

Il voto svizzero sull’“Iniziativa per l’autodeterminazione”: brevi note sul rapporto tra diritto interno e diritto internazionale nell’ordinamento elvetico

di Sergio Gerotto

Abstract: *The Swiss referendum on “self-determination initiative”: short notes on the relationship between Swiss law and international law* – The article discusses the proposal on self-determination to give Swiss law precedence over international law and treaties. In particular, it analyzes the relationship between Swiss law and international law.

Keywords: Swiss referendum; Self-determination initiative; International law.

1. Introduzione: qualche coordinata utile per comprendere l’iniziativa per l’“autodeterminazione”

Visto da fuori, quel che accade in Svizzera è spesso frutto di fraintendimenti. Per l’osservatore straniero non è infatti facile comprendere le dinamiche politiche ed istituzionali di un paese con caratteristiche talmente peculiari da renderlo sfuggente ad ogni tentativo di classificazione. Ciò non toglie, comunque, che a volte anche ciò che accade in Svizzera si palesi con la chiarezza cristallina dei fenomeni che possono facilmente essere classificati secondo modelli o categorie già consolidati. È il caso dell’iniziativa di revisione costituzionale *Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l’autodeterminazione)* votata, e rifiutata, il 25 novembre scorso. A tal proposito non sono possibili fraintendimenti. L’iniziativa si colloca nel solco dei fenomeni del sovranismo e del populismo, o sovranismo populista.

Ciò detto, sarebbe scorretto limitarsi ad una generica classificazione senza fare lo sforzo di collocare il voto del 25 novembre nel quadro delle specificità svizzere. Solo così è possibile capire il perché dell’iniziativa per l’autodeterminazione, le contraddizioni in cui incorreva e, forse, anche le ragioni del suo rigetto da parte degli elettori svizzeri. A tal proposito è utile procedere con l’ausilio di alcune coordinate: giustizia costituzionale, ed in particolare l’assenza del controllo di costituzionalità delle leggi federali (par. 2); democrazia diretta, ed in particolare la sua estensione al processo di creazione e recepimento delle norme internazionali che vincolano la Svizzera (par. 3); rapporto tra l’ordinamento interno e quello internazionale (par. 4).

Da un raffronto tra il testo della Costituzione vigente e quello che sarebbe stato se l’iniziativa fosse stata approvata (v. tabella seguente), emergono con

chiarezza i due obiettivi della modifica costituzionale proposta: affermare la supremazia della Costituzione su ogni altra fonte dell'ordinamento (art. 5 cpv. 1), ed in particolare sul diritto internazionale (art. 5 cpv. 4 e 56a); rafforzare il ruolo della volontà popolare nel processo decisionale che conduce all'approvazione dei vincoli di diritto internazionale (art. 190).

Testo vigente	Testo dell'iniziativa
Art. 5 cpv. 1 Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato.	Art. 5 cpv. 1 1 Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato. La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera.
Art. 5 cpv. 4 La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale.	Art. 5 cpv. 4 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
L'iniziativa prevedeva l'introduzione di un articolo inesistente nella Costituzione vigente, che avrebbe avuto la numerazione 56a.	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 il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.	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.
L'iniziativa prevedeva l'introduzione di una nuova disposizione transitoria contenente una clausola di retroattività.	Art. 197 n. 124 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, 56a 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.

2. Il controllo di convenzionalità come surrogato del controllo di costituzionalità

Tra le caratteristiche meglio note dell'ordinamento svizzero vi è di sicuro l'assenza del controllo di costituzionalità per le leggi federali e gli atti equiparati. Tale peculiarità non è senza riflessi sul tema che qui si esamina, quello cioè del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale.

In effetti è proprio la “lacuna” nel controllo di costituzionalità che ha spinto, o quanto meno permesso, il Tribunale federale ad estendere in via interpretativa la sua giurisdizione al cosiddetto controllo di convenzionalità, ovvero proprio il *punctum dolens* che ha condotto all'iniziativa per l'autodeterminazione. Non a caso l'evento scatenante che ha convinto l'UDC ad impegnarsi nella promozione dell'iniziativa sull'autodeterminazione è stata una decisione nella quale il Tribunale federale ha affermato, o sarebbe meglio dire riaffermato, il valore della CEDU quale parametro di giudizio per gli atti di diritto interno¹.

Quanto detto offre lo spunto per un chiarimento circa l'estensione della giustizia costituzionale in Svizzera. Il controllo di costituzionalità non è infatti del tutto assente, ed anzi esso riguarda un ampio spettro di atti (sia pur escludendo le leggi federali), ed una varia tipologia di organi che devono esercitarlo. Inoltre, non è del tutto vero che al Tribunale federale manchi del tutto la possibilità di pronunciarsi sul possibile conflitto tra una legge federale e la Costituzione.

Riguardo al primo aspetto basti richiamare le parole di Andreas Auer. « Dans un sens large », afferma Auer, « il faut entendre par juridiction constitutionnelle toute procédure de contrôle de la constitutionnalité des actes étatiques »². Applicare alla Svizzera tale definizione generale porta a ricostruire un sistema di giustizia costituzionale quanto mai ampio per due ragioni fondamentali: innanzitutto perché la locuzione « *acte étatique* » va in realtà intesa, secondo i parametri a noi più usuali, come « atto proveniente da una autorità pubblica », sia essa comunale, cantonale o federale – eccezion fatta, lo ripetiamo per le leggi federali – od anche un'autorità esercitante il potere giudiziario³; in secondo luogo perché il sistema di giustizia costituzionale adottato dall'ordinamento svizzero è un sistema diffuso, anzi, più che diffuso, perché il controllo di costituzionalità non compete solo ai giudici ma ad ogni autorità incaricata di applicare il diritto, giacché nel farlo essa ha l'obbligo di verificarne preliminarmente la conformità a Costituzione⁴.

¹ DTF 139 I 16, Il TF annulla una decisione sul rimpatrio di un macedone condannato per traffico di stupefacenti in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. In particolare per contrasto con l'art. 8 CEDU.

² A. Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basilea, 1983, 5.

³ A. Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, cit., 11 ss.

⁴ Si tratta dell'istituto noto con la definizione francese di « *contrôl préjudiciel général* » o con quella tedesca di « *allgemeines akzessorisches Prüfungsrecht* », che prima della riforma costituzionale del 1999 la dottrina traeva da una lettura a contrario del vecchio articolo 113 Cost. per cui se era vietata al Tribunale federale la verifica della costituzionalità delle leggi federali allora era ad esso – ed ad ogni altra autorità – permesso il controllo di costituzionalità di ogni altro atto (A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Bern, 2006, 671 ss.), mentre oggi la dottrina collega ad una consuetudine di natura costituzionale (A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, cit. 672). A ciò deve aggiungersi che il sistema svizzero si caratterizza per essere diffuso non solo all'interno dei confini nazionali, ma anche a livello internazionale. La dottrina svizzera include infatti nella « *jurisdiction constitutionnelle* » anche l'azione delle Corti internazionali, ed in particolare quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nel vigilare sul rispetto della Convenzione

Ho poco sopra dichiarato non essere del tutto vera l'affermazione secondo la quale le leggi federali sarebbero sottratte al controllo di costituzionalità da parte del Tribunale federale. Storicamente tale limitazione imposta alla Corte di Losanna è stata tratta dall'articolo 113 c. 3 della Cost. 1874⁵, disposizione oggi ripresa dall'articolo 190 Cost., secondo il quale « *le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto* ». In tale disposizione, è stato possibile vedere sia un obbligo d'applicazione di talune fonti (*Anwendungsgebot*) sia un divieto di esaminarne la conformità a Costituzione (*Prüfungsverbot*). Per molto tempo il secondo dei due approcci è prevalso tanto nella dottrina come nella giurisprudenza. Fino al 1969, infatti, il Tribunale federale riteneva irricevibili i ricorsi contro una legge federale per presunte violazioni del diritto costituzionale. Dal 1969 è però iniziata un'evoluzione che ha dapprima temperato, e poi anche superato, l'interpretazione che traeva dall'art. 113 c. 3 Cost. 1874 un *Prüfungsverbot*⁶. In un primo tempo i giudici di Losanna hanno sviluppato la teoria dell'interpretazione conforme, la quale permetteva loro un certo margine di manovra nei confronti delle leggi federali che si prestavano a diverse interpretazioni. In tali casi, pur partendo da una presunzione di conformità a Costituzione, i giudici avevano la possibilità di sviluppare soluzioni alternative a quelle che emergevano dalla lettera o dallo spirito della legge come incostituzionali.⁷ Ulteriori passi verso una più compiuta giurisdizione costituzionale sono stati compiuti nel 1991 e nel 1993. Nel 1991 il Tribunale federale ha espressamente affermato che la disposizione di cui all'art. 113 c. 3 Cost. 1874 non contiene un *Prüfungsverbot* bensì un *Anwendungsgebot*. Se dunque è vero, affermano i giudici federali, che essi sono obbligati ad applicare le leggi federali – e il diritto internazionale –, ciò non sottrae loro la possibilità di esaminare, pur senza emettere sanzione alcuna, la conformità di tali atti alla Costituzione⁸. Nel 1993 per la prima volta il Tribunale federale ha disapplicato una legge federale in quanto contraria ad un trattato internazionale⁹, ed aprendo la strada ad una giurisprudenza che impedisce allo stesso Tribunale federale di applicare una legge federale qualora essa violi un diritto fondamentale garantito da una convenzione internazionale, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU). Si è così confermata una prassi che la dottrina aveva già da

europea dei diritti dell'uomo esercita di fatto anche un controllo di costituzionalità di un ampio ventaglio di atti delle autorità svizzere, siano esse comunali, cantonali o federali (Cfr. M. Hottellier, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne, 1985. V. anche A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, cit. 651.

⁵ « In tutti questi casi però il Tribunale federale prenderà a norma le leggi emanate dall'Assemblea federale e le risoluzioni della medesima di carattere obbligatorio generale, come pure i trattati da lei ratificati ».

⁶ L'evoluzione cui si accenna è ben descritta in A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, 653 ss.

⁷ DTF 95 I 330. Vedi anche 122 III 469 e 119 Ia 141.

⁸ DTF 117 Ib 367, ed in seguito 118 Ia 341, 119 V 271, 122 V 83 e altre.

⁹ DTF 119 V 171.

tempo definito come « *contrôle de la conventionnalité* »¹⁰ delle leggi federali. Tale evoluzione giurisprudenziale è di estrema rilevanza per almeno due ordini di ragioni: da una parte perché dimostra che nell'ordinamento svizzero è avvertito un certo disagio a causa della mancanza di un controllo di costituzionalità delle leggi federali a fronte degli *standards* imposti dal diritto internazionale pattizio (CEDU)¹¹; dall'altra perché dimostra, come dicevamo poco sopra, che nella realtà non vi è una totale assenza del controllo di costituzionalità delle leggi federali in Svizzera.¹²

In ultima analisi, dunque, se il Tribunale federale si è spinto fino a fare della CEDU un parametro per esercitare “*intra moenia*” una forma di controllo delle leggi federali è anche a causa dell'assenza del controllo di costituzionalità. Un po' come dire che il Tribunale federale non ha voluto abdicare del tutto ad un ruolo che altrimenti avrebbe assunto in via esclusiva la Corte EDU.

3. Democrazia diretta e diritto internazionale

Anche per delineare i tratti di questa seconda coordinata mi pongo una semplice domanda: gli elettori svizzeri, o più latamente cittadini svizzeri, hanno la possibilità di incidere sulla formazione delle norme di diritto internazionale pattizio che vincolano la Svizzera?

Va subito detto che in pochi altri ordinamenti gli elettori sono chiamati così spesso ad esprimere il proprio voto, mediante l'istituto del referendum, sugli atti adottati dalle autorità o sulle iniziative presentate dagli elettori stessi organizzati in comitati promotori. Questa caratteristica ha permesso di definire il modello svizzero come un sistema di “democrazia semi-diretta”. In altre parole, il potere decisionale non è interamente delegato alle istituzioni rappresentative, ed il popolo conserva l'ultima parola praticamente in ogni ambito della vita organizzata, a livello comunale, cantonale e federale.

Il sistema di democrazia semi-diretta si completa con una serie di istituti partecipativi, quali la consultazione in fase pre-parlamentare di tutti i soggetti interessati all'atto in formazione (art. 147 Cost.) o la partecipazione dei Cantoni alla politica estera della Confederazione (art. 55 Cost.). Sono infatti questi istituti che garantiscono il regolare funzionamento del sistema ed il giusto equilibrio tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa.

¹⁰ M. Hottellier, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne, 1985, 125.

¹¹ A tal proposito, M. Borghi, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 447, sottolinea che non è un caso se si è avvertita l'esigenza prevedere come motivo speciale di revisione delle sentenze federali e cantonali la condanna della Svizzera in sede europea (cfr. art. 139a c. 1 Legge federale sull'organizzazione giudiziaria, RS 173.110, introdotto nel 1991).

¹² Riguardo l'influenza recente della CEDU sulla giurisprudenza del Tribunale federale si veda M. Borghi, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 441 ss., oltre ai periodici rapporti sulla pratica svizzera in materia di diritti dell'uomo pubblicati in *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht (SZIER)*.

In questo complesso sistema la formazione del diritto internazionale pattizio non viene riservata in via esclusiva al circuito della democrazia rappresentativa. La Costituzione prevede infatti che alcuni trattati siano obbligatoriamente sottoposti al voto di popolo e Cantoni (art. 140 c. 1 lett. b)¹³, mentre per altri sia possibile attivare il referendum popolare su richiesta di 50 mila elettori o 8 Cantoni (art. 141 c. 1 lett. d)¹⁴.

I trattati internazionali più “problematici”, quelli cioè che potrebbero imporre limitazioni alla sovranità statale, sono sempre sottoposti, o comunque sottoponibili, a referendum. Certo, alcuni trattati oggi in vigore, ed in particolare la CEDU, sono stati approvati in un momento in cui le regole ora descritte non prevedevano la sottoposizione a referendum per la tipologia di accordo in cui essi ricadono. Oggi però anche la CEDU sarebbe sottoposta a referendum, e comunque, dopo la sua approvazione da parte della Svizzera nel 1974, molti protocolli aggiuntivi lo sono stati¹⁵.

Come dicevo poc’anzi, gli istituti di democrazia diretta si completano con la previsione di uno strumento partecipativo nella fase di preparazione degli atti statali. L’art. 147 Cost. prevede infatti che “*i Cantoni, i partiti politici e gli ambienti interessati sono consultati nell’ambito della preparazione di importanti atti legislativi e di altri progetti di ampia portata, nonché su importanti trattati internazionali*”. Qui il riferimento al diritto internazionale è molto generico. Non ritroviamo la classificazione fatta negli articoli 140 e 141, ma un semplice rinvio ad “importanti trattati internazionali”. La genericità della definizione dà certamente alle autorità federali un ampio margine di apprezzamento per decidere quali trattati sottomettere a consultazione e quali no, ma in linea generale possiamo ritenere che sfuggano alla procedura di consultazione i trattati conclusi in forma semplificata dal Consiglio federale, mentre possono esserlo quelli approvati dall’Assemblea federale.

L’intervento popolare nel processo decisionale che conduce la Svizzera a vincolarsi nell’ordinamento internazionale non è dunque marginale. Anzi, va rilevato anche che la capacità di influenzare le decisioni delle autorità si estende al di là del semplice impiego degli strumenti cui ho appena fatto cenno. L’influenza è infatti intrinseca al sistema, giacché le autorità sono portate ad agire tenendo conto dei possibili esiti di un eventuale referendum.

4. Il rapporto diritto internazionale e diritto nazionale in Svizzera

¹³ Nello specifico i trattati che prevedono l’adesione a organizzazioni di sicurezza collettiva o a comunità sopranazionali.

¹⁴ I trattati internazionali di durata indeterminata e non denunciabili, quelli che prevedono l’adesione ad un’organizzazione internazionale, e quelli che includono disposizioni importanti contenenti concrete norme giuridiche o per l’attuazione dei quali è necessaria l’emanazione di leggi federali.

¹⁵ È il caso del Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004, che ha introdotto numerose modifiche al sistema di controllo della Convenzione.

In estrema sintesi il sistema che regola il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale in Svizzera si fonda su una regola generale, una eccezione e una eccezione all'eccezione¹⁶.

La regola generale prevede un primato non assoluto del diritto internazionale. Nel rapporto tra diritto interno e diritto internazionale la Svizzera adotta un approccio di tipo monistico, con una tendenza a riconoscere in certe situazioni il primato del diritto internazionale su quello interno. Si tratta di un sistema monistico perché con il loro ingresso nell'ordinamento interno le norme di diritto internazionale diventano a tutti gli effetti diritto nazionale, e come tali sono direttamente valide ed applicabili o, detto in altri termini, possono essere invocate in giudizio dai cittadini¹⁷. La diretta applicabilità non è comunque automatica. In effetti, una norma di diritto internazionale può essere direttamente applicabile se è sufficientemente concreta da formare la base per una decisione,¹⁸ e se sussiste un elevato interesse alla tutela dell'individuo. Se tali condizioni non sono riscontrabili, il Tribunale federale solitamente adotta un approccio deferente nei confronti del legislatore, a cui spetta di operare le scelte che concretizzano il diritto internazionale.

Che il sistema sia di tipo monistico non risolve il problema di eventuali conflitti tra norme di diritto interno e norme di diritto internazionale. Tali conflitti possono riguardare norme di rango costituzionale e norme di rango legislativo. La Costituzione non offre una soluzione definitiva. Esiste però un punto fermo: il diritto internazionale cogente (*ius cogens*) ha il primato assoluto, e ciò è confermato da una costante giurisprudenza del Tribunale federale¹⁹. Inoltre, essendo le iniziative popolari di revisione costituzionale soggette al limite dello *ius cogens*, non si vede perché al legislatore dovrebbe essere permesso ciò che non è permesso al popolo. Nel caso invece il conflitto riguardi una norma di diritto internazionale

¹⁶ In seguito al moltiplicarsi di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, nel 2008 il Consiglio federale è stato chiamato ad esaminare in maniera approfondita la relazione tra il diritto interno ed i vincoli di diritto internazionale cui è soggetta la Svizzera. Cfr. *La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, Rapporto del Consiglio federale in adempimento dei postulati 07.3764 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 16 ottobre 2007 e 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 20 novembre 2008 del 5 marzo 2010*, FF 2010, p., 2015 ss. I risultati della relazione sono poi stati ripresi nel messaggio del Consiglio federale concernente l'iniziativa popolare «*Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)*» del 5 luglio 2017, FF 2017, p. 4617.

¹⁷ È possibile rinvenire traccia del riconoscimento della diretta validità già nella primissima giurisprudenza del Tribunale federale. Cfr. DTF 3 270, 285-286 (nel 1877); 7 774, 781-782 (nel 1881); 27 I 192, 194 (nel 1901).

¹⁸ Come ben precisa il Consiglio federale, “*Affinché i privati possano far valere diritti risultanti da disposizioni del diritto internazionale, secondo il parere concorde del Tribunale federale e del Consiglio federale occorre che tali disposizioni siano formulate in modo sufficientemente assoluto e chiaro nel contesto globale e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato, in modo che possano produrre un effetto diretto ed essere applicate in un caso concreto o fornire la base per una decisione in un simile caso*”, Relazione 2008, 2052. I concordi pareri sono rintracciabili nelle seguenti decisioni, pareri e perizie: DTF 129 II 249, 257 consid. 3.3; 124 III 90, 91 consid. 3a; Parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54, 403; Perizia della Direzione del diritto internazionale del 4 marzo 1998, GAAC 64.21, 273 ss.

¹⁹ Per citare una sola significativa decisione, DTF 125 II 417, ad esempio, di cui diremo di qui appresso.

non rientrante nella categoria dello *ius cogens*, le cose cambiano a seconda del rango della norma confliggente. Se il conflitto intercorre con una norma di rango costituzionale, è quest'ultima a dover essere applicata²⁰. Se invece il conflitto è con una norma di rango legislativo non è possibile dare una risposta univoca. Ogni autorità chiamata ad applicare il diritto, non solo i giudici, avrà infatti un margine d'apprezzamento per decidere se dare preferenza al principio del primato del diritto internazionale o alla legge federale²¹.

Nella sua relazione del 2008 il Consiglio federale ha volutamente accantonato il problema del potenziale conflitto tra una norma di diritto internazionale ed una norma di diritto costituzionale ad essa cronologicamente successiva. Il problema non era d'attualità nel 2008, ma lo è di sicuro oggi, in particolare perché è proprio su un conflitto di questo tipo che si è innestata la vicenda che ha condotto all'iniziativa sull'autodeterminazione. In effetti, nella decisione del Tribunale federale 139 I 16 viene proprio posta la questione del conflitto tra una norma internazionale pattizia, nello specifico l'art. 8 CEDU, ed una norma di diritto costituzionale introdotta posteriormente su iniziativa popolare²².

Appare evidente che l'origine popolare della norma costituzionale fa sì che il problema del conflitto s'intrecci con quello del rispetto della volontà popolare da parte dei giudici. A tal proposito, va detto che la Costituzione pone dei limiti alle iniziative popolari, che possono essere dichiarate nulle dall'Assemblea federale in tutto o in parte se contraddicono il diritto internazionale cogente (art. 139 c. 3 Cost.). Il vaglio preventivo dell'Assemblea federale è comunque a maglie molto larghe, giacché viene utilizzata la tecnica dell'interpretazione conforme. Sono cioè dichiarate nulle le iniziative per le quali non è possibile alcuna interpretazione conforme al diritto internazionale con cui potenzialmente entrano in conflitto. È dunque piuttosto raro che una iniziativa venga annullata, essendo statisticamente sempre possibile trarne almeno una interpretazione conforme.

Il fatto che l'Assemblea federale proceda ad un controllo preventivo su una iniziativa popolare non elimina la possibilità che in seguito alla sua eventuale approvazione il Tribunale federale si trovi a giudicare su un caso che prevede l'applicazione del diritto costituzionale così introdotto, come è stato per la decisione in commento. In estrema sintesi, in quell'occasione il Tribunale federale ha annullato una decisione dell'Ufficio migrazione del Cantone Turgovia sul rimpatrio di un macedone condannato per traffico di stupefacenti in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito, ed in particolare per contrasto con l'art. 8 CEDU. Nella sua argomentazione, il Tribunale federale ha ritenuto che la normativa costituzionale non potesse applicarsi direttamente in quanto troppo

²⁰ *La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale*, cit., 2061, in particolare nt. 53.

²¹ *La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale*, cit., 2061.

²² Nello specifico l'art. 121 Cost., come modificato in seguito all'approvazione dell'Iniziativa popolare "per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)", approvata da popolo e Cantoni il 28.11.2010. L'articolo prevede oggi l'espulsione dello straniero per una serie di reati gravi, quali il traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani, violenza ed altro, lasciando però al legislatore il compito di definire le fattispecie aggiungendone eventualmente altre.

indeterminata ed in contrasto con vari principi della Costituzione e con. Per tale ragione, sostengono i giudici di Losanna, spetta al legislatore darvi attuazione “riequilibrando” i valori costituzionali in gioco.

Il controllo di convenzionalità presuppone, com'è logico, la prevalenza del diritto internazionale, o perlomeno parte di esso, sul diritto interno. Si tratta, in buona sostanza, dell'applicazione del criterio gerarchico nel caso di antinomia tra due norme appartenenti ad ordinamenti diversi ma che si compenetrano. Tale criterio non è però sempre sufficiente. A volte può essere utile intrecciare il criterio gerarchico con quello cronologico, soprattutto laddove il conflitto si instaura tra norme delle quali una, quella interna, ha una forte legittimazione democratica. Può infatti avvenire che il legislatore, con il supporto del corpo elettorale, intervenga posteriormente alla ratifica di un accordo internazionale, con la precisa volontà di disciplinare una materia in modo difforme da quanto stabilito dall'accordo stesso. In questi casi il Tribunale federale fa ricorso ad un principio che esso stesso ha enucleato già agli inizi degli anni '70 del secolo scorso. La giurisprudenza Schubert stabilisce la prevalenza “*ove sussista un autentico conflitto*”, [...] “*del diritto internazionale, sia esso anteriore o posteriore alla norma del diritto interno. La possibilità d'una eventuale e consapevole deroga da parte del legislatore, fonte suprema del diritto interno, consente di mitigare certi rigori e di salvaguardare in pratica determinati imperiosi interessi*”²³. Si tratta dunque di una eccezione al principio del primato del diritto internazionale.

La posizione del Tribunale federale in tema di rapporti tra diritto interno e diritto internazionale ha evidentemente lo scopo di preservare le prerogative del sistema democratico svizzero, che com'è noto ha una forte legittimazione democratica. Ma la ricostruzione dei criteri che regolano tali rapporti è più complessa di una mera combinazione dei due criteri gerarchico e di competenza. In effetti, tra le variabili entra anche il rapporto tra *corpus* giurisprudenziali diversi, e in particolare tra quella del Tribunale federale e quella della CGCE. La Corte di Losanna tiene infatti in debita considerazione la giurisprudenza comunitaria al fine di garantire una uniformità di situazioni tra gli Stati membri UE, da una parte, e tra questi e la Svizzera, dall'altra (142 II 35).

Dicevo che il sistema si completa con una eccezione all'eccezione. In sostanza, ci sono casi in cui la giurisprudenza Schubert non si applica. È il caso dell'Accordo sul libero scambio (ALC), per il quale il Tribunale federale ha già stabilito in passato che esso ha la primazia sul diritto interno, anche quando la legge sia frutto di una deliberata scelta del legislatore difforme dai contenuti dell'accordo. In altre parole, la dottrina Schubert non si applica all'ALC perché, ritiene il Tribunale federale, “*L'intero ALC è improntato alla realizzazione della libera circolazione. Orbene, questa libertà viene espressamente qualificata dal regolamento n. 1612/68, terzo considerando introduttivo, quale diritto fondamentale*” [e] “*ciò porta ad assimilare l'art. 9 cpv. 2 allegato I ALC alle norme di diritto internazionale che hanno per scopo la tutela dei diritti dell'uomo, e induce di conseguenza ad esprimersi in favore di*

²³ DTF 99 Ib 39

una sua prevalenza sulle disposizioni di legge federali”²⁴. La giurisprudenza Schubert non è cioè applicabile agli accordi che mirano alla tutela dei diritti dell’uomo, ed il legislatore non ha, pertanto, la possibilità di derogarvi, sia pur espressamente e consapevolmente.

Diverso è il caso della decisione DTF 139 I 16, nella quale il Tribunale federale ha annullato una decisione cantonale di rimpatrio di un cittadino un macedone condannato per traffico di stupefacenti in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. In particolare per contrasto con l’art. 8 CEDU.

Per il Tribunale federale i risultanti dall’iniziativa sul rimpatrio non possono applicarsi direttamente perché la normativa è troppo indeterminata ed in contrasto con vari principi della Costituzione. Per tale motivo, sostengono i giudici di Losanna, spetta al legislatore darvi attuazione “riequilibrando” i valori costituzionali in gioco.

5. Alcune contraddizioni dell’iniziativa per l’“autodeterminazione”

Il titolo completo dell’iniziativa per l’“autodeterminazione”, era «*Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l’autodeterminazione)*». Lo ricordo perché è utile misurarne gli obiettivi dichiarati rispetto a quelli che potenzialmente avrebbe potuto produrre.

Alla luce di quanto ho succintamente descritto nelle pagine precedenti, una prima contraddizione è forse più evidente all’osservatore straniero che non a quello autoctono, a causa di una distorsione cognitiva che porta ad enfatizzare gli aspetti negativi dell’ambiente in cui viviamo relativizzando quelli positivi. La presenza di strumenti partecipativi e co-decisionali nel processo di adozione delle decisioni che conducono al vincolo internazionale è molto ampia (par. 3). Non è dato riscontrare in altri ordinamenti democratici una tale latitudine di possibilità offerte al popolo di intervenire nel processo decisionale che conduce all’approvazione dei trattati. Non si può dunque dire che in Svizzera gli obblighi internazionali siano calati dall’alto, e non si capisce perché dovrebbe essere (ri)messo in discussione a posteriori ciò che è stato deciso preventivamente con modalità partecipate. *Rectius*, si capisce perfettamente che il problema non è il diritto internazionale in sé, ma piuttosto l’applicazione che ne viene data all’interno dell’ordinamento nazionale. Ora, siccome le modalità applicative sono state definite dal Tribunale federale in via giurisprudenziale, il problema, visto dalla prospettiva dei promotori dell’iniziativa, sta proprio nel Tribunale federale. Come acutamente rileva Pascal Mahon²⁵, il senso dell’iniziativa non era quello di limitare il margine di

²⁴ DTF 133 V 367, 388. Nel caso di specie si trattava di un contrasto tra ALC e LADI circa le ragioni che possono legittimamente consentire una esenzione dall’obbligo contributivo per l’assicurazione contro la disoccupazione. Il problema toccava i diritti di un cittadino svizzero che per motivi di salute si era licenziato e stabilito temporaneamente all’estero. Il Tribunale federale ha nella fattispecie interpretato la normativa interna alla luce della definizione di “vantaggi sociali” contenuta nell’ALC, concludendone che non sarebbe stato possibile discriminare un cittadino svizzero nei confronti di uno comunitario richiedendo il requisito del domicilio per il godimento dell’esenzione dall’obbligo contributivo.

²⁵ *Les contradictions de l’initiative pour l’autodétermination*, in *Plaidoyer* 04/2018 del 27 agosto 2018, intervista raccolta da Suzanne Pasquier

apprezzamento dei giudici stranieri, ma piuttosto quello del Tribunale federale. Si spiega così anche una seconda contraddizione in dell'iniziativa sull'“autodeterminazione”, quella di voler affermare la supremazia della Costituzione senza prevedere espressamente il controllo di costituzionalità delle leggi federali. Quale occasione sarebbe stata migliore compiere finalmente questa scelta?

Spostandosi dalle intenzioni al piano del diritto positivo, poi, l'iniziativa soffriva di una serie di contraddizioni, ed incongruenze, che ne avrebbero reso difficile in concreto l'applicazione. Un primo problema attiene alle categorie che sarebbero state introdotte. In particolare, l'art 56a prevedeva quanto segue:

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.

Anche ad un esame sommario vengono in mente una serie di interrogativi di non facile soluzione. Cosa si sarebbe dovuto intendere per “contraddizione”? A chi sarebbe spettato rilevare le eventuali contraddizioni ed eventualmente la decisione di denunciare un trattato? E cosa fare nei casi di un eventuale accordo in cui una sola singola norma contraddicesse il diritto interno? Un po' come dire l'equivalente giuridico del detto “buttare via il bambino con l'acqua sporca”.

Ancora più problematica, però, era la distinzione di regime introdotta tra “trattati il cui decreto di approvazione sia stato sottoposto a referendum” e tutti gli altri. I primi sarebbero stati “determinanti” per il Tribunale federale, che avrebbe quindi avuto l'obbligo di applicarli, per gli altri sarebbe invece scattato l'obbligo, peraltro retroattivo, di controllo, eventuale tentativo di rinegoziazione ed eventuale, infine, denuncia.

Soprascedendo sui problemi conseguenti alla retroattività di una tale previsione, c'è da chiedersi quale strada si sarebbe dovuta percorrere per quei trattati ormai ibridati per le modifiche intercorse dopo la loro prima approvazione. Basti pensare alla CEDU, di cui ho già detto. Approvata senza essere stata sottoposta a referendum, e già più volte modificata. Come si sarebbe dovuto procedere in questi casi? Le opzioni sarebbero state probabilmente tre: 1) opzione “evolutiva”, considerare l'intero trattato come sottoposto a referendum; 2) opzione “originalista”, considerare il trattato come non sottoposto a referendum; 3) opzione “di fantasia”, scorporare le norme originarie da quelle le cui modifiche avevano passato il “vaglio” referendario e trattarle distintamente. L'opzione 3) essendo per ovvi motivi impraticabile, sarebbero rimaste le prime due, e la scelta tra l'una e l'altra sarebbe stata, di volta in volta, politica. Non credo si sbagli di molto a ritenere che per i promotori dell'iniziativa il trattamento da riservare alla CEDU sarebbe stato quello del controllo, rinegoziazione ed eventuale denuncia. E forse era proprio questo lo scopo, neppure tanto velato, dell'iniziativa.