.2.1 e 6.3.1) è indipendente dal sistema scelto[34]. L'iniziativa per l'autodeterminazione non rimette in causa la scelta del sistema monista.

Le norme del diritto internazionale sono quindi direttamente *applicabili* (*self-executing*) se sono sufficientemente chiare e precise da permettere ai privati (persone fisiche e giuridiche) di dedurne diritti e obblighi e di farli valere dinanzi alle autorità amministrative e giudiziarie[35]. Viceversa non sono direttamente applicabili (*non-self-executing*) se si rivolgono agli organi legislativi degli Stati. In questo caso si tratta di disposizioni quadro o programmatiche che non conferiscono diritti individuali e devono essere concretizzate nella legge. L'iniziativa per l'autodeterminazione non ha alcuna influenza diretta su questi principi riguardanti l'applicazione del diritto internazionale. Quindi, se una disposizione costituzionale contraddice una norma del diritto internazionale direttamente applicabile, l'articolo 190 D-Cost. stabilisce se le autorità sono tenute ad applicare la norma internazionale (cfr n. 5.3).

L'iniziativa per l'autodeterminazione si prefigge di inserire nella Costituzione una nuova regola per stabilire il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale. Essa intende modificare l'attuale situazione giuridica (cfr. n. 4.2) per quanto concerne il *rango* del diritto internazionale nella gerarchia delle norme e la *procedura in caso di conflitto di norme*.

4.2 Rango del diritto internazionale e procedura in caso di conflitto di norme con il diritto nazionale nel contesto giuridico vigente

4.2.1 Evitare i conflitti di norme: un mandato costituzionale

La Confederazione e i Cantoni sono vincolati dalla Costituzione anche nelle loro relazioni estere, il che obbliga il Consiglio federale e il Parlamento a non concludere

32 Cfr. in proposito e per il seguito il rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 2036 segg. (generalità) e pagg. 2052 segg. (riguardo al diritto svizzero); rapporto CF sul Po. **13.3805**, pagg. 4 seg.
33 DTF **127** II 177, consid. 2c, pag. 181.
34 Cfr. il parere del Consiglio federale del 28 maggio 2014 sulla mozione **14.3221** Reimann «Dal monismo al dualismo».
35 DTF **142** II 161, consid. 4.5.1; **140** II 185, consid. 4.2.

alcun trattato internazionale in contraddizione con il diritto interno. Se del caso, le disposizioni costituzionali o legali contrarie devono essere adeguate prima di concludere il trattato. A tale riguardo, l'articolo 141*a* Cost. prevede la possibilità di optare per una *soluzione globale*: le modifiche, costituzionali e legislative, legate all'attuazione di un trattato internazionale (sottoposto al referendum obbligatorio o facoltativo) possono essere integrate nel decreto di approvazione del trattato. Inoltre, in qualità di Stato parte, la Svizzera può, se necessario e possibile, formulare *riserve* per escludere o modificare gli effetti giuridici di una data disposizione dell'accordo. La procedura per la conclusione dei trattati internazionali comprende quindi strumenti e garanzie per evitare i conflitti di norme tra diritto internazionale e diritto nazionale.

Di regola, i conflitti di norme nascono quindi da una modifica della Costituzione o dall'emanazione di una legge federale in contraddizione con il vigente diritto internazionale. Se è vero che i progetti costituzionali non devono violare le disposizioni cogenti del diritto internazionale (art. 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.), ogni iniziativa popolare che non rispetta questo principio deve essere dichiarata nulla in tutto o in parte dall'Assemblea federale (art. 139 cpv. 3 Cost.; vedi anche n. 2.3). Possono invece essere sottoposte al voto le iniziative popolari contrarie a disposizioni non cogenti del diritto internazionale. Una volta accettate dal Popolo e dai Cantoni, queste iniziative diventano anch'esse parte del diritto costituzionale vigente. Può risultarne un conflitto di norme tra la Costituzione e il diritto internazionale (se il diritto costituzionale contrario al diritto internazionale è direttamente applicabile) o tra la legge federale e il diritto internazionale (se il diritto costituzionale contrario al diritto internazionale deve essere attuato con una legge).

In molti casi un'*interpretazione della Costituzione e delle leggi conforme al diritto internazionale* permette di evitare i conflitti di norme. Questo metodo d'interpretazione ha la funzione di armonizzare le norme giuridiche interne con le norme internazionali e consiste nel scegliere tra le diverse possibili letture della norma interna quella conforme al significato della norma internazionale. Questa approccio intende prevenire i conflitti di norme, non risolverli. Infatti, fintanto che una norma di diritto nazionale può essere interpretata in modo conforme al diritto internazionale, non vi è alcun conflitto. L'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme al diritto internazionale può essere dedotto dall'articolo 5 capoversi 3 e 4 Cost. Queste disposizioni sono il corrispettivo di diritto nazionale degli obblighi sanciti negli articoli 26 e 27 della Convenzione di Vienna, e riconosciuti anche dal diritto consuetudinario[36], secondo i quali ogni trattato internazionale deve essere eseguito in buona fede (principio *pacta sunt servanda*); non ci si può richiamare al diritto nazionale per giustificare la non applicazione di un trattato[37]. L'interpretazione conforme al diritto internazionale si fonda peraltro sulla presunzione secondo cui il legislatore (pure lui vincolato dall'art. 5 cpv. 4 Cost.) non intende elaborare leggi nazionali contrarie al diritto internazionale. In definitiva, questo tipo d'interpretazione, come l'interpretazione conforme alla Costituzione, consolida il carattere uniforme dell'or-

36 P. es., DTF **142** II 35, consid. 3.2, pag. 39.

37 Il principio in base al quale occorre agire secondo le regole della buona fede è importante anche nel diritto civile (cfr. art. 2 cpv. 1 CC; RS **210**) e permea l'intero ordine giuridico.

dinamento giuridico[38]. Non si può tuttavia escludere che la regola del primato formulata nell'articolo 5 capoverso 4 D-Cost. ridimensioni la portata dell'interpretazione conforme al diritto internazionale (cfr. n. 5.1.2).

4.2.2 Altre regole costituzionali

Nella pratica i conflitti tra norme internazionali e norme interne sono rari. Nei casi in cui si verifica un tale conflitto generalmente vi è una contraddizione tra un trattato internazionale e una disposizione di una *legge federale*. Per quanto concerne il rango del diritto internazionale e la gestione dei conflitti di norme, la Costituzione contiene le seguenti regole generali.

Innanzitutto, la Costituzione federale[39], come l'articolo 53 della Convenzione di Vienna, colloca le *regole cogenti del diritto internazionale* al vertice della gerarchia delle norme nazionali (e internazionali).

Conformemente all'articolo 5 capoverso 4 Cost., la Confederazione e i Cantoni *rispettano* il diritto internazionale. Questo obbligo esprime il principio secondo cui le norme del diritto internazionale prevalgono in linea di massima sulle norme del diritto interno con le quali sono in contraddizione. Il primato di massima del diritto internazionale risulta in particolare dagli articoli 26 e 27 della Convenzione di Vienna (valgono anche nel diritto consuetudinario; cfr. in proposito n. 4.2.1). Dall'articolo 5 capoverso 4 Cost. non si può dedurre un *primato senza riserve* del diritto internazionale[40]. Inoltre, questa disposizione non contiene una norma per risolvere i conflitti tra diritto internazionale e diritto interno[41].

L'articolo 190 Cost. dispone che le leggi federali *e* il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità di applicazione del diritto. Esso indica semplicemente la procedura da seguire in caso di conflitto di leggi federali o del diritto internazionale con la Costituzione: in questi casi vi è *primato d'applicazione* delle leggi federali e del diritto internazionale. La disposizione non riguarda invece i conflitti di norme né il rango delle leggi federali e del diritto internazionale (vedi n. 4.2.3 per maggiori dettagli in proposito e n. 4.2.4 per la relazione tra *Costituzione* e diritto internazionale).

In caso di conflitto di norme con una disposizione di un'*ordinanza della Confederazione* emanata dall'Assemblea federale, dal Consiglio federale, da un dipartimento o da un ufficio, il diritto internazionale prevale (art. 5 cpv. 4 Cost.). Questo caso non è disciplinato dall'articolo 190 Cost. perché le ordinanze non sono atti normativi determinanti ai sensi di questa disposizione.

Per quanto concerne il diritto cantonale, si applica la regola seguente: con la loro entrata in vigore i trattati internazionali conclusi dalla Confederazione diventano

38 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pag. 2057.
39 Cfr. art. 139 cpv. 3, 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.
40 Invece, l'art. 49 cpv. 1 Cost. sancisce il primato assoluto del diritto federale sul diritto cantonale.
41 Cfr. Epiney, *BS-BV-Kommentar*, art. 5 n. 85; Tschannen, § 9 n. 15.

parte dell'ordinamento giuridico svizzero di livello federale. Il primato del diritto internazionale sul *diritto cantonale* risulta quindi dall'articolo 49 capoverso 1 Cost.[42].

4.2.3 Relazione tra diritto internazionale e leggi federali

In conformità alle citate disposizioni costituzionali, il Tribunale federale riconosce il primato di principio del diritto internazionale pur ammettendo qualche eccezione a favore del diritto nazionale. La giurisprudenza della corte suprema può essere considerata consolidata, anche se non chiarisce definitivamente tutte le questioni che si pongono[43]. I principi riguardanti i conflitti di norme tra una *legge federale* e il diritto internazionale sono esposti a grandi linee qui di seguito[44]:

- *in linea di massima*, il diritto internazionale prevale sulle leggi; questo primato di massima vale anche per le leggi federali emanate dopo l'entrata in vigore della norma internazionale in questione (leggi posteriori);
- *a titolo eccezionale*, se l'Assemblea federale ha deliberatamente adottato una legge contraria al diritto internazionale, è tale legge (posteriore) a essere determinante (giurisprudenza Schubert basata sulla DTF *99* Ib 39). Secondo il Tribunale federale, una decisione contraria a un trattato internazionale può essere considerata deliberata o intenzionale soltanto se l'Assemblea federale, nel corso dei suoi dibattimenti, ha esaminato in dettaglio gli aspetti e le ripercussioni di diritto internazionale e la possibile violazione di quest'ultimo[45];
- a titolo di *eccezione all'eccezione*, i diritti dell'uomo garantiti dal diritto internazionale (segnatamente quelli sanciti dalla CEDU) prevalgono tuttavia sistematicamente sulle leggi federali (giurisprudenza PKK, fondata sulla DTF *125* II 417)[46]. Questa eccezione all'eccezione risulta in particolare dal meccanismo di applicazione della CEDU: aderendo alla Convenzione la Svizzera si è impegnata ad adottare, in seguito alle sentenze della Corte EDU, le misure individuali e generali necessarie per evitare ogni futura violazione analoga della Convenzione, se necessario modificando il diritto vigente[47]. Se riconoscesse il primato di una legge federale che viola la CEDU, il Tribunale federale, in considerazione della possibilità di ricorso dinanzi alla Corte EDU, verrebbe declassato a istanza intermedia[48]. Le leggi federali sono quindi di fatto sottoposte a un certo controllo costituzionale,

42 Häfelin, Haller, Keller, Thurnherr, n. marg. 1928; Tschannen, § 9 n. 26; Tschumi, Schindler, *SG-BV-Kommentar*, art. 5 n. 76.
43 Cfr. p. es. la relativizzazione del primato delle garanzie internazionali in materia di diritti dell'uomo in DTF **136** III 168, consid, 3.3.4. Vedi anche il compendio di Schürer.
44 Tra le numerose sentenze cfr. DTF **142** II 35, consid. 3.2, pag. 39; **139** I 16, consid. 5.1
45 DTF **138** II 524 consid. 5.3.2.
46 Nella DTF **142** II 35, consid. 3.2 e 3.3, il Tribunale federale ha confermato la giurisprudenza secondo cui la prassi Schubert non era applicabile al diritto della libera circolazione tra la Svizzera e l'UE, nemmeno a titolo di eccezione all'eccezione.
47 DTF **139** I 16, consid. 5.2.3.
48 Messaggio nCost., pag. 478.

nella misura in cui i diritti dell'uomo garantiti dal diritto internazionale hanno il medesimo contenuto dei diritti fondamentali iscritti nella Costituzione.

4.2.4 Relazione tra diritto internazionale e Costituzione

Per lungo tempo giurisprudenza e dottrina hanno nutrito scarso interesse per la gestione dei conflitti di norme di *diritto costituzionale* e diritto internazionale. Da una parte occorre rilevare che la problematica delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale è relativamente recente, dall'altra che l'applicazione del diritto dà luogo solo raramente a un conflitto di norme di questo genere, più precisamente solo nei casi in cui la disposizione costituzionale in questione è *direttamente applicabile*. Ciò presuppone che la fattispecie e la conseguenza giuridica siano formulate in modo sufficientemente chiaro da permettere, nel singolo caso, alle autorità competenti di disciplinare diritti e obblighi dei cittadini basandosi direttamente sulla disposizione costituzionale, senza un intervento del legislatore[49] (cfr. in merito all'applicabilità diretta del diritto internazionale n. 4.1).

Nel 2010, in occasione della valutazione generale della relazione tra diritto internazionale e diritto interno, il nostro Consiglio si è espresso in merito a diversi approcci risolutivi[50]. Ha dapprima confermato il primato dei principi fondamentali della Costituzione e dell'essenza dei diritti fondamentali sul diritto internazionale[51]. In seguito ha ritenuto che le disposizioni costituzionali contrarie al diritto internazionale vanno applicate se sono posteriori alla disposizione di diritto internazionale e all'articolo 190 Cost. e sono direttamente applicabili (principi della *lex posterior* e della *lex specialis*), citando come esempio l'articolo 72 capoverso 3 Cost. (iniziativa «contro l'edificazione di minareti»). Il nostro Consiglio ha tuttavia attirato esplicitamente l'attenzione sul rischio di un tale approccio risolutivo di cui la Svizzera può essere chiamata a rispondere secondo il diritto internazionale. Ciò può essere evitato rinegoziando o denunciando il trattato internazionale che contraddice la norma in questione, il che non è tuttavia sempre possibile o auspicabile sul piano politico o giuridico. Pertanto la relazione tra diritto internazionale e Costituzione deve essere strutturata in modo più articolato di quanto permetta l'applicazione di una norma schematica che consacra un primato.

L'Assemblea federale non riconosce il primato generale del diritto costituzionale (posteriore) sul diritto internazionale. Questa posizione è stata espressa in decisioni recenti relative all'attuazione di nuove disposizioni costituzionali. Per esempio, la legge di attuazione dell'articolo 121 capoversi 3–6 Cost. (espulsione di criminali stranieri)[52] tiene conto sia delle prescrizioni costituzionali sia delle prescrizioni della CEDU. La legge di attuazione adottata dall'Assemblea federale il 16 dicembre 2016 concernente l'articolo 121*a* Cost. (regolazione dell'immigrazione)[53] tiene conto

49 Riguardo ai criteri dell'applicazione diretta, cfr. DTF **139** I 16, consid. 4.2.3 e 4.3.2.
50 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 2061 e 2072 segg.
51 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 2061 e 2073.
52 Cfr. in particolare la cosiddetta clausola di rigore che risulta dall'art. 66*a* cpv. 2 CP (RS **311.0**).
53 FF **2016** 7955

dell'accordo tra la Svizzera e l'UE del 21 giugno 1999[54] sulla libera circolazione delle persone (ALC).

Il Tribunale federale è molto prudente nel riconoscere l'applicabilità diretta delle disposizioni costituzionali[55]. Non si è peraltro pronunciato sui conflitti di norme di diritto costituzionale e di diritto internazionale e la dottrina non è unanime a tale riguardo[56]. Alcuni autori sono ad esempio dell'opinione che questo genere di conflitto di norme deve essere trattato in modo analogo ai conflitti tra le norme di legge e il diritto internazionale (applicazione per analogia della giurisprudenza Schubert precisata dalla giurisprudenza PKK)[57].

4.2.5 Soluzione di un conflitto di norme

Poiché i conflitti di norme di diritto internazionale e di diritto nazionale sono relativamente rari, vi sono poche sentenze del Tribunale federale in cui viene consacrato il primato di un trattato internazionale su una *legge federale*[58]. Nel caso inverso, quando il Tribunale federale tutela l'applicazione di una legge che deroga consapevolmente a un trattato, occorre stabilire se il legislatore ha voluto nel contempo conferire un mandato di rinegoziare o addirittura denunciare il trattato in questione[59]. Il nostro Consiglio ritiene importante che l'Assemblea federale precisi, prima di adottare una legge federale o approvare un trattato internazionale, se ne può risultare un conflitto tra il diritto internazionale e una legge federale. Ciò permetterebbe da una parte di dare una base più solida all'applicazione della giurisprudenza Schubert/PKK (adozione di una legge che deroga *consapevolmente* a un trattato internazionale) e dall'altra di stabilire chiaramente fin dall'adozione della norma con quali mezzi si potrebbe eliminare l'incompatibilità. Questi mezzi dovrebbero essere iscritti direttamente nella legge federale in questione[60].

La problematica è analoga quando viene adottata un'iniziativa popolare che genera una contraddizione tra il *diritto costituzionale* e il diritto internazionale. Se la nuova norma costituzionale non lascia alcun margine che permetta al legislatore di attuarla conformemente al diritto internazionale, per risolvere il conflitto di norme riman-

54 Entrato in vigore in Svizzera il 1° giugno 2002 (RS **0.142112.681**).
55 Cfr. compendio della giurisprudenza del Tribunale federale e distinzione tra le disposizioni costituzionali *direttamente applicabili* e quelle che prevedono *regole vincolanti*: Tschannen, § 4, n. 16a segg.
56 Cfr. DTF **133** II 450, consid. 6 e l'ulteriore relativizzazione nella DTF **139** I 16, consid. 5.2 e 5.3. Vedi compendio della dottrina nel rapporto Diritto internazionale/diritto interno, pag. 2058 seg. e in Tschumi, Schindler, *SG-BV-Kommentar*, art. 5, n. 85.
57 Cfr. osservazioni nel rapporto Diritto internazionale/diritto interno, pag. 2060. In questa ottica si potrebbe, a date condizioni, concludere che il diritto costituzionale prevale sul diritto internazionale, se il legislatore aveva chiaramente intenzione di adottare diritto costituzionale contrario al diritto internazionale.
58 Esempi: DTF **133** II 45, consid. 2.2 e **133** V 367, consid. 11.
59 Rapporto Diritto internazionale/diritto interno, pag. 2061.
60 Rapporto CF sul Po. 13.3805, pag. 20.

gono soltanto le opzioni esposte qui di seguito[61]. *In primo luogo* si può tentare di avviare negoziati per modificare il trattato internazionale o considerare la possibilità di denunciarlo. Dall'accettazione di un'iniziativa popolare in contraddizione con un trattato internazionale non risulta tuttavia automaticamente l'obbligo di denunciare tale trattato. A seconda dei casi un tale obbligo sarebbe addirittura contrario al principio dell'unità della materia[62]. *In secondo luogo*, il Popolo e i Cantoni hanno la possibilità di modificare o abrogare la norma costituzionale contraria al diritto internazionale poiché, conformemente all'articolo 192 capoverso 1 Cost. la Costituzione può essere riveduta in ogni momento. *In terzo luogo*, non è infine escluso che la Svizzera tolleri (momentaneamente) il conflitto di norme e le sue ripercussioni che, secondo la natura del trattato e la portata della violazione concreta, possono variare sensibilmente (sospensione o denuncia di un altro Stato parte, misure di ritorsione, rappresaglie ecc.)[63].

4.3 Dibattiti precedenti sulla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale

Il Consiglio federale e l'amministrazione federale hanno esaminato a più riprese la relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale in generale e la problematica delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale in particolare[64], segnatamente in occasione della revisione totale della Costituzione (1999) e della riforma dei diritti popolari (2003). Dette questioni sono state nuovamente affrontate in un rapporto dell'Ufficio federale di giustizia (UFG) del 2006 all'attenzione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale (CAG-N)[65].

Due rapporti del Consiglio federale sulla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale

Nel 2010, il Consiglio federale ha effettuato un esame approfondito della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale, i cui risultati sono stati pubblicati in un rapporto. Una perizia commissionata in tale occasione ha rivelato che la pratica della Svizzera in materia di diritto internazionale è analoga a quella di altri Stati (in particolare Germania, Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Svezia e India, tutti oggetto dello studio). Per quanto concerne il rango, nessuno degli ordinamenti giuridici esaminati accorda automaticamente il primato al diritto internazionale o al diritto nazionale. In una forma o in un'altra, tutti questi ordinamenti danno un'importanza

61 Cfr. in generale sulla problematica il rapporto Diritto internazionale/diritto interno, pag. 2079 segg.; cfr. anche il parere del Consiglio federale dell'11 maggio 2016 concernente l'interpellanza Vogt **16.3043** «Garantire la capacità di agire del Parlamento e del Consiglio federale. Attuare l'articolo 121*a* della Costituzione federale. Mantenere la prassi Schubert».

62 Cfr. per maggiori dettagli n. 2.2.

63 Per maggiori dettagli cfr. n. 6.3.2 e il rapporto Diritto internazionale/diritto interno, pagg. 2039 segg.; Stellungnahme BJ/DV, pag. 435.

64 Ad esempio nella Stellungnahme BJ/DV del 1989. Cfr. i rimandi a dibattiti precedenti sulla relazione tra diritto internazionale e diritto interno in Kley, pagg. 331 segg.

65 Cfr. Bericht BJ.

capitale a meccanismi di ponderazione, nel cui ambito i giudici cercano soluzioni adeguate e pragmatiche ai problemi che si pongono nelle diverse situazioni[66].

Nel suo rapporto il Consiglio federale ha inoltre sottolineato i problemi che solleva un progetto costituzionale (iniziativa popolare) contrario alle disposizioni non cogenti del diritto internazionale, analizzando soluzioni basate sui motivi di nullità e sulla procedura dell'esame preliminare dell'iniziativa popolare[67].

Il Consiglio federale ha quindi esaminato più in dettaglio tre possibilità concrete di soluzione e ha esposte le sue conclusioni in un rapporto complementare del 2011[68] in cui raccomandava *innanzitutto* di sottoporre le iniziative popolari a un esame preliminare materiale. Aveva *quindi* proposto di aggiungere ai nuovi limiti materiali delle revisioni costituzionali il rispetto dell'essenza dei diritti fondamentali iscritti nella Costituzione federale. *Infine*, aveva preso in considerazione la possibilità di iscrivere nella Costituzione federale una regola di conflitto che stabilisse il primato nei casi di contraddizione tra diritto costituzionale e diritto internazionale. Aveva tuttavia considerato troppo rigida una tale soluzione e raccomandato di rinunciare a una tale regola di conflitto.

Stralcio delle mozioni 11.3468 e 11.3751

Dopo aver preso atto del rapporto complementare del Consiglio federale, le Commissioni delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati (CIP-N e CIP-S) hanno presentato le mozioni 11.3468 (CIP-N) e 11.3751 (CIP-S) che incaricavano il Consiglio federale di elaborare, fondandosi sulle sue due proposte (procedura dell'esame preliminare ed estensione dei motivi di nullità), un progetto contenente le necessarie modifiche della Costituzione e delle leggi. In sede di consultazione, il progetto ha tuttavia attirato accese critiche[69]. Il Parlamento, su proposta del Consiglio federale, ha quindi tolto dal ruolo le due mozioni nel giugno 2016[70].

Tentativi di riforma delle Commissioni delle istituzioni politiche

In seguito alle difficoltà insorte nel 2014 e nel 2015 per l'attuazione delle iniziativa popolari accettate dal Popolo e dai Cantoni, la CIP-S ha esaminato la necessità di rivedere i requisiti di validità delle iniziative popolari. Dopo aver effettuato alcune audizioni, ha deciso di promuovere riforme mirate di livello legislativo, presentando

66 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 2042 segg.; cfr. anche Auer, Beusch, Bucher, n. marg. 14.
67 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pagg. 2059 segg., 2064 e 2079 segg.
68 Cfr. il rapporto complementare Diritto internazionale/diritto nazionale.
69 Il dossier sottoposto a consultazione, i pareri espressi e il rapporto sui risultati della consultazione sono pubblicati sul sito: www.bj.admin.ch > Stato&Cittadino > Diritto internazionale e iniziative popolari.
70 Rapporto del Consiglio federale del 19 febbraio 2014 concernente lo stralcio delle mozioni 11.3468 e 11.3751 delle Commissioni delle istituzioni politiche «Misure tese a migliorare la compatibilità delle iniziative popolari con i diritti fondamentali», FF **2014** 2115.

a tal fine diverse iniziative parlamentari[71]. Nessuna di queste iniziative riguarda il rango del diritto internazionale nella gerarchia delle norme di diritto interno[72].

Altri interventi e iniziative parlamentari

Negli ultimi anni sono stati presentati numerosi interventi parlamentari concernenti il rango del diritto internazionale nella gerarchia delle norme di diritto interno[73]. Nella sessione autunnale 2014 il Consiglio nazionale ha segnatamente deciso di non dare seguito a tre iniziative parlamentari che si prefiggevano sostanzialmente di consolidare il diritto interno rispetto al diritto internazionale[74].

L'iniziativa parlamentare 13.452 perseguiva lo stesso scopo dell'iniziativa per l'autodeterminazione. Essa intendeva *abrogare* l'articolo 5 capoverso 4 Cost. («La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale») e completare l'articolo 5 capoverso 1 Cost. con i due periodi seguenti: «La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera. È di rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale.».

La maggioranza della CIP-N ha ritenuto che il Costituente ha consapevolmente rinunciato a prevedere un ordine di priorità rigoroso nell'articolo 5 capoverso 4 Cost. per permettere alle autorità incaricate dell'applicazione del diritto di ponderare i diversi interessi in gioco e trovare una soluzione adeguata a ogni situazione. Sempre secondo la Commissione, l'abbandono di questo approccio pragmatico avrebbe conseguenze negative per la Svizzera, in particolare per le sue imprese e per i suoi cittadini. La minoranza della Commissione ha invece ritenuto che, in assenza di una

71 Cfr. il rapporto della CIP-S, pagg. 5833 segg.

72 Iniziativa parlamentare **15.475** «Prassi più rigorosa nell'applicazione o nella precisazione dei criteri per l'esame dell'unità materiale nelle iniziative popolari» (tolta dal ruolo il 13 gennaio 2017); iniziativa parlamentare **15.476** «Termini per iniziative popolari che chiedono di modificare una disposizione costituzionale, il cui termine per l'attuazione nella legge non è ancora scaduto» (tolta dal ruolo il 13 gennaio 2017); iniziativa parlamentare **15.477** «Esame preliminare sotto il profilo formale e materiale delle iniziative popolari, facoltativo e non vincolante»; iniziativa parlamentare **15.478** «Pubblicazione dei controprogetti indiretti nelle spiegazioni di voto del Consiglio federale».

73 Mozione **08.3249** Reimann «Base costituzionale per la prassi Schubert» (respinta il 3 marzo 2010); iniziativa parlamentare **09.414** Gruppo UDC «Il diritto internazionale non deve violare il diritto interno» (decisione di non dare seguito il 14 settembre 2010); iniziativa parlamentare **09.466** Gruppo UDC «Definizione del diritto internazionale cogente» (decisione di non dare seguito il 28 settembre 2010); postulato **09.3676** Gruppo UDC «Diritto internazionale pubblico - diritto nazionale. Passaggio dal sistema monistico a quello dualistico» (tolta dal ruolo il 12 giugno 2013); mozione **14.3221** Reimann «Dal monismo al dualismo» (tolta dal ruolo il 18 marzo 2016); interpellanza **16.3043** Vogt «Garantire la capacità di agire del Parlamento e del Consiglio federale. Attuare l'articolo 121*a* della Costituzione federale. Mantenere la prassi Schubert» (non ancora trattata dal Consiglio); mozione **16.3239** Reimann «Dal monismo al dualismo» (non ancora trattata dal Consiglio).

74 Iniziativa parlamentare **13.452** Brand «Primato del diritto costituzionale su quello internazionale»; iniziativa parlamentare **13.456** Rutz «Armonizzazione del diritto da parte delle autorità federali. Rispettare i processi democratici»; iniziativa parlamentare **13.458** Stamm «Disciplinamento della relazione fra leggi federali e trattati internazionali».

normativa chiara sull'ordine di priorità, il margine di interpretazione e decisione dei giudici sarebbe eccessivo e creerebbe tra l'altro incertezza del diritto[75].

Rapporto del Consiglio federale sul postulato 13.3805 e sulla mozione 15.3557

In adempimento del postulato 13.3805[76], il Consiglio federale ha esaminato le conseguenze della classificazione gerarchizzata delle norme di diritto internazionale in funzione della loro legittimità democratica. Lo scopo di una tale classificazione sarebbe una regola per risolvere i conflitti di norme. In caso di contraddizione tra una norma di diritto internazionale e una di diritto nazionale prevarrebbe la norma con la maggiore legittimità democratica.

Una tale regola del primato promette di essere trasparente e facile da applicare. Ma il nostro Consiglio ha ritenuto che questa promessa si rivelerebbe illusoria in molti casi. Infatti, il diritto internazionale è molto lontano da ogni nozione di gerarchia e la Svizzera rimarrebbe vincolata ai suoi obblighi internazionali, a prescindere dal risultato delle regole nazionali sulla classificazione e il primato. La regola proposta dal postulato potrebbe far aumentare il numero dei conflitti di norme che verrebbero risolti a favore del diritto interno. Ciò non risolverebbe i problemi ma li sposterebbe soltanto sul piano del diritto internazionale. La credibilità della Svizzera sarebbe pregiudicata ed essa sarebbe chiamata ad assumersi la sua responsabilità internazionale[77].

Sempre in adempimento del postulato 13.3805, il Consiglio federale ha peraltro esaminato la possibilità di istituire un referendum obbligatorio per i trattati internazionali a carattere costituzionale[78]. Aveva proposto al Parlamento nel 2010 di iscrivere esplicitamente questo genere di referendum nella Costituzione per mezzo del controprogetto diretto all'iniziativa «Per il rafforzamento dei diritti popolari in politica estera (accordi internazionali: decida il popolo!)»[79]. Il Parlamento non è entrato in materia sul controprogetto.

Alla richiesta di iscrivere nella Costituzione il referendum obbligatorio per i trattati internazionali con carattere costituzionale deve tuttavia essere dato seguito. A tal fine le Camere federali nel 2016 avevano trasmesso la mozione 15.3557[80] e il Consiglio federale aveva proposto di accettarla.

75 Rapporto della CIP-N del 29 agosto 2014 sull'iniziativa parlamentare **13.452**. Cfr. argomenti analoghi nel rapporto della CIP-N del 20 agosto 2010 sull'iniziativa parlamentare **09.414**.

76 Postulato **13.3805** Gruppo liberale radicale «Rapporto chiaro tra diritto internazionale e nazionale».

77 Rapporto CF sul postulato **13.3805**, pagg. 16 segg.

78 Rapporto CF sul postulato **13.3805**, pagg. 10 segg.

79 Messaggio del Consiglio federale 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, qui 6153 segg.

80 Mozione **15.3557** Caroni «Referendum obbligatorio per i trattati internazionali a carattere costituzionale».

5 Commento e interpretazione del testo dell'iniziativa

5.1 La Costituzione, fonte suprema del diritto, prevale sul diritto internazionale (art. 5 cpv. 1 e 4 D-Cost.)

5.1.1 La Costituzione fonte suprema del diritto

Le norme costituzionali possono essere modificate soltanto con il consenso del Popolo *e* dei Cantoni. Sono questa severa condizione formale di validità e il fatto che l'ordinamento giuridico si fonda sulla Costituzione a giustificare il primato di quest'ultima sulle leggi e sulle ordinanze (primato di validità). Per quanto concerne il primato della Costituzione sugli altri atti normativi di diritto interno, il secondo periodo che i promotori dell'iniziativa propongono di aggiungere all'articolo 5 capoverso 1 precisa che la Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione esplicitando soltanto un principio che già vale attualmente. La sola novità è che ora il testo costituzionale menziona espressamente questa gerarchia.

È una novità anche la nozione di *fonte del diritto* della Confederazione svizzera. La principale fonte del diritto è il diritto positivo che comprende tutte le norme giuridiche vigenti adottate dalle competenti autorità federali, cantonali e comunali secondo una procedura formalizzata (diritto costituzionale, leggi, ordinanze nonché atti normativi delle unità amministrative decentralizzate ecc.). Anche il diritto consuetudinario e il diritto pretorio, seppur non facciano parte del diritto positivo, sono considerati fonti del diritto[81]. L'articolo 1 capoverso 2 del Codice civile[82] (CC) lo stabilisce chiaramente e tale regola vale per tutto l'ordinamento giuridico. I principi generali del diritto sono un'altra fonte ancora del diritto[83]. Occorre rammentare in questo contesto che in Svizzera vige il sistema monista, sistema che l'iniziativa non intende cambiare (cfr. n. 4.1). I trattati internazionali hanno effetto in diritto interno dal momento in cui la Svizzera ne è vincolata sul piano internazionale. Fanno anch'essi parte delle fonti del diritto della Confederazione svizzera.

5.1.2 Rango superiore nella gerarchia delle norme e regola di conflitto

L'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo D-Cost. intende attribuire al diritto costituzionale un *rango superiore nella gerarchia delle norme* («La Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale […]»). Ispirandosi alla formulazione dell'articolo 49 capoverso 1 Cost., intende inoltre introdurre una *regola di risoluzione dei conflitti o,* in altri termini, una *regola del primato* ([…]e prevale su di

81 A livello costituzionale, prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, il 1° gennaio 2000, il diritto pretorio comprendeva i diritti fondamentali non scritti riconosciuti dal Tribunale federale (p. es. la libertà d'opinione, la libertà della lingua, la libertà personale, la libertà di riunione, il diritto a un minimo esistenziale), i diritti fondamentali dedotti dall'articolo 4*a* Cost. (p. es. il divieto dell'arbitrio, i diritti fondamentali di procedura) e i principi costituzionali non scritti.

82 RS **210**

83 Per una panoramica globale delle fonti del diritto, vedi Schindler, *SG-BV-Kommentar*, art. 5 n. 19 segg.

esso»): il diritto costituzionale prevale sul diritto internazionale contrario. La disposizione vuole risolvere i conflitti di norme, vale a dire i casi in cui una norma costituzionale e una norma del diritto internazionale si contraddicono nella misura in cui disciplinano in modo diverso una medesima situazione di fatto. Per stabilire la portata pratica di questa regola del primato (primato di validità), occorre tuttavia metterla in relazione con gli articoli 56*a* e 190 D-Cost. (primato di applicazione; cfr. n. 5.2 e 5.3).

Anche le norme del diritto internazionale influenzano la portata della regola del primato. Il diritto interno può stabilire il rango del diritto internazionale nella legislazione nazionale e dedurne regole circa il primato. Il diritto internazionale non prescrive nulla al riguardo, si limita a esigere che i trattati internazionali e le altre regole di diritto internazionale siano rispettate (*pacta sunt servanda*) e non si pronuncia sul modo in cui gli Stati lo garantiscono. Tuttavia, uno Stato che viola uno dei suoi obblighi internazionali deve risponderne secondo il diritto internazionale (cfr. n. 6.3.2)[84].

La regola del primato prevista dall'iniziativa per l'autodeterminazione potrebbe fissare limiti più stretti all'interpretazione conforme al *diritto internazionale*. Questo metodo d'interpretazione si prefigge di impedire nella misura del possibile i conflitti di norme tra diritto internazionale e diritto (costituzionale) nazionale. Vuole garantire il rispetto degli obblighi di diritto internazionale e si fonda segnatamente sull'articolo 5 capoverso 4 Cost. che prevede l'obbligo di rispettare il diritto internazionale (cfr. n. 4.2.1). Il rango superiore nella gerarchia delle norme del diritto costituzionale sopprimerebbe almeno in parte l'interesse di un'interpretazione delle norme costituzionali conforme al diritto internazionale. Ne conseguirebbe, rispetto alla situazione attuale, una contraddizione insanabile tra una norma nazionale e una norma internazionale. Viceversa, la formulazione dell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. secondo cui il trattato contrario alla Costituzione deve essere denunciato soltanto «se necessario» potrebbe essere intesa come un invito a ridurre per quanto possibile al minimo il rischio di conflitto facendo ricorso a un'interpretazione conforme al diritto internazionale.

5.1.3 Nozioni: «Costituzione federale» e «diritto internazionale»

I complementi dei capoversi 1 e 4 dell'articolo 5 Cost. proposti dall'iniziativa si fondano sulla nozione di *Costituzione federale*. Questa nozione comprende le disposizioni sancite nel testo costituzionale, in altri termini le norme di diritto emanate secondo la procedura specifica per l'adozione delle norme costituzionali (Costituzione in senso formale). Può comprendere singole disposizioni del cui rango costitu-

84 Rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pag. 2040; cfr. anche il rapporto del CF sul postulato **13.3805**, pag. 6 con un rimando alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) che consacra il primato del diritto dell'UE sulle legislazioni nazionali in quanto principio dei trattati fondatori dell'UE; cfr. sentenza CGUE del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.,* Causa 6/64, Raccolta della giurisprudenza 1964 1253, e giurisprudenza connessa.

zionale è lecito dubitare e chiedersi se non dovrebbero piuttosto essere di livello legislativo. A prescindere da questi dubbi, tutte le norme di diritto della Costituzione federale, comprese le disposizioni transitorie, fanno parte della Costituzione federale nel senso dell'articolo 5 capoversi 1 e 4 D-Cost. La nozione comprende anche il *diritto costituzionale non scritto*, vale a dire le norme di diritto di rango costituzionale che non figurano nel testo costituzionale né nelle leggi né nelle ordinanze[85] e non hanno pertanto la legittimità democratica qualificata che risulta dall'approvazione del Popolo e dei Cantoni (cfr. art. 140 cpv. 1 lett. a Cost.).

L'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo D-Cost. conferisce espressamente alla Costituzione il primato sul diritto internazionale. Il testo proposto non comprende tuttavia alcuna regola del primato espressa né una regola di risoluzione dei conflitti in caso di contraddizione tra una *legge federale* e il diritto internazionale (sul primato di applicazione, n. 4.2.3).

La nozione di *diritto internazionale* già utilizzata nell'attuale articolo 5 capoverso 4 Cost. comprende in primo luogo i trattati internazionali bilaterali e multilaterali vincolanti per la Svizzera. Essi contengono attualmente la maggior parte delle regole di diritto internazionale; in considerazione del loro numero e della loro importanza sono la prima fonte del diritto internazionale. Il termine comprende anche le altre fonti del diritto codificate dall'articolo 38 paragrafo 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia del 26 giugno 1945[86] (Statuto CIG): la consuetudine internazionale, i principi generali del diritto e le decisioni giudiziarie e la dottrina come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. Sebbene non siano menzionati nell'articolo 38 paragrafo 1 Statuto CIG, alcuni atti giuridici unilaterali[87] possono essere considerati come diritto internazionale ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 Cost. Si tratta delle fonti primarie del diritto internazionale. Occorre inoltre tenere conto del *diritto internazionale secondario*: gli atti delle organizzazioni internazionali possono avere effetti vincolanti per gli Stati che ne fanno parte, ma soltanto se questi ultimi hanno conferito a un dato organo la competenza di adottare tali atti. Ad esempio, i membri dell'ONU sono tenuti ad applicare le decisioni contenute nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, conformemente all'articolo 25 della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945[88]. Inoltre, la giurisprudenza dei tribunali internazionali può essere fonte di obblighi internazionali per la Svizzera, se quest'ultima ne ha riconosciuto il carattere vincolante. Va segnatamente rilevato che gli Stati parte della CEDU sono tenuti, secondo l'articolo 46 paragrafo 1 CEDU, a conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo[89]. Vi è infine una terza categoria di disposizioni internazionali, la cosiddetta *soft law*: queste regole non sono vincolanti sul piano giuridico ma hanno comunque una certa importanza

85 Ai tempi della Costituzione federale del 1874, il diritto costituzionale non scritto comprendeva soprattutto i diritti fondamentali non scritti riconosciuti dal Tribunale federale e le condizioni generali per la restrizione dei diritti fondamentali. Oggi, la lista dei diritti consacrati dagli articoli 7–34 Cost. può essere considerata completa ma nulla vieterebbe al Tribunale federale di riconoscere nuovi diritti fondamentali non scritti.

86 Entrato in vigore per la Svizzera il 28 luglio 1948 (RS **0.193.501**).

87 Cfr. il rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale, pag. 2033.

88 Entrata in vigore per la Svizzera il 10 settembre 2002 (RS **0.120**).

89 Per quanto concerne l'esecuzione delle sentenze da parte della Confederazione e dei Cantoni, cfr. rapporto CEDU, pag. 389.

giuridica; si situano tra la norma di diritto internazionale e l'ingiunzione politica. Si tratta per esempio delle risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU o delle raccomandazioni dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nel settore fiscale. La *soft law* non rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 D-Cost.[90].

Secondo l'iniziativa popolare, il diritto costituzionale deve prevalere sul diritto internazionale a prescindere dal tipo di diritto internazionale (primario o secondario) e dall'autorità che ha la competenza di approvarlo (trattato approvato dall'Assemblea federale o concluso di moto proprio dal Consiglio federale, cfr. art. 166 cpv. 2 Cost.). Diversamente dall'articolo 190 D-Cost., per l'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo Cost. è irrilevante che il decreto con cui l'Assemblea federale approva il trattato sia sottoposto al referendum facoltativo o obbligatorio in materia di trattati internazionali (cfr. art. 140 cpv. 1 lett. b e 141 cpv. 1 lett. d Cost.). Di conseguenza sono considerati inferiori al diritto costituzionale anche i trattati internazionali approvati dal Popolo e dai Cantoni con un referendum obbligatorio e quindi secondo le medesime modalità osservate per la revisione parziale della Costituzione federale. Sotto questo profilo vi è un'incoerenza rispetto all'articolo 190 D-Cost. secondo cui il fatto che il relativo decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum è il criterio per stabilire quali trattati siano determinanti per le autorità incaricate dell'applicazione del diritto.

5.1.4 Riserva a favore delle disposizioni cogenti del diritto internazionale

L'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo D-Cost. precisa che il primato del diritto costituzionale vale soltanto fatte salve le «disposizioni cogenti del diritto internazionale» che continuano a essere considerate di rango superiore alla Costituzione. La disposizione ripete soltanto quanto già si trova in altri punti della Costituzione (cfr. in particolare art. 139 cpv. 3 Cost.; anche art. 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.). La pratica stabilita dalle autorità per l'applicazione dell'articolo 193 capoverso 3 Cost. può essere trasposta all'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo D-Cost.: essa prevede che le disposizioni cogenti del diritto internazionale comprendono innanzitutto le regole del diritto internazionale cogente (*jus cogens*) ma anche i diritti sanciti dalla CEDU e alcuni diritti previsti dal Patto ONU II che sono intangibili anche in stato di necessità (cfr. n. 2.3). Il Consiglio federale ha confermato più volte che la nozione di diritto interno delle «disposizioni cogenti del diritto internazionale» deve essere interpretata in senso restrittivo[91]. Ciò significa ad esempio che gli altri diritti consacrati dalla CEDU, considerati tangibili, non ne fanno parte.

90 Tschumi, Schindler, *SG-BV-Kommentar*, art. 5 n. 63.
91 Cfr. segnatamente il rapporto complementare Diritto internazionale/diritto nazionale, pag. 3313.

5.2 Trattamento delle contraddizioni tra la Costituzione e gli obblighi di diritto internazionale (art. 56*a* D-Cost.)

5.2.1 Divieto espresso di concludere trattati

Il diritto costituzionale vigente già prevede, e pratica, quanto l'articolo 56*a* capoverso 1 intende sancire, segnatamente il divieto di concludere obblighi internazionali che contraddicano alla Costituzione federale, poiché Consiglio federale e Assemblea federale sono vincolati dalla Costituzione anche nelle relazioni estere (cfr. n. 4.2.1). La novità risiede nell'iscrizione espressa di questi obblighi delle autorità della Confederazione e dei Cantoni nella Costituzione federale. L'articolo 56*a* D-Cost. non cambia tuttavia nulla al contenuto della competenza della Confederazione e dei Cantoni di concludere trattati (competenza generale della Confederazione e competenza sussidiaria dei Cantoni secondo gli articoli 54 e 56 Cost.).

Il divieto di assumere *obblighi* di diritto internazionale contrari alla Costituzione riguarda i *trattati* internazionali. Gli obblighi derivanti dal diritto consuetudinario o dai principi generali del diritto non possono essere attivamente «assunti».

Occorrerebbe stabilire nella pratica cosa significa concretamente il termine *assumere* (in tedesco: *eingehen*; in francese: *contracter*). La cosa più naturale consiste nel fare riferimento all'articolo 1 della Convenzione di Vienna che stabilisce le modalità di espressione da parte di uno Stato del consenso a essere vincolato da un trattato. In Svizzera ciò avviene mediante ratifica o adesione a uno strumento internazionale: il Consiglio federale dichiara in tal modo la volontà che, al termine della procedura di approvazione interna, la Svizzera sia impegnata sul piano internazionale (cfr. art. 184 cpv. 2 Cost.). Se il Consiglio federale, un dipartimento, un gruppo o un ufficio federale è abilitato a concludere trattati di moto proprio[92], l'approvazione può rivestire la forma di una firma definitiva.

5.2.2 Contraddizione tra obblighi di diritto internazionale e norme costituzionali

L'obbligo delle autorità di adeguare o denunciare i trattati conformemente all'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. è subordinato all'esistenza di un conflitto tra gli obblighi di diritto internazionale e le disposizioni costituzionali. Tra gli obblighi di diritto internazionale possono in linea di massima essere adeguati o denunciati soltanto i trattati internazionali. Infatti la Confederazione e i Cantoni non potrebbero in nessun caso adeguare o denunciare il diritto consuetudinario e i principi generali del diritto.

Per constatare che vi è contraddizione ai sensi dell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost., occorre stabilire il contenuto della norma costituzionale secondo gli abituali principi

92 Cfr. art. 166 cpv. 2 Cost. e in generale gli art. 7*a* e 48*a* cpv. 1 della legge del 21 marzo 1997 sull'organizzazione del governo e dell'amministrazione (LOGA; RS **172.010**).

di interpretazione[93]. Va segnatamente applicata l'interpretazione conforme al diritto internazionale che permette di evitare conflitti di norme (sulla portata dell'interpretazione conforme al diritto internazionale, cfr. n. 5.1.2). Il contenuto della disposizione di diritto internazionale in questione deve essere determinato secondo le regole generali sull'interpretazione dei trattati internazionali (art. 31–33 della Convenzione di Vienna). Vi è contraddizione (conflitto di norme) se la norma costituzionale e la disposizione di diritto internazionale disciplinano la medesima materia in modi differenti. La nozione di *contraddizione* all'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. pone diversi problemi d'interpretazione:

- basta una singola contraddizione tra una norma costituzionale e una disposizione (unica e magari secondaria) di un trattato per rendere attuale l'obbligo di adeguare e denunciare? O la contraddizione deve riguardare un elemento importante del trattato, o addirittura il trattato intero? A queste questioni vanno date risposte diverse a seconda delle conseguenze giuridiche concrete. Si potrebbe per esempio sostenere che una singola contraddizione fa nascere l'obbligo di avviare negoziati con le Parti al trattato, per adeguarlo e risolvere la contraddizione, ma che occorre denunciarlo soltanto se la contraddizione riguarda una sua parte importante. Un tale meccanismo troverebbe il suo fondamento nel testo dell'iniziativa secondo cui il trattato va denunciato soltanto se ciò è necessario[94];
- si ammette che sussiste un conflitto di norme se tra la Costituzione e gli obblighi di diritto internazionale vi è una contraddizione potenziale e non legata a un caso concreto? Oppure il conflitto ai sensi dell'articolo 56*a* D-Cost. sussiste soltanto a partire dal momento in cui si verifica un caso concreto? I capoversi 1 e 2 di tale articolo parlano di *contraddizione*, non di *violazione*. La scelta di questo termine permette di supporre che un conflitto di norme potenziale adempie già le condizioni di cui all'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost.;
- è pure possibile che la sentenza di un tribunale internazionale vincolante per la Svizzera riveli una contraddizione tra la Costituzione e gli obblighi di diritto internazionale, ad esempio in caso di condanna della Svizzera da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo[95]. Occorrerebbe allora stabilire se basta una sola sentenza per ammettere che vi è un conflitto di norme, o se occorre una giurisprudenza consolidata, immutata per un lungo periodo («*costante*»)[96]. Altrettanto vale se il Tribunale federale controlla la conformità di una decisione al diritto internazionale e constata la violazione di un diritto garantito dalla CEDU. Tuttavia, spesso viene constatata la non con-

93 Messaggio Iniziativa per l'attuazione, pagg. 8158 segg.
94 Questione lasciata aperta da Keller, Balazs-Hegedüs, pag. 720.
95 Cfr. per quanto concerne il numero delle richieste presentate presso la Corte europea e liquidate dalla stessa, in generale e per la Svizzera (fino al 2013) il rapporto CEDU, pagg. 378 segg.
96 Negli argomenti a favore dell'iniziativa (cfr. Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative), si spiega che si considera la possibilità di denunciare la CEDU in caso di ripetuti e fondamentali conflitti con il diritto costituzionale svizzero (pag. 24). Per quanto concerne questa problematica, cfr. anche Kolb, pagg. 575 seg.

formità al diritto internazionale della decisione attaccata ma non quella della norma interna (costituzionale) su cui tale decisione si fonda;

– i destinatari dell'articolo 56*a* capoverso 2 Cost. sono la Confederazione e i Cantoni. L'autorità federale che sarà chiamata a giudicare se sussiste una contraddizione non è espressamente indicata. Questa competenza dovrebbe spettare innanzitutto al Tribunale federale nei casi in cui, mentre giudica una controversia, constata che vi è conflitto di norme. L'Assemblea federale e il Consiglio federale potrebbero rivendicare questo ruolo, nella misura in cui sono anch'essi competenti per adeguare o denunciare il trattato internazionale in questione (cfr. in seguito i commenti sulla competenza per denunciare i trattati internazionali).

5.2.3 Adeguamento degli obblighi di diritto internazionale

L'adeguamento del trattato internazionale richiesto dall'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. in caso di contraddizione tra le norme dovrebbe di regola avvenire per mezzo di un (nuovo) negoziato[97] con gli altri Stati parte. In generale, un trattato internazionale può essere modificato (adeguato) se tutte le Parti sono d'accordo. Tale accordo è retto dagli articoli 6–25 della Convenzione di Vienna, a meno che il trattato non disponga altrimenti (cfr. art. 39 della Convenzione di Vienna). Per quanto concerne la modifica di trattati multilaterali, va tenuto conto degli articoli 40 e 41 della Convenzione di Vienna.

L'obbligo di adeguare gli obblighi di diritto internazionale previsto dall'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. prende effetto dall'accettazione della norma costituzionale contraria da parte del Popolo e dei Cantoni, vale a dire dalla sua entrata in vigore (cfr. art. 195 Cost. e art. 197 n. 12 D-Cost.), o dalla constatazione del conflitto di norme? Un'iniziativa popolare che è riuscita ma non è ancora stata sottoposta al voto del Popolo e dei Cantoni non può far nascere tale obbligo.

L'obbligo di adeguare il trattato si rivolge prima di tutto, in linea di massima, al Consiglio federale che è incaricato di negoziare i trattati internazionali in virtù della sua competenza in materia di politica estera (art. 184 cpv. 1 Cost.). Tale obbligo spetta alle unità amministrative subordinate al Consiglio federale (dipartimenti, gruppi o uffici) se il Parlamento o il governo ha loro delegato la competenza di concludere tali trattati. Le regole generali sulla ripartizione di competenze tra Consiglio federale, Parlamento e votanti si applicano all'approvazione di un'eventuale modifica del trattato[98]. Secondo una pratica costante delle autorità federali, l'organo competente per modificare un trattato internazionale è stabilito secondo il medesimo criterio applicabile alla conclusione del trattato: la portata del testo. Ciò significa che anche se la conclusione del trattato è sottoposta all'approvazione del Parlamento (ed

97 La nozione di nuovo negoziato (rinegoziazione) è menzionata nell'art. 197 n. 11 cpv. 1 Cost. (disposizione transitoria dell'art. 121*a* Cost.) nel contesto della regolazione dell'immigrazione.

98 Cfr. art. 166 cpv. 2 e 184 cpv. 2 Cost. (competenze dell'Assemblea federale e del Consiglio federale) nonché art. 140 cpv. 1 lett. b e 141 cpv. 1 lett. d Cost. (referendum facoltativo e obbligatorio in materia di trattati internazionali).

eventualmente a referendum), il Consiglio federale può decidere da solo di modificare il trattato se la modifica non oltrepassa i limiti della sua competenza, fissata in una legge speciale, o se è di portata minore ai sensi dell'articolo 7*a* capoverso 2 LOGA. Al contrario, è possibile che la modifica di un trattato concluso dal Consiglio federale debba essere approvata dal Parlamento (ed eventualmente sottoposta a referendum) se oltrepassa la competenza del Consiglio federale definita in una legge speciale o nell'articolo 7*a* capoverso 2 LOGA. La conclusione dell'accordo che reca modifica del trattato equivale all'adeguamento di cui all'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. Ciò significa che questo accordo deve essere approvato, firmato ed eventualmente ratificato.

Anche se l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. non fissa regole temporali, si può partire dal presupposto che, dopo aver constatato una contraddizione, le autorità devono avviare rapidamente nuovi negoziati mirati. Il corso dei negoziati non è tuttavia prevedibile perché il diritto dei trattati si fonda sul consenso e non su una decisione di maggioranza. La durata e l'esito dei negoziati dipendono dalla buona volontà e dalla posizione delle Parti. L'adeguamento dei trattati multilaterali in particolare è molto complesso e spesso impossibile perché tutte le Parti devono generalmente consentirvi[99]. Sarebbe per esempio difficile, se non impossibile, accordarsi in tempi più o meno ragionevoli su una nuova normativa nel caso di trattati sui diritti dell'uomo e degli impegni assunti nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC/GATS).

Per rispettare l'obbligo di adeguare il trattato e risolvere la contraddizione con il suo diritto costituzionale, la Svizzera non può nemmeno formulare *a posteriori* una riserva a un trattato multilaterale[100]. Le riserve devono essere formulate *a priori*, vale a dire «al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione di un trattato o al momento dell'adesione» (art. 19 della Convenzione di Vienna). È pure oltremodo dubbia la possibilità di denunciare il trattato per riaderirvi subito dopo formulando una nuova riserva[101]. Siffatto modo di procedere potrebbe essere considerato contrario alla buona fede, o addirittura abusivo.

La contraddizione tra gli obblighi di diritto internazionale e la Costituzione potrebbe essere risolta anche da una (nuova) revisione della Costituzione oltre che dall'adeguamento obbligatorio del trattato secondo l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. Infatti, secondo l'articolo 192 capoverso 1 Cost., la *Costituzione può essere riveduta in ogni tempo, interamente o parzialmente*.

5.2.4 Necessità di denunciare un trattato contrario alla Costituzione

Se il tentativo di adeguare il trattato internazionale contrario alla Costituzione fallisce, la contraddizione deve essere risolta denunciando il trattato conformemente

99 Kolb, pag. 576.
100 Contrariamente a quanto sostenuto nell'Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative, pag. 34.
101 Cfr. il rapporto CEDU, pag. 401, con un rimando alla DTF **118** Ia 473, 487, consid. 7c) cc). Cfr. anche Auer, Beusch, Bucher, n. marg. 40.

all'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. L'obbligo di denunciare interviene nel momento in cui si constata che il tentativo di adeguamento è fallito. Stabilire tale momento rischia di essere difficile, ad esempio se i negoziati sono sospesi o provvisoriamente rifiutati o se alcuni indizi permettono di ritenere che un'intesa potrebbe essere possibile in futuro (in caso di cambiamento della situazione).

Secondo l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. il trattato internazionale deve essere denunciato *se necessario*. Quindi la denuncia è l'estremo rimedio per risolvere il conflitto di norme e non entra in linea di conto fintanto che esistono possibilità reali di eliminare tale conflitto adeguando la norma al diritto internazionale. Si può anche interpretare l'espressione «se necessario» come un'indicazione della necessità, prima della decisione in merito alla denuncia, di una ponderazione nel cui ambito va considerata la portata del trattato. La disposizione costituzionale proposta non precisa i tempi nei quali un trattato internazionale divenuto contrario alla Costituzione deve essere denunciato dopo che il tentativo di adeguamento è fallito. L'espressione «se necessario» è quindi imprecisa e contribuisce a creare incertezza giuridica.

Un trattato può estinguersi conformemente alle proprie disposizioni, in ogni momento con il consenso di tutte le parti (art. 54 della Convenzione di Vienna) o anche per uno dei seguenti motivi enumerati dalla Convenzione di Vienna e riportati di seguito: violazione sostanziale del trattato (art. 60 della Convenzione di Vienna), sopravvenienza di una situazione che renda impossibile l'esecuzione (art. 61 della Convenzione di Vienna) o fondamentale mutamento di circostanze (art. 62 della Convenzione di Vienna). I trattati che non prevedono disposizioni riguardo alla loro denuncia possono comunque essere denunciati se è accertato che era nell'intenzione delle parti di accettare la possibilità di una denuncia o di un ritiro o se il diritto alla denuncia o al ritiro può essere dedotto dalla natura del trattato (art. 56 par. 1 della Convenzione di Vienna).

I trattati *non denunciabili* sono rari[102]. Normalmente si considerano tali i trattati che riguardano questioni territoriali, come quelli che stabiliscono la frontiera tra due Stati, i trattati di pace, nonché il Patto internazionale del 16 dicembre 1966[103] relativo ai diritti economici, sociali e culturali (Patto ONU I) e il Patto internazionale del 16 dicembre 1966[104] relativo ai diritti civili e politici (Patto ONU II). Gli Stati parte possono comunque denunciare questo genere di trattati *di comune intesa*.

La denuncia di un trattato (bilaterale) o il ritiro (da un trattato multilaterale) è un atto unilaterale che non necessita dell'approvazione delle altre Parti e che queste ultime non possono rifiutare, se le pertinenti condizioni giuridiche sono rispettate. Come la ratifica, la denuncia e il ritiro sono *atti di diritto internazionale*. Devono essere solitamente presentati per scritto, nelle forme prescritte dal trattato, all'altro Stato Parte in caso di trattati bilaterali e allo Stato depositario per gli accordi multilaterali. I diritti e gli obblighi delle Parti derivanti dal trattato prendono fine nel momento in cui la denuncia o il ritiro prende effetto (art. 70 della Convenzione di Vienna)[105].

102 Per quanto concerne la questione dei trattati indenunciabili nel contesto dell'iniziativa per autodeterminazione, cfr. Kolb, pag. 577.
103 RS **0.103.1**; entrato in vigore per la Svizzera il 18 settembre 1992.
104 RS **0.103.2**; entrato in vigore per la Svizzera il 18 settembre 1992.
105 Cfr. p. es. l'art. 25 par. 4 ALC secondo cui gli accordi in questione cessano di applicarsi dopo sei mesi dal ricevimento della notifica relativa alla denuncia.

5.2.5 Autorità competenti per denunciare i trattati internazionali secondo il diritto interno

L'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. non indica quali autorità sono autorizzate a denunciare un trattato internazionale contrario alla Costituzione. La pratica attuale in materia si fonda sull'articolo 184 capoverso 1 Cost. secondo cui il Consiglio federale rappresenta la Svizzera nei confronti dell'estero[106] ed è chiamato a compiere *atti di diritto internazionale*, come negoziare, firmare, ratificare, denunciare e sospendere i trattati internazionali[107]. In linea di massima è la sola autorità abilitata a compiere questi atti che prendono effetto all'esterno della Svizzera. La sua competenza in materia di denuncia comprende quindi i trattati che sono stati sottoposti all'approvazione del Parlamento o a referendum. Se ai sensi dell'articolo 48*a* capoverso 1 LOGA delega la propria competenza di concludere trattati a un dipartimento, a un gruppo o a un ufficio, tale unità amministrativa è pure competente per denunciare i trattati in questione[108].

L'articolo 152 capoverso 3 LParl impone al Consiglio federale di consultare, per i progetti essenziali, le commissioni del Parlamento competenti per la politica estera. Una tale consultazione sarebbe segnatamente opportuna se volesse prendere in considerazione la possibilità di denunciare un trattato internazionale approvato dall'Assemblea federale. Anche nei casi di sua competenza il Consiglio federale può comunque chiedere l'autorizzazione esplicita dell'Assemblea federale. Può segnatamente farlo nei casi in cui ciò sia previsto nel decreto di approvazione, al momento della conclusione del trattato, o se lo strumento internazionale in questione è particolarmente importante. Il Consiglio federale ha ad esempio già dichiarato che denunciare la CEDU richiede il coinvolgimento del Parlamento visto l'eccezionale portata dell'atto[109].

Il 25 agosto 2016, la CIP-S ha presentato un'iniziativa per disciplinare esplicitamente la ripartizione di competenze in materia di denuncia dei trattati internazionali, derogando alla pratica attuale[110]. Secondo questo testo, le autorità abilitate a concludere o approvare un trattato possono anche denunciarlo. Per quanto concerne la ripartizione delle competenze tra Assemblea federale e Consiglio federale e per quanto concerne l'obbligo del referendum vi sarebbe allora un *parallelismo* tra la conclusione e l'estinzione dei trattati internazionali. La Commissione ritiene in particolare opportuno rafforzare la legittimità democratica nell'ambito dell'estinzione dei trattati segnatamente nei casi in cui quest'ultima ha conseguenze economiche o politiche importanti o ha costi elevati oppure comporta la perdita di diritti dei singoli. Tra l'iniziativa della Commissione e l'esigenza di denunciare se necessario i trattati contrari alla Costituzione, sancita nell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost., vi

106 Per una panoramica della pratica attuale cfr. la risposta del Consiglio federale del 25 febbraio 2015 all'interpellanza **14.4249** Schneider-Schneiter «Tutela dei diritti dei votanti».
107 Messaggio nCost., pag. 392.
108 Mitteilung DV/BJ, pag. 1132.
109 Rapporto CEDU, pag. 402; risposta del Consiglio federale del 25 febbraio 2015 all'interpellanza **14.4249** Schneider-Schneiter «Tutela dei diritti dei votanti».
110 Iniziativa parlamentare **16.456** CIP-S «Denuncia e modifica di trattati internazionali. Ripartizione delle competenze»; la CIP-N ha approvato questa iniziativa il 17 novembre 2016.

sono stretti punti di contatto. Se l'iniziativa è attuata nel senso indicato sopra, la decisione di denunciare trattati importanti potrà essere presa soltanto facendo salva l'approvazione espressa o tacita del Popolo (referendum facoltativo) o, in alcuni casi, del Popolo e dei Cantoni (referendum obbligatorio).

5.2.6 Riserva a favore delle disposizioni cogenti del diritto internazionale

Il divieto di assumere *obblighi* di diritto internazionale contrari alla Costituzione (art. 56*a* cpv. 1 D-Cost.) e l'obbligo di adeguare o denunciare i trattati in caso di conflitto di norme (art. 56*a* cpv. 2 D-Cost.) valgono unicamente fatte salve le «disposizioni cogenti del diritto internazionale» (su questa nozione, cfr. n. 2.3 e 5.1.4), conformemente all'articolo 56*a* capoverso 3 D-Cost.

5.3 Restrizione del primato d'applicazione del diritto internazionale (art. 190 D-Cost.)

5.3.1 Portata e scopo dell'articolo 190 Cost.

L'articolo 190 Cost. nel suo tenore attuale si prefigge di garantire che le autorità incaricate dell'applicazione del diritto, tra cui in ultima istanza il Tribunale federale, applichino le leggi federali e il diritto internazionale, a prescindere dalla loro conformità alla Costituzione (primato di *applicazione* delle leggi federali e del diritto internazionale; anche principio di applicazione). Ciò significa che il primato di *validità* della Costituzione federale sulle leggi federali non può essere concretizzato dai tribunali; in questo senso la legge federale è «immunizzata», non essendo sottoposta al vaglio di costituzionalità[111]. Altrettanto vale per le disposizioni del diritto internazionale: devono essere applicate, in via di principio anche se contrarie alla Costituzione (vedi n. 4.2.4 riguardo alla relazione tra diritto internazionale e Costituzione). L'articolo 190 Cost. riguarda tuttavia soltanto l'applicazione del diritto da parte del giudice; non esime il legislatore dall'obbligo di rispettare la Costituzione quando emana leggi e approva trattati internazionali (primato di *validità* della Costituzione)[112].

Sotto il profilo dell'«immunità» delle leggi federali lo *scopo* principale della regolamentazione dell'articolo 190 Cost. è il riparto di competenze tra i poteri legislativo e giudiziario: questa disposizione affida all'Assemblea federale il potere di decidere definitivamente sulla costituzionalità delle leggi. Primo responsabile della costituzionalità della legislazione federale non è il potere giudiziario a posteriori ma la

111 Il *principio di applicazione* di cui all'articolo 190 Cost. non implica il divieto di controllare le leggi federali. Il Tribunale federale può controllare la costituzionalità di una legge federale ma anche se constata che viola la Costituzione deve comunque applicarla; nei considerandi della sua decisione può soltanto invitare il legislatore a modificare la disposizione incostituzionale (cfr. DTF **141** II 280, consid. 9.2, **140** I 353, consid. 4.1).

112 Messaggio nCost., pag. 403; Epiney, BS-BV-Kommentar, art. 190 n. 22.

questione incombe fin dall'inizio al potere politico[113]. Lo scopo principale dell'immunità del diritto internazionale è di garantire che la Svizzera sia un partner affidabile nelle relazioni internazionali[114].

L'articolo 190 D-Cost. non modifica minimamente il primato d'applicazione delle leggi federali rispetto alla Costituzione. Malgrado l'articolo 5 capoverso 4 D-Cost. le leggi federali rimarrebbero immunizzate dal controllo di costituzionalità come lo sono ora.

Se, secondo il diritto vigente, è il diritto internazionale a essere determinante per il Tribunale federale e le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto, secondo l'articolo 190 D-Cost. sarebbero determinanti soltanto i «trattati internazionali il cui decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum». Ciò limiterebbe il principio di applicazione del diritto internazionale sotto due aspetti.

5.3.2 Prima restrizione: i «trattati internazionali» invece del «diritto internazionale»

Il primato di applicazione sancito dall'articolo 190 Cost. vale per l'insieme del diritto internazionale. Riguarda in primo luogo i trattati internazionali conclusi dalla Svizzera e ancora in vigore, ma anche le altre fonti (primarie) del diritto internazionale elencate nell'articolo 38 paragrafo 1 dello Statuto della CIG e vincolanti per la Svizzera come pure il diritto internazionale secondario (su questa nozione cfr. n. 5.1.3)[115]. Il testo dell'articolo 190 D-Cost. intende forzare l'immunità del diritto internazionale limitando il primato di applicazione ai *trattati internazionali*. Se l'iniziativa per l'autodeterminazione fosse accettata, non è ad esempio certo che il Tribunale federale e le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto potrebbero ancora applicare una risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU che prevede sanzioni (diritto internazionale secondario) ed è contraria alla Costituzione; la Svizzera si è impegnata ad applicare queste risoluzioni in virtù dell'articolo 25 dello Statuto delle Nazioni Unite. La medesima questione si pone per il diritto consuetudinario e i principi generali del diritto che contraddicono alla Costituzione[116].

5.3.3 Seconda restrizione: primato di applicazione soltanto per i trattati internazionali *assoggettati al referendum*

La competenza di concludere trattati internazionali è disciplinata come segue: l'Assemblea federale approva i trattati internazionali eccetto quelli la cui conclusione è di esclusiva competenza del Consiglio federale in virtù di una legge o di un trattato

113 Tschannen, § 8 N. 8.
114 Biaggini, art. 190 n. 7.
115 Messaggio nCost., pag. 403 seg.; DTF **133** II 450 consid. 6.1; Hangartner, Looser, *SG-BV-Kommentar*, art. 190 n. 23.
116 Su questa problematica cfr. Kolb, pag. 578.

internazionale (art. 166 cpv. 2 Cost.; art. 24 cpv. 2 LParl; art. 7*a* cpv. 1 LOGA)[117]. I trattati internazionali approvati dall'Assemblea federale di cui agli articoli 140 capoverso 1 lettera b e 141 capoverso 1 lettera d Cost. sono sottoposti al referendum (referendum obbligatorio o facoltativo in materia di trattati internazionali).

Il principio di applicazione (art. 190 Cost.) riguarda tutti i trattati internazionali, indipendentemente dall'organo che li ha conclusi e, per quanto concerne i trattati approvati dall'Assemblea federale, dal fatto che siano stati sottoposti a referendum o no.

Anche in caso di accettazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione, tutti i trattati internazionali secondo l'articolo 190 D-Cost. il cui *decreto d'approvazione è stato assoggettato a referendum* sarebbero determinanti per le autorità incaricate dell'applicazione del diritto (diritto internazionale qualificato). Ciò significa che il Tribunale federale e le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto dovrebbero rispettare questi trattati anche se sono incostituzionali. In questi casi la regola del primato prevista dall'iniziativa («la Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso», primato di validità; art. 5 cpv. 4 secondo periodo D-Cost.) non vale[118]. Tuttavia, i trattati sottoposti a referendum e contrari alla Costituzione sono «obblighi di diritto internazionale» ai sensi dell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. e, in virtù di tale disposizione, devono essere adeguati o se necessario denunciati.

I trattati internazionali approvati dall'Assemblea federale che *non* sono *assoggettati a referendum* e quelli conclusi dal Consiglio federale o dalle unità amministrative subordinate perderebbero invece il loro carattere determinante (art. 190 D-Cost. *a contrario*). Se contraddicono alla Costituzione, il Tribunale federale e le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto non dovranno più applicarli. Nella fattispecie è possibile che ne derivi una violazione del diritto internazionale di cui la Svizzera, nei confronti degli Stati interessati, dovrebbe rispondere secondo il diritto internazionale. Il rischio di violazione del diritto internazionale rimarrebbe fintanto che il trattato in questione non è adeguato o denunciato (art. 56*a* cpv. 2 D-Cost.).

5.3.4 Interpretazione dell'espressione «assoggettato a referendum» nell'articolo 190 D-Cost.

L'articolo 190 D-Cost. introduce un nuovo criterio di distinzione che fa dipendere il carattere determinante dei trattati internazionali dal fatto che il relativo «decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum»[119]. Per i trattati sottoposti a referendum *facoltativo* (art. 141 cpv. 1 lett. d Cost.) il criterio è adempiuto indipendentemente dal fatto che vi sia stato un voto o no. Poco importa se il Popolo ha approvato il trattato in modo tacito (se non ha chiesto il referendum o non ne ha rispettato le condizioni) o espresso (in votazione). Per contro, per i trattati sottoposti

117 Secondo l'art. 48*a* cpv. 1 LOGA il Consiglio federale può a sua volta delegare tale competenza a un dipartimento; per quanto concerne i trattati di portata minore, può delegarla a un gruppo o a un ufficio.
118 Cfr. anche Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative, pag. 34.
119 Per una critica di questo criterio cfr. Kolb, pag. 578.

a referendum *obbligatorio*, l'accettazione del Popolo e dei Cantoni è sempre necessaria (cfr. art. 140 cpv. 1 lett. b Cost.).

Il *criterio del referendum* previsto nell'articolo 190 D-Cost. pone inoltre diversi quesiti d'interpretazione che saranno illustrati in seguito prendendo ad esempio le convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo e i cosiddetti trattati standard:

- per ragioni di certezza del diritto dovrebbe essere determinante il fatto, facile da accertare, che il trattato internazionale in questione, *nel momento della sua approvazione*, sia stato effettivamente assoggettato al referendum e non che teoricamente avrebbe dovuto esserlo secondo le regole della Costituzione vigente. Questa interpretazione è confermata dal tenore dell'articolo 190 D-Cost. che menziona i trattati «il cui decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum». Per la CEDU, approvata dall'Assemblea federale il 3 ottobre 1974[120], ciò avrebbe le seguenti ripercussioni: il diritto costituzionale dell'epoca (art. 89 cpv. 4 vCost.) non prevedeva referendum né obbligatorio né facoltativo per il decreto d'approvazione dell'Assemblea federale[121]. Fondandosi su questo solo fatto, ai sensi dell'articolo 190 D-Cost., la CEDU, trattato che non è stato assoggettato a referendum, non sarebbe più vincolante per le autorità incaricate dell'applicazione;
- la CEDU presenta tuttavia alcune particolarità di cui va tenuto conto per l'interpretazione dell'articolo 190 D-Cost. Occorre innanzitutto ricordare che il contenuto dei diritti da essa sanciti è stato integrato nella Costituzione vigente nell'ambito della revisione totale[122]. Di conseguenza, il Popolo e i Cantoni hanno almeno indirettamente conferito legittimità democratica alla CEDU[123]. Inoltre, le critiche contro la CEDU riguardano soprattutto la Corte EDU e il meccanismo di controllo della Convenzione. Nella sua versione odierna questo meccanismo si fonda sostanzialmente sulla riforma realizzata dai protocolli numero 11[124] e numero 14[125]. Il protocollo numero 15[126], approvato il 18 marzo 2016 dall'Assemblea federale, ha comportato ulteriori modifiche del meccanismo di controllo e quindi del testo della CEDU. I protocolli numero 14 e 15 sono stati sottoposti a referendum secondo l'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost. I diritti e le libertà materiali iscritti nel titolo I (art. 2–18) della CEDU sono rimasti immutati dal 1950, data di conclusione della Convenzione. Tuttavia, numerosi protocolli addi-

120 RU **1974** 2148
121 Per maggiori dettagli cfr. il rapporto CEDU, pagg. 370 segg.
122 Messaggio nCost., pagg. 128 segg.
123 «Una votazione popolare sull'intero diritto costituzionale vigente offre un'occasione benvenuta per prendere coscienza di queste norme fondamentali e per confermarle.» (messaggio nCost., pag. 42).
124 Protocollo n. 11 dell'11 maggio 1994 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che ristruttura il meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione (RS **0.101.09**; RU **1998** 2993).
125 Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il quale emenda il sistema di controllo della Convenzione (RS **0.101.094**; RU **2009** 3067). Il termine referendario per questo protocollo è scaduto inutilizzato il 6 aprile 2006.
126 FF **2016** 1811 (decreto federale) e **2015** 1947 (testo del protocollo). Il termine referendario è scaduto inutilizzato il 7 luglio 2016.

zionali hanno esteso la lista di questi diritti e libertà[127] e la procedura che porta alle sentenze della Corte è essenzialmente definita nel Protocollo numero 14, sottoposto a referendum[128]. In queste condizioni, si potrebbe considerare che l'approvazione del Protocollo numero 14 costituisce un'implicita approvazione della CEDU («convenzione madre»)[129]. In caso contrario, le autorità incaricate dell'applicazione del diritto verrebbero a trovarsi in una situazione difficile: sarebbero tenute ad applicare il Protocollo addizionale, sottoposto a referendum, ma non la Convenzione medesima[130]. Lo stesso problema si pone con la Convenzione per evitare la doppia imposizione conclusa con la Germania[131] nel 1971 e il Protocollo di modifica del 17 giugno 2011[132], sottoposto invece a referendum;

– non è certo che la CEDU potrebbe ancora essere considerata determinante ai sensi dell'articolo 190 D-Cost., ma la situazione giuridica è invece chiara per il *Patto ONU II* che consacra diritti fondamentali analoghi a quelli della CEDU. Il decreto federale del 13 dicembre 1991 di approvazione di tale patto è stato sottoposto al referendum previsto per i trattati internazionali di durata indeterminata e non denunciabili (art. 89 cpv. 3 lett. a vCost.)[133]. Questo trattato multilaterale rimarrebbe applicabile anche in caso di contraddizione con la Costituzione (per quanto concerne l'adeguamento e la denuncia di questo trattato cfr. n. 5.2.4);

– il criterio del referendum previsto dall'articolo 190 D-Cost. potrebbe generare incertezza anche per quanto concerne i *trattati standard*, ossia i trattati di contenuto analogo o identico che la Svizzera conclude con un gran numero di Stati. Si è sviluppata la pratica di non sottoporre a referendum facoltativo questi trattati – segnatamente gli accordi per evitare la doppia imposizione, gli accordi di libero scambio e per la protezione degli investimenti o quelli sulla sicurezza sociale –, sebbene prevedano disposizioni importanti che contengono norme di diritto ai sensi dell'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost. Il Consiglio federale e l'Assemblea federale hanno infatti ritenuto che gli obblighi internazionali di questo tipo dovevano essere considerati importanti soltanto se non erano già stati previsti in trattati

127 Cfr. Rapporto CEDU, pagg. 365 seg.
128 L'art. 122 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF; RS **173.110**) prevede che la revisione di una sentenza del Tribunale federale può essere domandata se la Corte E ha constatato in una sentenza definitiva che la CEDU o i suoi protocolli sono stati violati.
129 Cfr. Auer, Beusch, Bucher, n. marg. 23. Dall'assoggettamento al referendum dell'articolo 122 LTF si può dedurre che la CEDU sia stata implicitamente approvata (cfr. nota a piè di pagina 125).
130 Cfr. Müller, Thürer, pag. 14.
131 Convenzione dell'11 agosto 1971 tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica federale di Germania per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito e sulla sostanza (con scambio di lettere, di note, protocolli e acc. amichevole) (RS **0.672.913.62**; RU **1972** 3075; FF **1971** II 1076, qui 1104).
132 Protocollo che modifica la Convenzione dell'11 agosto 1971 tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica federale di Germania per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito e sulla sostanza nella versione del Protocollo di revisione del 12 marzo 2002 (RU **2012** 825; FF **2011** 453, qui 466 seg.).
133 Il termine di referendum è decorso infruttuosamente il 23 marzo 1992 (RU **1993** 749).

conclusi con altri Stati. L'Assemblea federale ha ad esempio rinunciato a sottoporre a referendum facoltativo il suo decreto del 20 marzo 2014[134] che approva l'accordo di libero scambio con la Cina. Se l'iniziativa per l'autodeterminazione fosse accettata, non è sicuro che le autorità di applicazione del diritto potrebbero continuare ad applicare i trattati standard in caso di contraddizione con la Costituzione. In proposito occorre rammendare che il nostro Consiglio ha deciso nel giugno 2016 di adeguare questa pratica e di sottoporre a referendum facoltativo i trattati che prevedono disposizioni importanti che contengono norme di diritto, anche se già previste in trattati conclusi precedentemente. Il nostro Consiglio ha tuttavia proposto di delegare la conclusione di questo tipo di accordi all'Assemblea federale (approvazione con decreto federale semplice) quando non contengono nuove disposizioni importanti rispetto agli accordi precedenti. La delega deve tuttavia essere prevista in un atto sottoposto a referendum – legge federale o decreto federale[135].

5.3.5 Ripercussioni sulla relazione tra diritto internazionale e legge federale

I casi relativamente rari di conflitto di norme nella pratica riguardano generalmente la relazione tra il diritto internazionale e una *legge federale*. Poiché entrambi sono parimenti «determinanti» per le autorità di applicazione del diritto, non è possibile fondarsi sull'articolo 190 Cost. per risolvere la contraddizione e stabilire quale testo prevale. L'iter da seguire in questi casi è indicato dalla giurisprudenza del Tribunale federale (giurisprudenza Schubert e giurisprudenza PKK, cfr. n. 4.2.3).

Secondo l'articolo 190 D-Cost., *i trattati internazionali il cui decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum* (diritto internazionale qualificato) restano determinanti come la legislazione federale. In caso di conflitto tra uno di questi trattati e una legge federale, sarebbe sempre possibile basarsi sulla giurisprudenza Schubert/PKK. Questi scenari sono significativi nella misura in cui le disposizioni all'origine del conflitto sono state sottoposte al referendum applicabile alle leggi federali da un lato (art. 141 cpv. 1 lett. a Cost.) e ai trattati internazionali dall'altro (art. 140 cpv. 1 lett. b e 141 cpv. 1 lett. d Cost.)

Differente la situazione del rimanente diritto internazionale e in particolare dei *trattati internazionali non assoggettati a referendum.* Secondo l'articolo 190 D-Cost. non saranno più determinanti come le leggi federali. Da ciò si potrebbe dedurre che la perdita del loro carattere determinante li colloca a un rango inferiore alla legge federale[136]. Di conseguenza, il Tribunale federale e le altre autorità di applicazione del diritto non dovrebbero più applicare i trattati internazionali (non assoggettati al referendum) contrari a una legge federale. Questa interpretazione sembra logica ma anche in questo caso non va esclusa la possibilità di basarsi sulla

134 RU **2014** 1315
135 Cfr. il messaggio concernente l'approvazione dell'Accordo di libero scambio tra gli Stati dell'AELS e la Georgia, FF **2017** 1965, qui 2004.
136 Keller, Balazs-Hegedüs, pag. 719.

giurisprudenza Schubert/PKK, tanto più che il testo proposto non disciplina espressamente la questione[137]. Anche per questo motivo l'iniziativa popolare genera incertezze (cfr. n. 6.3.5).

5.4 Disposizione transitoria (art. 197 n. 12 D-Cost.)

Gli atti normativi prendono effetto dalla data della loro entrata in vigore. Il diritto costituzionale non fa eccezione. L'articolo 195 Cost. prevede che la Costituzione federale parzialmente riveduta entri in vigore quando viene accettata dal Popolo e dai Cantoni. Quindi, quanto l'articolo 197 numero 12 D-Cost. intende sancire esplicitamente varrebbe già e le disposizioni costituzionali da modificare con l'iniziativa sarebbero applicabili agli obblighi di diritto internazionale vigenti e futuri della Confederazione e dei Cantoni e in particolare ai trattati internazionali che saranno conclusi o entreranno in vigore dopo l'accettazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione.

La formulazione secondo cui le norme costituzionali che l'iniziativa intende modificare devono essere applicate anche agli obblighi *vigenti* di diritto internazionale vuole garantire che le nuove regole costituzionali siano applicate anche ai trattati internazionali conclusi o entrati in vigore prima dell'eventuale accettazione dell'iniziativa.

Infine, l'articolo 197 numero 12 D-Cost. prevede esplicitamente che le nuove disposizioni costituzionali si applicano a tutte le disposizioni *vigenti* e *future* della Costituzione federale. Questa formulazione intende garantire che le nuove regole si applichino alle disposizioni costituzionali entrate in vigore prima dell'accettazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione. L'applicazione delle nuove regole alle disposizioni costituzionali posteriori è evidente e non sarebbe necessario menzionarla espressamente.

6 Valutazione dell'iniziativa e conseguenze della sua accettazione

6.1 Norme inutili

Il titolo dell'iniziativa «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» lascia intendere che soltanto l'emanazione di norme del diritto nazionale sia un atto di sovranità, mentre l'assunzione di impegni nell'ambito dei trattati internazionali sia espressione di dipendenza e assoggettamento. Si disconosce così il fatto che la conclusione e l'approvazione di trattati internazionali è un atto di sovranità nazionale tanto quanto l'emanazione di leggi. Inoltre, di pari passo con l'aumento dell'importanza degli impegni internazionali si è progressivamente

137 I promotori dell'iniziativa giungono manifestamente alla conclusione opposta e ritengono che la giurisprudenza Schubert/PKK continuerà a prevalere in caso di conflitto di norme tra trattati non assoggettati al referendum e leggi federali (vedi Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative, pag. 34).

consolidata la partecipazione di democrazia diretta nella procedura di conclusione dei trattati: nel 1977 il referendum sui trattati internazionali è stato oggetto di una revisione fondamentale; nel 2003 è entrato in vigore l'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost. che ha ulteriormente rafforzato i diritti popolari estendendo il referendum facoltativo in materia di trattati internazionali. Da allora, sussiste un forte *parallelismo* tra il referendum sulle leggi e quello sui trattati internazionali. I processi democratici sono salvaguardati anche nei casi in cui l'Assemblea federale delega la competenza di concludere i trattati internazionali al Consiglio federale. Infatti, tale delega deve essere prevista in una legge federale, a sua volta sottoposta a referendum facoltativo. Consolidando il ruolo del Popolo, dei Cantoni e del Parlamento nei processi di politica estera, le autorità federali hanno trovato un giusto equilibrio tra la necessità di parlare con una sola voce con l'estero e quella di conferire una legittimità democratica alla politica estera. È inesatto sostenere che vi è un'opposizione tra il diritto interno (emanato in modo totalmente autonomo) e il diritto internazionale (dettato dall'estero). La conclusione di trattati internazionali non costituisce una restrizione ma un aspetto della sovranità nazionale.

Pure superflue sono due regole concrete proposte dall'iniziativa: si tratta da una parte del complemento apportato all'articolo 5 capoverso 1 Cost. secondo cui la Costituzione è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera e dall'altra del divieto dell'articolo 56*a* capoverso 1 D-Cost. di assumere obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione. Il diritto svizzero e la pratica delle autorità federali rispettano questi principi da anni e questo punto dovrebbe rimanere incontestato (cfr. n. 5.1.1 e 5.2.1). Non vi è alcuna necessità di disciplinare questi due punti. Inoltre, le due norme proposte suscitano l'impressione inesatta che occorre una normativa esplicita per collocare la Costituzione al rango normativo supremo e per impedire la conclusione di trattati internazionali contrari alla Costituzione.

6.2 Soluzioni inadeguate

La relazione tra diritto internazionale e diritto interno genera alcune tensioni. La Costituzione non prevede segnatamente alcuna soluzione in caso di accettazione di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. La Svizzera ha sempre risolto queste situazioni in modo pragmatico. L'iniziativa per l'autodeterminazione non contiene principi idonei per risolvere questi problemi. Piuttosto, la sua norma schematica per la composizione dei conflitti e le sue esigenze restrittive complicherebbero la ricerca di soluzioni da parte delle autorità e limiterebbero eccessivamente il margine di manovra della Svizzera.

6.2.1 Problemi della regola di conflitto schematica

Il costituente del 1999 ha rinunciato intenzionalmente a disciplinare esplicitamente le modalità di composizione dei conflitti tra norme di diritto interno e diritto internazionale. Voleva segnatamente permettere al Tribunale federale di mantenere la giurisprudenza Schubert secondo cui una legge federale contraria al diritto internazio-

nale può eccezionalmente essere applicata se il legislatore ha scientemente previsto la violazione di tale diritto. Il costituente ha quindi scelto una soluzione pragmatica, completando il principio del primato del diritto internazionale con una riserva che permette di compiere una ponderazione in casi eccezionali[138]. Secondo il nostro Consiglio, finora questa giurisprudenza ha prodotto risultati soddisfacenti, come anche la decisione di non codificarla[139]. L'attuale giurisprudenza del Tribunale federale permette di tenere conto dei diversi conflitti di norme e delle diverse situazioni di fatto. La Corte suprema ha regolarmente trovato soluzioni pratiche e consensuali in caso di conflitto tra il diritto nazionale e il diritto internazionale.

L'iniziativa per l'autodeterminazione contiene una regola schematica che consacra il primato del diritto costituzionale in caso di conflitto con gli obblighi di diritto internazionale e sopprime la possibilità di trovare soluzioni su misura nei singoli casi. La modifica proposta nell'articolo 5 D-Cost. ignora il fatto che l'importanza delle norme di diritto internazionale è fortemente variabile. Non sorprende quindi che nessuna costituzione nazionale abbia finora trovato una soluzione soddisfacente per disciplinare complessivamente e in modo ragionevole tutti i possibili conflitti tra diritto internazionale e diritto nazionale[140]. In Svizzera queste difficoltà sono inoltre accentuate dal fatto che la Costituzione contiene norme di importanza variabile[141]. Manca una nozione di costituzione materiale ed è di conseguenza possibile inserire nella Costituzione, segnatamente mediante le iniziative popolari, disposizioni che materialmente dovrebbero piuttosto figurare in una legge o in un'ordinanza o dovrebbero essere considerate atti individuali.

6.2.2 Margine di manovra ristretto

Finora, nei casi in cui vi era il rischio di un conflitto di norme tra un trattato esistente e una nuova disposizione costituzionale, la Svizzera ha tentato, generalmente con successo, di ovviarvi mediante un'interpretazione conforme al diritto internazionale. Ad esempio si possono citare l'attuazione dell'iniziativa sull'internamento o l'iniziativa sull'espulsione. Nemmeno sarebbe esclusa la possibilità di accettare (provvisoriamente) un conflitto di norme, a condizione di essere disposti a sopportarne le conseguenze giuridiche e politiche. Nell'uno e nell'altro caso la scelta si basa su considerazioni di natura politica.

L'iniziativa per l'autodeterminazione limiterebbe fortemente il margine di manovra che permette di trovare soluzioni pragmatiche. Infatti, secondo l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. le autorità federali *sarebbero tenute a* risolvere i conflitti di norme seguendo l'iter previsto da tale norma. Dovrebbero negoziare, talora per diversi anni, con una o diverse controparti per adeguare il trattato, malgrado possibilità di successo oggettivamente molto ridotte. La Costituzione prescriverebbe anche la

138 Schürer, pag. 132.
139 Pareri del Consiglio federale del 27 agosto 2008 sulla mozione **08.3249** Reimann «Base costituzionale per la prassi Schubert» e dell'11 maggio 2016 sull'interpellanza **16.3043** Vogt «Garantire la capacità di agire del Parlamento e del Consiglio federale. Attuare l'articolo 121*a* della Costituzione federale. Mantenere la prassi Schubert».
140 Tschumi, Schindler, *SG-BV-Kommentar*, art. 5 n. 95.
141 Cfr. Kolb, pag. 571.

tappa successiva che consisterebbe, se necessario, nel denunciare il trattato, il che sottoporrebbe a forti pressioni la delegazione svizzera incaricata dei negoziati; nel contempo l'altra parte rischierebbe di approfittare di tale pressione, il che indebolirebbe la posizione dei negoziatori elvetici. In tutti i casi vi sarebbe un'incertezza giuridica che potrebbe durare diversi anni. L'obbligo di agire secondo l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. ha una particolare portata in combinato disposto con l'articolo 197 numero 12 D-Cost., poiché questa disposizione transitoria prevede l'applicazione delle nuove regole a tutte le disposizioni vigenti della Costituzione e a tutti gli obblighi vigenti di diritto internazionale.

6.3 Creazione di nuovi problemi

L'iniziativa per l'autodeterminazione propone soluzioni per casi che non necessitano una normativa (cfr. n. 6.1). Le misure previste per trattare le reali contraddizioni tra diritto internazionale e diritto interno appaiono poco utili (cfr. n. 6.2). Inoltre, l'accettazione dell'iniziativa porrebbe una serie di nuovi problemi esposti di seguito.

6.3.1 Indebolimento del rispetto dei trattati e della validità del diritto internazionale

Il rispetto dei trattati è il principio centrale su cui è imperniato il diritto dei trattati internazionali: un trattato internazionale valido vincola le parti che devono eseguirlo in buona fede (art. 26 della Convenzione di Vienna; *pacta sunt servanda*). Il fondamento di questo principio risiede nella natura medesima del diritto dei trattati internazionali: si tratta di un diritto convenzionale che poggia su accordi tra le parti. Diversamente dal diritto interno che è frutto di una *decisione di maggioranza*, nel diritto dei trattati internazionali vige il *principio del consenso*, esattamente come nel diritto privato dei contratti. I trattati possono essere modificati come i contratti privati (con l'accordo di tutte le parti) o denunciati (unilateralmente). Uno Stato non può comunque richiamarsi alle disposizioni del suo diritto interno per giustificare il non adempimento di un trattato. Se lo fa – in violazione dell'articolo 27 della Convenzione di Vienna – rischia di doverne rispondere secondo il diritto internazionale; infine, la validità del diritto internazionale ne risulta indebolita.

Sancire espressamente il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale (art. 5 D-Cost.) e limitare il primato d'applicazione del diritto internazionale ai trattati internazionali assoggettati al referendum (art. 190 D-Cost.) per la Svizzera significherebbe rimettere apertamente in questione il principio *pacta sunt servanda*. Per tale ragione le modifiche proposte potrebbero essere addirittura interpretate come un permesso o un invito costituzionale a violare i trattati internazionali non assoggettati al referendum. Indebolire il diritto dei trattati rende più fragile l'intero diritto internazionale ed è contrario agli interessi della Svizzera. Con una Costituzione che prevede una possibilità generale di non rispettare i trattati, per il nostro Paese sarebbe difficile chiedere ai partner di rispettare i loro obblighi nei nostri confronti. Questa tendenza sarebbe contraria alla cultura giuridica svizzera: gli accori conclusi devono essere rispettati, che si tratti di contratti di vendita, di loca-

zione o di lavoro o anche di trattati internazionali. Al pari di una società anonima che non può liberarsi dai suoi obblighi contrattuali semplicemente cambiando il suo statuto, uno Stato non può sottrarsi ai suoi impegni internazionali semplicemente cambiando la sua Costituzione.

6.3.2 Maggior rischio che la Svizzera sia chiamata a rispondere secondo il diritto internazionale

Sul piano del diritto internazionale, un trattato internazionale rimane valido e vige fintanto che non è stato denunciato o – per i trattati di durata limitata – fino alla sua scadenza. Un'eventuale contraddizione con il suo diritto costituzionale non autorizza la Svizzera a violare i suoi obblighi internazionali. Questi ultimi vanno rispettati a prescindere dalle regole sul primato previste dal diritto interno.

Il diritto dei trattati riconosce alcune cause che possono giustificare il non rispetto di un trattato internazionale. Ad esempio una *sostanziale violazione* di un trattato commessa da una delle parti permette alle controparti di sospendere in tutto o in parte l'applicazione del trattato (art. 60 della Convenzione di Vienna). Se invece non può essere invocato alcun motivo lecito per il non rispetto di un obbligo internazionale, lo Stato in questione è chiamato a risponderne secondo il diritto internazionale. In generale, dalla responsabilità internazionale risultano i seguenti obblighi[142]:

- lo Stato responsabile deve innanzitutto ristabilire una situazione conforme al diritto internazionale e cessare il suo comportamento contrario al diritto internazionale. Questo obbligo risulta già dalla norma di diritto internazionale violata che di regola continua a esplicare i suoi effetti. Se lo Stato che viola il diritto internazionale denuncia il trattato per liberarsi dai suoi impegni, non può comunque sfuggire alla sua responsabilità per la violazione commessa durante il periodo in cui era assoggettato al trattato;
- se non è possibile ristabilire una situazione conforme al diritto internazionale, o lo è soltanto in parte, lo Stato deve risarcire i danni. Se l'importo del danno derivante dalla violazione del diritto internazionale non può essere calcolato, il risarcimento è sostituito da una riparazione.

Se lo Stato responsabile non adempie questi obblighi, lo Stato leso può fare ricorso a diversi strumenti:

- può intervenire sul piano diplomatico, a livello bilaterale o multilaterale, per aumentare la pressione sullo Stato responsabile, affinché quest'ultimo adempia i suoi obblighi di riparazione;
- il trattato può essere sospeso, conformemente alle sue disposizioni o per consenso dell'insieme delle parti (cfr. art. 57 e 58 della Convenzione di Vienna). Una parte può anche sospenderlo unilateralmente, in tutto o in parte, in caso di violazione sostanziale (cfr. art. 60 della Convenzione di Vienna);

142 Cfr. il rapporto Diritto internazionale/diritto interno, pagg. 2040 segg.

– il trattato può estinguersi per consenso delle parti o in seguito a una denuncia unilaterale o unilateralmente senza rispettare il termine di denuncia (cfr. art. 54 e 56 della Convenzione di Vienna); quest'ultima possibilità è comunque ammessa solo come reazione a una sostanziale rottura del trattato (cfr. art. 60 della Convenzione di Vienna).

Se questi atti non permettono di ripristinare una situazione conforme al diritto internazionale, rimane soltanto il ricorso alla coercizione per indurre la parte renitente ad adempiere i suoi obblighi. Da una parte si possono adottare *misure di ritorsione*, vale a dire misure ostili che possono nuocere a uno Stato senza violare direttamente i suoi diritti: ad esempio la rottura delle relazioni diplomatiche, il rifiuto della richiesta di un aiuto allo sviluppo o di un credito, restrizioni commerciali e degli investimenti nei limiti delle regole internazionali applicabili agli scambi commerciali. Ma gli Stati possono ricorrere anche a *misure di rappresaglia*, vale a dire a contromisure che violano il diritto internazionale ma sono eccezionalmente ammissibili in reazione a una violazione precedentemente commessa da un altro Stato. A siffatte misure coercitive si ricorre tuttavia in casi molto rari e soltanto in caso di violazioni sostanziali degli obblighi internazionali.

La CEDU contiene una normativa particolare: gli Stati membri si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU che constatano una violazione della Convenzione (art. 46 par. 1 CEDU). Il Comitato dei Ministri controlla l'esecuzione delle sentenze (art. 46 par. 2 CEDU) riguardanti misure concrete o generali che devono essere adottate da parte degli Stati. In caso di violazione sistematica e duratura è teoricamente possibile l'esclusione dal Consiglio d'Europa che avrebbe i medesimi effetti di una denuncia della CEDU (art. 58 par. 3 CEDU).

L'articolo 190 D-Cost. obbliga il Tribunale federale e le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto a non applicare più i trattati internazionali se non sono stati assoggettati a referendum e derogano alla Costituzione (ed eventualmente a una legge federale, cfr. n. 5.3.5). Adottando tale normativa, la Svizzera correrebbe maggiori rischi di dover rispondere secondo il diritto internazionale.

6.3.3 Ripercussioni negative sull'economia esterna

La forte integrazione della Svizzera nel mercato interno europeo e nell'economia mondiale si rispecchia in una densa rete giuridica di trattati bilaterali con l'UE, accordi OMC, convenzioni di libero scambio, di protezione degli investimenti ecc. La Svizzera ha grande interesse a far sì che le condizioni quadro dell'economia mondiale siano affidabili e che il commercio si sviluppi conformemente alle regole. L'accettazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione potrebbe invece indurre le controparti della Svizzera, nella fase negoziale di *nuovi accordi*, a relativizzare i loro obblighi contrattuali mediante riserve a favore dei loro diritti nazionali. In determinate circostanze, in Svizzera la nuova situazione giuridica potrebbe rimettere in questione la partecipazione del nostro Paese a *trattati esistenti*, ad esempio ai grandi

gruppi di trattati internazionali in materia economica[143]; ciò in considerazione dei maggiori rischi di responsabilità internazionale della Svizzera (cfr. n. 6.3.2) e con conseguenti ripercussioni negative per il nostro Paese. Non sarebbe inoltre chiaro in quale misura, ai sensi dell'articolo 190 D-Cost., i cosiddetti accordi standard (accordi per evitare la doppia imposizione, accordi di libero scambio e accordi sulla protezione degli investimenti nonché accordi sulla sicurezza sociale) sarebbero ancora vincolanti per il Tribunale federale e le altre autorità di applicazione del diritto (cfr. n. 5.3.4).

Il diritto economico internazionale si fonda sul rispetto dei trattati, sul principio della buona fede e sulla protezione delle aspettative legittime che ne risultano. Per contro l'iniziativa per l'autodeterminazione minaccia la certezza sia del diritto sia della pianificazione nel commercio internazionale ed è quindi in contrasto con tali principi. La sua accettazione potrebbe pregiudicare l'accesso dei beni e dei servizi svizzeri ai mercati internazionali e nuocere alla protezione delle legittime aspettative degli investitori svizzeri all'estero. Inoltre, la citata incertezza del diritto ridurrebbe l'attrattiva della Svizzera riducendo infine le attività d'investimento nel nostro Paese (per esempio da parte delle multinazionali).

Non è tuttavia possibile dare una valutazione complessiva certa delle conseguenze. Ciò è da una parte dovuto alle contraddizioni e imprecisioni dell'iniziativa (cfr. n. 6.3.5) che lasciano vasti spazi aperti all'interpretazione. Dall'altra, il testo non contiene norme costituzionali che regolino direttamente la situazione giuridica dei privati e non è pertanto direttamente applicabile[144], il che rende azzardate eventuali previsioni sulle conseguenze di un'accettazione.

6.3.4 Indebolimento della protezione internazionale dei diritti dell'uomo

L'efficacia del ricorso individuale che permette a un singolo di rivolgersi direttamente alla Corte EDU in caso di violazione da parte dello Stato di una disposizione della CEDU sarebbe indebolita. Infatti, l'attuazione delle sentenze della Corte europea potrebbe essere difficile se venissero accettate norme costituzionali in contraddizione con la CEDU. Ne potrebbe risultare un indebolimento della tutela dei diritti dell'uomo garantita in Svizzera dal diritto internazionale e le relazioni con il Consiglio d'Europa potrebbero essere compromesse. Occorre inoltre rilevare che la CEDU ha un'importanza anche per l'esercizio delle attività imprenditoriali. Il Consiglio d'Europa e la CEDU sono strumenti centrali per la promozione e il consolidamento dello Stato di diritto e della democrazia in tutta Europa. Sostenendoli la Svizzera non protegge soltanto i diritti dell'uomo all'interno delle proprie frontiere

143 Riguardo ai possibili effetti negativi di natura economica dell'iniziativa per l'autodeterminazione (accordi OMC, accordi di protezione degli investimenti, accordi di libero scambio, ecc.), vedi Kaufmann, pagg. 9 segg.

144 Le norme costituzionali *direttamente applicabili* ai privati non vanno confuse con le disposizioni costituzionali che impongono alle autorità obblighi di agire o astenersi che valgono anche se non viene emanata una legge d'attuazione, come nel caso dell'iniziativa per l'autodeterminazione (cfr. n. 3.1).

ma contribuisce anche a garantire la pace e la sicurezza in tutto il continente europeo tutelando un interesse esistenziale del nostro Paese.

Nell'ambito delle relazioni con l'estero, la Confederazione si adopera in particolare a far rispettare i diritti dell'uomo, segnatamente nella forma sancita dal diritto internazionale (cfr. art. 54 cpv. 2 Cost.). Di conseguenza, nelle sue relazioni estere, la Svizzera sottolinea l'importanza della protezione dei diritti dell'uomo e ne condanna le violazioni. Questo impegno si esprime nella convinzione che le violazioni dei diritti dell'uomo non debbano essere giustificate né relativizzate invocando la sovranità statale. Accettare l'iniziativa per l'autodeterminazione pregiudicherebbe la coerenza della politica interna ed esterna della Svizzera e la credibilità del suo impegno a favore dei diritti dell'uomo.

6.3.5 Contraddizioni e imprecisioni del testo dell'iniziativa

Secondo i suoi promotori l'iniziativa per l'autodeterminazione genererà sicurezza del diritto e stabilità perché chiarirà i rapporti tra diritto nazionale e diritto internazionale[145]. Essa potrebbe tuttavia avere un effetto sostanzialmente contrario. Contiene infatti numerose contraddizioni e imprecisioni che rischiano di pregiudicare l'equilibrio dei poteri tra gli organi dello Stato:

- la chiara gerarchia delle norme perseguita dall'articolo 5 D-Cost. sancisce il *primato di validità* del diritto costituzionale («la Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso») ed è in parte relativizzata dall'articolo 190 D-Cost. (*primato di applicazione*). Infatti, il Tribunale federale e le altre autorità di applicazione del diritto dovrebbero continuare come finora ad applicare i trattati internazionali contrari alla Costituzione, tuttavia soltanto se il relativo decreto di approvazione è stato assoggettato al referendum. Non è chiaro quale sia concretamente il rango che l'iniziativa per l'autodeterminazione vuole attribuire agli atti normativi interni e ai trattati internazionali;
- si deve segnatamente partire dal presupposto che in linea di massima i conflitti di norme tra il diritto internazionale (trattati internazionali assoggettati al referendum) e le *leggi federali* possano continuare a essere trattati come finora (mantenimento delle giurisprudenze Schubert/PKK sviluppate dal Tribunale federale, cfr. 5.3.5). La maggior parte dei conflitti di norme si verifica tra diritto internazionale e leggi federali. L'iniziativa per l'autodeterminazione non modifica sostanzialmente questa situazione e ha invece una maggiore incidenza sulla relazione tra diritto internazionale e *diritto costituzionale* in cui si verifica un numero minore di conflitti. Va rilevato che ultimamente i conflitti in questo settore sono stati più frequenti, segnatamente a causa della tendenza all'aumento delle iniziative costituzionali che prevedono disposizioni direttamente applicabili e formulate in modo talmente categorico da non lasciare al legislatore praticamente alcun margine

145 Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative, pag. 4.

reale di attuazione. In caso di accettazione dell'iniziativa per l'autodeterminazione e di adozione di una regola sul primato del diritto costituzionale, questa tendenza potrebbe ulteriormente rafforzarsi con il rischio che i conflitti di norme tra diritto internazionale e diritto interno riguardino più frequentemente norme di rango costituzionale. Una tale evoluzione sarebbe problematica anche nell'ottica istituzionale, poiché la Costituzione dovrebbe essere il punto di partenza della creazione del diritto e non il punto finale. L'intervento del legislatore e l'elaborazione delle leggi d'attuazione sono il presupposto di una normativa applicabile e idonea a risolvere anche problemi non previsti dal costituente. La procedura legislativa permette di ponderare e discutere tutti i punti di vista pertinenti coinvolgendo tutti gli interessati (procedura di consultazione, discussioni delle commissioni, sistema bicamerale). Nella misura in cui le iniziative popolari contengono prescrizioni vincolanti e direttamente applicabili, lo spazio di manovra del legislatore viene limitato con la conseguente perdita dei citati vantaggi della procedura legislativa;

– un altro punto poco chiaro è il momento in cui sussiste una «*contraddizione*» tra la Costituzione e il diritto internazionale ai sensi dell'articolo 56*a* capoversi 1 e 2 D-Cost. Basta un conflitto astratto tra due norme o è necessario che il conflitto si verifichi solamente nel momento dell'applicazione del diritto o addirittura già nella fase esecutiva? Vi è peraltro la più grande incertezza quanto all'autorità che potrebbe o dovrebbe constatare (in un caso concreto o in assoluto) l'esistenza di un tale conflitto – organo governativo, parlamentare o giudiziario;

– per quanto concerne l'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost. è lecito chiedersi quando e dopo quanti o quali sforzi si può considerare fallito il tentativo di adeguare un trattato internazionale contrario alla Costituzione e interviene l'obbligo di denuncia. Una singola contraddizione contraria a una sola disposizione costituzionale basta per far scattare l'obbligo di denunciare il trattato ai sensi dell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost.? O piuttosto, tenendo conto dell'espressione «se necessario» e del principio di proporzionalità dell'attività dello Stato (art. 5 cpv. 2 Cost.), si deve esigere che il trattato internazionale nel suo insieme o in una sua parte sostanziale violi la Costituzione?

– appare contraddittorio dichiarare che da un lato i trattati internazionali assoggettati a referendum sono determinanti per tutte le autorità di applicazione del diritto (art. 190 D-Cost.) e dall'altro prevedere un obbligo di adeguarli o di denunciarli (art. 56*a* cpv. 2 D-Cost.);

– si può ravvisare un'ulteriore contraddizione nel fatto che, ai termini dell'articolo 190 D-Cost., trattati internazionali di contenuto analogo sono trattati in modo diverso in funzione del fatto che adempiano il criterio del referendum (p. es. il Patto ONU II) o no (p. es. la CEDU). La medesima disparità di trattamento, difficilmente comprensibile, sussiste tra i protocolli addizionali della CEDU assoggettati a referendum e quindi determinanti ai sensi dell'articolo 190 D-Cost. e la CEDU stessa;

- l'assoggettamento al referendum non è un criterio affidabile per stabilire la rilevanza pratica dei trattati internazionali. Numerosi trattati importanti non sono stati assoggettati al referendum, come mostra l'esempio dei trattati standard (cfr. n. 5.3.4). Le norme costituzionali sul referendum in materia di trattati internazionali sono state modificate con il passare del tempo (cfr. n. 6.1). L'articolo 190 D-Cost. creerebbe una disparità nel trattamento riservato ai trattati facendo dipendere da un criterio formale (l'assoggettamento al referendum) il fatto che i trattati siano determinanti o no, il che non riflette sempre la loro rilevanza pratica. Tale è principalmente il caso dei trattati internazionali conclusi prima del 2003, anno in cui è entrato in vigore l'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost.;
- secondo l'articolo 5 capoverso 4 secondo periodo D-Cost. il diritto costituzionale prevale su tutti gli obblighi di diritto internazionale – compresi quindi i trattati internazionali accettati dal Popolo e dai Cantoni nell'ambito di un referendum obbligatorio e che hanno la medesima legittimità democratica delle norme costituzionali. Ciò solleva la questione dei motivi di accordare un primato tanto vasto al diritto costituzionale.

Il Tribunale federale sarà chiamato a chiarire le questioni giuridiche sollevate dall'iniziativa, almeno quelle che potranno essere sottoposte a una valutazione giudiziaria; ciò vale in particolare per le questioni relative alla portata delle modifiche degli articoli 5 e 190 Cost. e alla relazione tra queste due norme. Ai tribunali sarebbe così attribuita la prerogativa d'interpretare questioni importanti riguardanti la relazione tra diritto internazionale e diritto interno. Quanto all'obbligo di adeguare o denunciare i trattati, sancito nell'articolo 56*a* capoverso 2 D-Cost., spetterebbe anzitutto al Consiglio federale e al Parlamento sviluppare una pratica in merito. Potrebbero trascorrere ancora numerosi anni prima che siano chiarite le questioni più importanti. Le incertezze giuridiche che rimarranno fino a tale momento avranno segnatamente ripercussioni sugli attori dell'economia (cfr. sulle ripercussioni sull'economia esterna n. 6.3.3).

7 Rinuncia a ogni controprogetto diretto o indiretto

Un controprogetto diretto all'iniziativa popolare dovrebbe riguardare la «stessa questione costituzionale», vale a dire offrire una risposta alle richieste dell'iniziativa (art. 101 cpv. 1 LParl). Può darne una versione meno ambiziosa o prevedere un'esecuzione meno rigida o proporre altre soluzioni ma non adottare un punto di vista totalmente differente. Per i motivi illustrati nel numero 5, il nostro Consiglio non può condividere l'approccio dei promotori dell'iniziativa per l'autodeterminazione. Non è quindi in condizione di proporre un controprogetto, diretto o indiretto, che significherebbe difendere almeno in parte l'impostazione dell'iniziativa.

Nel 2015 il Consiglio federale ha esaminato una proposta che, come l'iniziativa, si prefiggeva di stabilire regole relative al primato ma ha finalmente raccomandato di rinunciare a stabilire una gerarchia del diritto internazionale in funzione della sua

legittimità democratica[146]. La proposta esaminata consisteva nello stabilire una correlazione direttamente proporzionale tra legittimità democratica dei testi normativi e il loro rango in caso di conflitto. Il Consiglio federale era tuttavia giunto alla conclusione che questo meccanismo, invece di risolvere il problema, lo spostava o addirittura lo aggravava – come l'iniziativa per l'autodeterminazione.

8 Conclusioni

L'iniziativa per l'autodeterminazione rischia di esacerbare i problemi della relazione tra diritto internazionale e diritto interno. Chiede un trattamento uniforme di conflitti di norme che è invece opportuno differenziare. Pretende di chiarire la relazione tra diritto internazionale e diritto interno ma non è in grado di farlo come non è in grado di mantenere la promessa di rafforzare l'autodeterminazione. Il testo è invece pervaso di contraddizioni interne.

L'accettazione dell'iniziativa creerebbe molte incertezze giuridiche e pregiudicherebbe le relazioni politiche e commerciali esterne della Svizzera. La stabilità e la certezza pianificatoria di cui hanno bisogno il Paese e le sue imprese sarebbero compromesse dall'obbligo di adeguare e denunciare i trattati. Il nostro Consiglio e il Parlamento che attualmente cercano soluzioni pragmatiche e individuali per attuare le norme costituzionali contrarie al diritto internazionale tenendo conto sia delle esigenze della Costituzione sia degli impegni della Svizzera, non potrebbero più farlo. L'iniziativa per l'autodeterminazione restringe il margine di manovra delle autorità federali lasciano loro soltanto l'opzione di rinegoziare un dato trattato o denunciarlo.

In considerazione della sua tradizione umanitaria e del suo ruolo di depositaria di numerose convenzioni, la Svizzera ha un forte legame con il diritto internazionale. Essendo un piccolo Stato ha inoltre particolare interesse al rispetto degli obblighi di diritto internazionale che sono un baluardo contro la legge del più forte. I trattati internazionali contengono regole vincolanti di questo tipo e permettono alla Svizzera di avere lo stesso peso degli altri paesi nel contesto mondiale. Il diritto internazionale garantisce che il diritto abbia la priorità rispetto ai rapporti di forza. «La forza di un piccolo Stato è soprattutto il suo diritto»[147]. Soltanto se è un partner affidabile per gli altri Paesi, la Svizzera può attendersi che le sue controparti rispettino i loro obblighi.

L'idea centrale dell'iniziativa per l'autodeterminazione contraddice la prassi che la Svizzera ha sempre seguito nelle relazioni esterne. Il nostro Consiglio invita pertanto le Camere federali a sottoporre l'iniziativa al Popolo e ai Cantoni senza controprogetto diretto né indiretto e con la raccomandazione di respingerla.

146 Rapporto del Consiglio federale sul postulato 13.3805; cfr. anche n. 4.3.
147 Rapporto del Consiglio federale all'Assemblea federale concernente i trattati internazionali d'arbitrato dell'11 dicembre 1919, FF **1920** I 547, qui 553.

Bibliografia

Auer Andreas, Beusch Michael, Bucher Silvia et al., «Stellungnahme zur Volksinitiative ‹Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)›», in: *Jusletter* 20 febbraio 2017.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurigo 2007.

Blum Nina, Naegeli Vera, Peters Anne, «Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge», in: ZBl 2013, pagg. 527–562.

Ehrenzeller Bernhard, Schindler Benjamin, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (a c. di), Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3ª ed., Zurigo–San Gallo 2014.

Häfelin Ulrich, Haller Walter, Keller Helen, Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9ª ed., Zurigo 2016.

Hangartner Yvo, Kley Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurigo 2000.

Kaufmann Christine, «Conséquences possibles de l'initiative fédérale suisse «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)» sur des traités internationaux pertinents pour l'économie», disponibile in tedesco e francese in: www.economiesuisse.ch > Actualités > Communiqués de presse > Communiqué du 6 avril 2017.

Keller Helen, Balazs-Hegedüs Natalie, «Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?», in: PJA 2016, pagg. 712–724.

Keller Helen, Walther Reto, «Konsequenzen der ‹Selbstbestimmungsinitiative› für die Wirtschaft», in: PJA 2016, pagg. 867–878.

Keller Helen, Weber Yannick, «Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der ‹Selbstbestimmungsinitiative›», PJA 2016, pagg. 1007–1023.

Kley Andreas, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2ª ed., Zurigo 2015.

Kolb Robert, «L'initiative de l'UDC sur ‹l'autodétermination› (‹Juges étrangers›)», in: SZIER 2016, pagg. 567–579.

Künzli Jörg, «Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen», in: ZSR 2009 I, pagg. 47–75.

Müller Jörg Paul, Thürer Daniel, «Landesrecht vor Völkerrecht? Grenzen einer Systemänderung», in: ZSR 2015 I, pagg. 3–20.

Schürer Stefan, «Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?», in: ZBl 2015, pagg. 115–132.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4ª ed., Berna 2016.

Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (a c. di), Bundesverfassung. Basler Kommentar, Basilea 2015.

Documenti menzionati frequentemente

Argumentarium Volksinitiative Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative) del 10 marzo 2015, consultabile all'indirizzo: www.selbstbestimmungsinitiative.ch > Downloads (cit.: Argumentarium Selbstbestimmungsinitiative) (disponibile soltanto in tedesco e francese).

Rapporto della Commissione delle istituzioni politiche del 20 agosto 2015 concernente i requisiti per la validità di iniziative popolari. Esame della necessità di una riforma, FF *2015* 5813 (cit.: rapporto CIP-S).

Bericht des Bundesamts für Justiz vom 28. Dezember 2006 zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, GAAC 2012 n. 4 (cit.: Bericht BJ; il testo è disponibile soltanto in tedesco e francese).

Rapporto del Consiglio federale del 12 giugno 2015 (Rapporto chiaro tra diritto internazionale e nazionale) in adempimento del postulato 13.3805, consultabile all'indirizzo: www.parlament.ch > inserire il numero dell'affare nella maschera di ricerca > rapporto in adempimento dell'intervento parlamentare (cit: rapporto CF sul Po. 13.3805).

Rapporto del Consiglio federale del 19 novembre 2014 in adempimento del postulato Stöckli 13.4187 del 12 dicembre 2013 (Esperienze e prospettive a 40 anni dall'adesione della Svizzera alla CEDU), FF *2015* 355 (cit.: rapporto CEDU).

Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, FF *2010* 2015 (cit.: rapporto Diritto internazionale/diritto nazionale).

Messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 2013 concernente l'iniziativa popolare «Per l'attuazione dell'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa per l'attuazione)», FF *2013* 8139 (cit.: messaggio Iniziativa per l'attuazione).

Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF *1997* I 1 (cit.: Messaggio nCost.).

Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989 über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, GAAC 1989 n. 54 (cit.: Stellungnahme BJ/DV; il testo è disponibile soltanto in tedesco).

Mitteilung der Direktion für Völkerrecht des EDA und des Bundesamtes für Justiz des EJPD vom 14. Juni 2006 über die Zuständigkeit der Verwaltungseinheiten für den Abschluss und die Auflösung internationaler Vereinbarungen. Recht und Praxis in der Schweiz, GAAC 2006 n. 69 (cit.: Mitteilung DV/BJ; il testo è disponibile soltanto in tedesco e francese).

Rapporto complementare del 30 marzo 2011 del Consiglio federale al rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, FF *2011* 3299 (cit.: rapporto complementare Diritto internazionale/diritto nazionale).