

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

Onorevoli presidenti e consiglieri,

in adempimento dei postulati 07.3764 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati e 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale vi sottoponiamo il presente rapporto.

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

5 marzo 2010

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Doris Leuthard
La cancelliera della Confederazione, Corina Casanova

Compendio

In adempimento dei postulati della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati e della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale, il presente rapporto illustra la relazione tra diritto internazionale e diritto interno, e più in particolare la relazione tra le iniziative popolari e il diritto internazionale. In considerazione dell'aumento delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, tale questione è di particolare attualità.

Per esaminare la collocazione che il diritto internazionale ha rispetto al diritto interno sono importanti tre aspetti. Occorre innanzitutto sapere se il diritto internazionale ha validità immediata a livello interno (sistema monistico) o se deve essere dapprima trasposto in diritto interno (sistema dualistico). In secondo luogo occorre stabilire se i tribunali applicano il diritto internazionale direttamente o soltanto se il legislatore l'ha trasposto in una legge. Infine, va accertato se in caso di conflitto il diritto internazionale prevale sul diritto interno o viceversa.

Un'analisi di diritto comparato mostra che il modo di affrontare questi aspetti varia da Stato a Stato. Per ragioni pratiche, anche gli Stati con un sistema dualistico applicano di regola direttamente, ossia senza trasposizione, il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto. D'altro canto alcuni Stati monistici limitano l'applicazione diretta del diritto internazionale rendendo necessario un atto del Parlamento affinché le regole internazionali esplichino il loro effetto sul piano interno. Una soluzione che, in fondo, equivale a una trasposizione. Inoltre, in nessuno Stato il diritto internazionale prevale senza restrizioni sul diritto interno: in caso di conflitto tra norme interne e internazionali, vengono applicati meccanismi di ponderazione degli interessi. Per quanto possibile si cerca di evitare un conflitto interpretando il diritto interno in modo conforme al diritto internazionale.

Sostanzialmente la Svizzera non si distingue dagli altri Stati nella collocazione assegnata nel suo ordinamento al diritto internazionale. Ciò vale soprattutto per la cosiddetta «giurisprudenza Schubert». La particolarità della Svizzera risiede tuttavia nell'istituto dell'iniziativa popolare, che pone problemi di applicazione sconosciuti agli altri Stati.

La Svizzera fa parte degli Stati di tradizione monistica, in cui il diritto internazionale acquisisce validità diretta sul piano interno. Il diritto internazionale è applicabile direttamente se è sufficientemente preciso per fondare una decisione in un caso concreto. Di regola esso prevale sul diritto interno e, si cercano di evitare i conflitti per quanto possibile, interpretando il diritto interno in modo conforme al diritto internazionale. Se l'Assemblea federale deroga intenzionalmente al diritto internazionale, il Tribunale federale è vincolato – come afferma la giurisprudenza Schubert – a tale decisione in virtù della separazione dei poteri. Un'eccezione a questo principio è costituita dalle norme sui diritti fondamentali sancite a livello internazionale, in particolare dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Abbandonare questo sistema che ha dato buoni risultati non porterebbe alcun vantaggio concreto. Un passaggio al dualismo non esimerebbe la Svizzera dal dovere di soddisfare i suoi obblighi internazionali. Sancire la giurisprudenza Schubert in una legge impedirebbe al Tribunale federale di decidere anche in futuro caso per caso, dopo aver proceduto a un'accurata ponderazione degli interessi e di continuare a sviluppare questa giurisprudenza. La possibilità di adire il Tribunale federale per tutte le decisioni che concernono il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno, al fine di garantire una giurisprudenza uniforme, vanificherebbe gli sforzi tesi a sgravare l'Alto Tribunale. Inoltre sarebbe difficile spiegare perché il Tribunale federale dovrebbe esaminare tutti i ricorsi concernenti questo ambito, mentre la stessa possibilità è esclusa in caso di violazione dei diritti costituzionali. Il presente rapporto non esamina l'eventuale estensione della giurisdizione costituzionale. Tale questione sarà analizzata nel quadro delle iniziative parlamentari Studer Heiner 05.445 e Müller-Hemmi 07.476.

Per quanto riguarda l'eventuale conflitto tra un'iniziativa popolare e il diritto internazionale – problema specifico della Svizzera – le prime possono essere dichiarate nulle soltanto se violano le norme cogenti del diritto internazionale. In questa nozione rientrano poche norme fondamentali, quali il divieto di genocidio, di tortura o di schiavitù. Dal 1990 sono in aumento le iniziative popolari che violano il diritto internazionale non cogente. Queste iniziative devono essere dichiarate valide. Se vengono approvate, per applicarle occorre in seguito risolvere la questione del conflitto con il diritto internazionale, questione che è divenuta di particolare attualità dopo la recente approvazione dell'iniziativa «Contro l'edificazione di minareti»

La prassi dell'Assemblea federale mira a giungere a un'attuazione delle iniziative popolari conforme al diritto internazionale che tenga per quanto possibile conto della volontà degli autori dell'iniziativa. Se necessario, gli accordi internazionali non compatibili con l'iniziativa dovrebbero, laddove possibile, essere rinegoziati oppure denunciati.

Nel complesso la disciplina attuale ha dato buoni risultati e nella prassi ha solo raramente dato adito a problemi rilevanti. Nella maggior parte dei casi essa lascia all'Assemblea federale un margine di manovra sufficiente per trovare una soluzione soddisfacente. Il Consiglio federale ritiene pertanto che non siano necessarie modifiche sostanziali della disciplina attuale. Tuttavia non nega che vi siano determinati problemi.

Occorre quindi chiedersi se sottoporre la validità o la concretizzazione delle iniziative popolari a ulteriori limitazioni oltre a quelle imposte dalle disposizioni cogenti del diritto internazionale. Il riferimento a un criterio generale, ad esempio l'importanza particolare di un accordo internazionale, sarebbe troppo poco preciso. Includere nei motivi di nullità le garanzie procedurali e i diritti fondamentali del diritto internazionale oppure elencare le norme o gli accordi di diritto internazionale da rispettare, ad esempio le disposizioni importanti della CEDU, causerebbe difficoltà analoghe. A un esame più attento questi criteri sollevano numerose questioni giuridiche e politiche e non permettono di risolvere in modo semplice e veloce il problema del conflitto tra iniziative popolari e diritto internazionale. Ciononostante il Consiglio federale non intende escludere tali soluzioni dal dibattito. Ma prima di

esprimersi in merito all'estensione delle limitazioni materiali ritiene opportuno analizzare in modo più approfondito le conseguenze di una siffatta misura e di valutarne l'attuabilità. Incaricherà pertanto l'Ufficio federale di giustizia, la direzione del diritto internazionale pubblico e la Cancelleria federale di esaminare tali questioni.

Indice

Compendio	2016
1 Introduzione	2022
2 L'importanza del diritto internazionale	2024
3 Legittimazione interna del diritto internazionale	2026
4 Le norme di diritto internazionale	2029
4.1 Panoramica	2029
4.2 Trattati internazionali	2030
4.3 Diritto internazionale consuetudinario	2032
4.4 Principi generali del diritto	2033
4.5 Atti giuridici unilaterali	2033
4.6 Giurisprudenza e dottrina come mezzi ausiliari	2034
4.7 La gerarchia delle norme di diritto internazionale	2034
5 La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale in generale	2036
5.1 Introduzione	2036
5.2 Validità	2036
5.3 Applicabilità	2037
5.4 Rango	2038
6 Conseguenze della violazione del diritto internazionale	2039
6.1 Verifica della conformità con il diritto internazionale	2039
6.2 La responsabilità internazionale e le sue conseguenze concrete	2040
7 La relazione tra diritto internazionale e diritto interno in alcuni Stati scelti	2042
7.1 Introduzione	2042
7.2 Repubblica federale di Germania	2042
7.2.1 Validità	2042
7.2.2 Applicabilità	2043
7.2.3 Rango	2043
7.2.4 Verifica giudiziaria	2043
7.3 Francia	2044
7.3.1 Validità	2044
7.3.2 Applicabilità	2044
7.3.3 Rango	2044
7.3.4 Verifica giudiziaria	2045
7.4 Regno Unito	2045
7.4.1 Validità	2045
7.4.2 Applicabilità	2046
7.4.3 Rango	2046
7.4.4 Verifica giudiziaria	2046

7.5 Stati Uniti d'America	2046
7.5.1 Validità	2047
7.5.2 Applicabilità	2047
7.5.3 Rango	2047
7.5.4 Verifica giudiziaria	2048
7.6 Svezia	2048
7.6.1 Validità	2048
7.6.2 Applicabilità	2049
7.6.3 Rango	2049
7.6.4 Verifica giudiziaria	2049
7.7 India	2049
7.7.1 Validità	2050
7.7.2 Applicabilità	2050
7.7.3 Rango	2050
7.7.4 Verifica giudiziaria	2051
7.8 Riassunto	2051
8 La relazione tra diritto internazionale e diritto interno in Svizzera	2052
8.1 Introduzione	2052
8.2 Validità	2053
8.3 Applicabilità	2054
8.4 Rango	2055
8.5 Interpretazione conforme al diritto internazionale	2057
8.6 Conflitti di norme	2058
8.6.1 Conflitto tra diritto internazionale e Costituzione federale	2059
8.6.2 Conflitto tra diritto internazionale e leggi federali	2061
8.7 Relazione tra diritto internazionale e iniziative popolari	2064
8.7.1 Iniziative popolari contrarie alle disposizioni cogenti del diritto internazionale	2064
8.7.1.1 Diritto internazionale cogente	2064
8.7.1.2 Interpretazione conforme al diritto internazionale	2066
8.7.1.3 Nullità parziale ed elaborazione di un controprogetto	2067
8.7.2 Iniziative popolari contrarie al diritto internazionale non cogente	2067
8.8 Verifica giudiziaria	2069
9 Questioni aperte e opzioni	2070
9.1 Introduzione	2070
9.2 Passaggio dal monismo al dualismo	2071
9.3 Disciplina del primato nella Costituzione federale	2072
9.3.1 In funzione dell'importanza materiale	2073
9.3.2 In funzione della legittimazione democratica	2073
9.3.3 Preminenza del diritto costituzionale più recente	2074
9.3.4 Codificazione della giurisprudenza Schubert	2074
9.4 Integrazione dell'articolo 190 Cost.	2076
9.5 Accesso al Tribunale federale per questioni concernenti la relazione tra diritto internazionale e diritto interno	2077

9.6 Chiarimento della relazione tra il diritto internazionale e le iniziative popolari	2079
9.6.1 Estensione dei motivi di nullità	2080
9.6.1.1 Introduzione	2080
9.6.1.2 Violazione di disposizioni di diritto internazionale di vitale importanza per la Svizzera	2082
9.6.1.3 Violazione di disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani (iniziativa parlamentare 07.477)	2083
9.6.1.4 Elenco delle norme o dei trattati internazionali (importanti) (postulato 08.3765)	2084
9.6.1.5 Inattuabilità politica o giuridica	2085
9.6.2 Esame preliminare della validità di iniziative popolari	2086
9.6.2.1 Parere consultivo prima della raccolta delle firme per un'iniziativa (postulato 09.3118)	2086
9.6.2.2 Parere consultivo dopo la riuscita dell'iniziativa	2087
9.6.2.3 Obbligo di controprogetto a iniziative popolari nulle o contrarie al diritto internazionale	2088
9.6.3 Riassunto	2089
10 Conclusioni	2089

Rapporto

1 Introduzione

Il presente rapporto risponde al postulato 07.3764 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 16 ottobre 2007, accolto l'11 dicembre 2007, e al postulato 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 20 novembre 2008, accolto l'11 marzo 2009.

Il postulato della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati ha il seguente tenore:

«Il Consiglio federale è incaricato di presentare al Parlamento un rapporto in cui:

- a. illustra il valore del diritto internazionale per la Svizzera e all'interno del nostro ordinamento giuridico;*
- b. si esprime sull'opportunità di sostituire il sistema monistico con un sistema dualistico e precisa quali sarebbero i vantaggi e gli inconvenienti di tale cambiamento;*
- c. evidenzia il rapporto tra il diritto internazionale e il diritto nazionale e si esprime in particolare sulla prosecuzione della «giurisprudenza Schubert» e della sua eventuale fissazione nella legge;*
- d. precisa se ritiene che le decisioni di autorità inferiori sul rapporto tra il diritto internazionale e il diritto nazionale debbano poter essere sottoposte in tutti i casi al Tribunale federale al fine di garantire una giurisprudenza uniforme.»*

Il postulato della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale ha il seguente tenore:

«Il Consiglio federale è incaricato di presentare un rapporto che integri quello chiesto dalla Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati mediante il postulato 07.3764, «Rapporto fra il diritto internazionale e il diritto nazionale», e che risponda alle domande seguenti:

- Che cosa fare dinanzi al fatto che sempre più iniziative popolari depositate non possono essere attuate o possono esserlo solo parzialmente perché, pur non contravvenendo alle disposizioni cogenti del diritto internazionale, comporterebbero una violazione dei diritti costituzionali fondamentali o del diritto internazionale?*
- Quali sarebbero le conseguenze dell'estensione della nozione di «diritto internazionale cogente» a disposizioni importanti della CEDU sulla dichiarazione di validità delle iniziative popolari da parte del Parlamento?»*

Il presente rapporto risponde inoltre al postulato 09.3676 del gruppo UDC del 12 giugno 2009, ancora pendente, che ci incarica di esaminare se non sarebbe opportuno per la Svizzera un passaggio dal sistema monistico a quello dualistico, e completa la risposta del Consiglio federale al postulato 09.3118 (Heim) del 17 marzo 2009, non ancora trattato in Consiglio nazionale, che chiede di indicare chiaramente sul recto della lista delle firme gli aspetti incompatibili con il diritto internazionale.

I postulati vanno considerati nel contesto della crescente importanza quantitativa e qualitativa che il diritto internazionale sta assumendo in seguito alla globalizzazione. Di conseguenza l'importanza del diritto internazionale in Svizzera e il modo in cui è regolato il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale sono attualmente temi sovente discussi in politica, nei mass media e nella dottrina giuridica. Tra i problemi rilevati si possono citare in particolare le conseguenze dell'approvazione di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale non cogente, i conflitti tra una norma costituzionale o legale e una regola internazionale, nonché, in maniera più generale, le presunte restrizioni alla sovranità del costituente o del legislatore risultanti dal diritto internazionale e dalle decisioni delle autorità giudiziarie internazionali. I pareri divergono tuttavia sull'analisi della problematica e possono essere schematicamente riassunti in *tre tendenze principali*.

Secondo la prima, l'influsso del diritto internazionale e dei tribunali internazionali sul nostro ordinamento giuridico *sarebbe eccessivo*. A tale proposito si citano le restrizioni ai diritti popolari dovute all'esistenza di regole internazionali e all'assenza di legittimazione democratica di queste ultime, nonché al crescente influsso delle decisioni di organi internazionali, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo, che a volte non esitano a rimettere in questione la ponderazione degli interessi operata dal legislatore nazionale. È un'influenza che si concretizza in particolare nell'ambito della tutela dei diritti umani, la cui interpretazione dinamica conduce a risultati non prevedibili al momento della firma degli accordi internazionali.

I fautori della seconda tendenza ritengono invece che la Svizzera *non rispetti in modo sufficiente* i suoi impegni internazionali, in particolare quando viene adottata un'iniziativa popolare contraria al diritto internazionale non cogente, che non può pertanto essere dichiarata nulla. I dibattiti che hanno accompagnato l'attuazione da parte del legislatore dell'iniziativa popolare sull'internamento a vita o la presa di posizione dell'Assemblea federale sull'iniziativa «Contro l'edificazione di minaretti», sono sintomatici di queste preoccupazioni. Altri esempi di questi timori sono l'iniziativa parlamentare 07.477 (Vischer) del 5 ottobre 2007 sulla validità delle iniziative parlamentari e il postulato 09.3118 (Heim) menzionato all'inizio del presente rapporto.

Seconda la terza tendenza, che si situa in un'ottica piuttosto giuridica che politica, il diritto attuale *non fornisce risposte chiare e soddisfacenti* ad alcune questioni che si pongono in merito alla relazione tra diritto internazionale e diritto interno. I postulati alla base del presente rapporto, tutti incentrati sugli aspetti interni del diritto internazionale, illustrano questa tendenza.

Secondo il Consiglio federale, le preoccupazioni espresse dalle prime due tendenze devono essere relativizzate. Come sarà dimostrato nel secondo capitolo del presente rapporto, il crescente influsso del diritto internazionale sull'ordinamento giuridico nazionale non deve essere considerato un elemento negativo, nemmeno quando tenda a ridurre il margine di manovra del legislatore. Molti problemi urgenti – quali la distruzione dell'ambiente, le armi di distruzione di massa, il terrorismo e la criminalità organizzata, ma anche la definizione di norme in materia di ricerca – possono essere risolti in modo adeguato soltanto con soluzioni di respiro internazionale. Quest'interdipendenza ha condotto a un'intensificazione e a una codificazione dei rapporti tra gli Stati e la Svizzera ha un forte interesse a che i rapporti internazionali si fondino sul diritto e non sul potere. Va inoltre sottolineato che in generale uno Stato è vincolato soltanto alle norme di diritto internazionale che ha accettato e che

in Svizzera un simile vincolo è democraticamente legittimato dalle procedure previste dalla Costituzione federale (Cost.; RS 101).

Va poi ricordato che la Svizzera è uno Stato che adempie fedelmente gli obblighi internazionali che contrae. Nella loro prassi le autorità rispettano il diritto internazionale conformemente all'articolo 5 capoverso 4 della Costituzione federale. Prima di concludere un trattato internazionale, per esempio, le autorità si assicurano che non vi siano contraddizioni con il diritto nazionale. Se necessario, quest'ultimo viene modificato prima o contemporaneamente alla conclusione del trattato. Per tale motivo raramente un tribunale internazionale condanna la Svizzera per la violazione di suoi obblighi internazionali. È tuttavia vero che l'approvazione da parte del Popolo e dei Cantoni di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale crea alcuni problemi, che saranno trattati nella parte finale del presente rapporto (n. 9.6). Va però osservato che, pur tendendo ad aumentare, il numero delle iniziative che pongono problemi sotto questo aspetto è complessivamente esiguo.

È vero però che l'attuale testo costituzionale non risponde in modo chiaro a tutte le questioni interenti alla relazione tra diritto internazionale e diritto interno. Il presente rapporto parte da questa constatazione, sottolineata dalla terza delle tendenze summenzionate.

Il rapporto intende analizzare i problemi sollevati dai postulati menzionati all'inizio, individuare se vi sia necessità di agire e proporre misure per colmare le eventuali lacune. Occorre perciò in un primo tempo situare il dibattito nel suo contesto generale. La parte introduttiva del rapporto è pertanto dedicata all'analisi delle norme di diritto internazionale in generale, alla loro importanza per la Svizzera e alla loro legittimazione democratica (n. 2–6). Un capitolo di diritto comparato intende quindi illustrare la relazione tra diritto nazionale e diritto internazionale in altri Stati (n. 7). In seguito il rapporto tratta il disciplinamento attuale della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale in Svizzera (n. 8), mettendo in particolare l'accento sul conflitto tra diritto internazionale e norme costituzionali o a livello di legge e sul problema delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. Infine, il rapporto illustra le questioni ancora aperte ed esamina le varie possibilità di soluzione (n. 9); per concludere risponde alle domande formulate nei postulati (n. 10).

2 L'importanza del diritto internazionale

Il diritto internazionale classico comprende l'insieme delle regole giuridicamente vincolanti tra gli Stati. Garantisce che gli Stati possano coesistere pacificamente gli uni accanto agli altri e cooperare in modo affidabile e prevedibile. Un compito fondamentale del diritto internazionale è quello di creare le basi per la pace e la stabilità.

Dalla fine del XIX secolo, oltre agli Stati, sono progressivamente assunte a soggetti di diritto internazionale anche le organizzazioni internazionali. Gli Stati creano le organizzazioni internazionali per un determinato scopo, affidando loro i compiti e le competenze necessari. Le organizzazioni internazionali sono pertanto da una parte oggetto di regole di diritto internazionale, ma dall'altra sono anche creatrici di diritto internazionale. Oggigiorno gli strumenti giuridici multilaterali vengono sviluppati e negoziati quasi esclusivamente nell'ambito di organizzazioni internazionali.

Organizzazioni internazionali diverse da quelle interstatali – ad esempio organizzazioni non governative, imprese transnazionali o istituzioni accademiche – non sono di regola soggetti di diritto internazionale. Nemmeno i singoli individui lo sono. Ciononostante dalla metà del XX secolo il diritto internazionale ha progressivamente rivolto il suo interesse anche alla tutela e alla responsabilità del singolo individuo. I settori dei diritti dell'uomo, del diritto internazionale umanitario o del diritto internazionale penale testimoniano in maniera particolarmente chiara quest'evoluzione. In questi ambiti, gli individui diventano titolari e destinatari di diritti e doveri di diritto internazionale che, se necessario, possono essere fatti valere e applicati da tribunali internazionali o altri meccanismi di vigilanza.

Il diritto internazionale non si limita quindi a stabilire l'equilibrio tra la comunità degli Stati, bensì pone sempre più in primo piano la tutela e il bene degli esseri umani. Questo nuovo modo di intendere il diritto universale si ripercuote anche sul concetto di sovranità dello Stato. Invece di essere inteso semplicemente come diritto (negativo) di difesa contro ingerenze straniere, tale concetto assume anche una connotazione positiva: la sovranità di uno Stato comprende la sua responsabilità primaria di garantire sicurezza e benessere alla propria popolazione.

La crescente globalizzazione amplia l'importanza, ma anche la complessità delle relazioni di diritto internazionale. Il diritto internazionale comprende ambiti molto diversi quali:

- il divieto dell'uso della forza: gli Stati devono risolvere i conflitti con mezzi pacifici (cfr. art. 2 n. 4 Statuto dell'ONU);
- i diritti umani: ogni persona usufruisce dei diritti fondamentali (diritto alla vita, integrità fisica, libertà personale, libertà d'opinione e di coscienza, ecc.); l'ordinamento giuridico svizzero è influenzato soprattutto dalla CEDU (RS 0.101);
- la protezione delle persone in caso di conflitti armati: il diritto internazionale umanitario istituisce regole da rispettare in caso di guerra, in particolare per proteggere civili, feriti e prigionieri di guerra. Grazie alla sua tradizione umanitaria e in quanto Stato depositario delle Convenzioni di Ginevra, la Svizzera ha un rapporto particolare con il diritto internazionale umanitario;
- la lotta al terrorismo e ad altre forme di criminalità grave: può essere condotta efficacemente soltanto attraverso la cooperazione internazionale, ad esempio nel quadro della Convenzione internazionale del 9 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo (RS 0.353.22);
- l'ambiente: le regole per proteggere il clima e per salvaguardare le risorse naturali sono più efficienti se sono universali. Due esempi noti sono l'adesione della Svizzera al Protocollo di Kyoto e la sua partecipazione all'Agenzia europea dell'ambiente nell'ambito degli Accordi bilaterali II;
- il commercio: l'economia svizzera guadagna un franco su due all'estero. Un simile risultato non sarebbe possibile senza un ordinamento giuridico internazionale stabile e funzionante. A livello multilaterale tale ordinamento è garantito dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e su scala più ridotta dall'AELS. Il sistema è completato dai numerosi accordi bilaterali che la Svizzera ha concluso con partner commerciali concernenti il libero scambio, la protezione degli investimenti e la doppia imposizione;

- i trasporti e la circolazione delle persone: affinché le persone giungano indenni al luogo di destinazione, possano soggiornarvi ed eventualmente esercitarvi un'attività lucrativa, sono necessari trattati internazionali. In Svizzera sono ad esempio entrati in vigore gli accordi sul trasporto aereo e terrestre come pure l'Accordo sulla libera circolazione delle persone nell'ambito degli Accordi bilaterali I con l'UE.

La Svizzera s'impegna affinché le relazioni internazionali siano regolate dal diritto e non dal potere. Partecipa attivamente all'elaborazione, allo sviluppo e all'applicazione del diritto internazionale. Uno degli scopi della Confederazione Svizzera è l'impegno a favore di un ordine internazionale giusto e pacifico (cfr. art. 2 cpv. 4 Cost.). Questo obiettivo è completato dai singoli obiettivi di politica estera elencati nell'articolo 54 della Costituzione federale: l'impegno per la salvaguardia dell'indipendenza e del benessere del Paese, in particolare contribuendo alla lotta contro la povertà nel mondo, promuovendo i diritti umani, la democrazia e la convivenza pacifica dei popoli e tutelando le basi naturali della vita. Questi obiettivi e le esigenze di un'economia in ampia misura d'esportazione possono inverarsi soprattutto per il tramite del diritto internazionale. A tal fine è necessario un ordinamento giuridico ben funzionante che regoli le relazioni con gli altri Stati e con le organizzazioni internazionali.

Occorre inoltre non dimenticare le opportunità che offre il diritto internazionale, poiché consente agli Stati di agire oltre i confini del proprio ordinamento giuridico nazionale, affermando i propri interessi su scala internazionale e diffondendo i propri ideali nel mondo. Con il diritto internazionale umanitario la Svizzera ha ad esempio potuto contribuire in modo sostanziale a un mondo migliore.

La Svizzera è quindi fortemente interessata a rispettare i suoi impegni internazionali, in modo da poter esigere tale rispetto anche dai suoi partner. Poiché un simile approccio implica una certa limitazione della sovranità, è importante che gli impegni contratti dalla Svizzera siano legittimati democraticamente.

3 Legittimazione interna del diritto internazionale

Il diritto internazionale fonda giuridicamente le relazioni reciproche tra gli Stati. La progressiva intensificazione di tali relazioni ha condotto a un aumento delle norme di diritto internazionale, che sono diventate più importanti anche per l'ordinamento giuridico svizzero. La loro influenza è spesso equivalente a quella del diritto interno. Di conseguenza è cresciuta anche la necessità che esse si fondino su una legittimazione democratica.

La Costituzione federale del 18 aprile 1999 ha rafforzato la posizione del Parlamento per quanto riguarda la politica estera. L'articolo 166 Cost. sancisce esplicitamente la competenza dell'Assemblea federale in materia di politica estera, stabilendo che essa partecipa alla sua elaborazione (cpv. 1). Inoltre, segue l'evoluzione internazionale e coopera alla formazione della volontà in merito alle questioni fondamentali e alle decisioni importanti di politica estera (art. 24 cpv. 1 della legge sul Parlamento; LParl; RS 171.10). È stata così sancita la maggiore responsabilità che il Parlamento deve assumersi nella gestione della politica estera in considerazione del fatto che il peso delle decisioni si sta progressivamente trasferendo dalla politica interna a quella estera.

Il Consiglio federale continua tuttavia a essere il responsabile principale della politica estera (art. 184 Cost.). Per quanto riguarda la relazione tra diritto internazionale e diritto interno, rivestono particolare importanza i trattati internazionali. Le altre fonti giuridiche (diritto consuetudinario, principi giuridici generali) sono d'importanza secondaria. Qui appresso i trattati internazionali saranno pertanto illustrati in modo più dettagliato.

La negoziazione, la firma e la ratifica di trattati internazionali compete al Consiglio federale (art. 184 Cost.). Il Consiglio federale è nondimeno tenuto a consultare le commissioni competenti per la politica estera per quanto riguarda le direttive e le linee direttrici concernenti i mandati per negoziati internazionali importanti. Le informa anche sullo sviluppo dei negoziati (art. 152 LParl) e sui trattati conclusi da esso stesso, dai dipartimenti, dagli aggruppamenti o dagli uffici federali (art. 48a cpv. 2 della legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione, LOGA; RS 172.010). L'ultima parola spetta all'Assemblea federale, che approva i trattati internazionali, ad eccezione dei trattati la cui conclusione è di competenza del Consiglio federale in virtù della legge o di un trattato internazionale (art. 166 cpv. 2 Cost.; art. 7a LOGA). L'Assemblea federale può soltanto decidere se approvare o rifiutare un trattato, ma non può modificarne il testo. Questa limitazione della sua competenza è tuttavia parzialmente controbilanciata dal meccanismo di consultazione previsto dall'articolo 152 LParl. Inoltre, nel 2005, con l'introduzione dell'articolo 7b LOGA e dell'articolo 152 capoversi 3^{bis} e 2 LParl è stato esteso il coinvolgimento del Parlamento nell'approvazione provvisoria di trattati internazionali. Il Consiglio federale può ad esempio decidere autonomamente l'applicazione provvisoria di un accordo soltanto se lo richiedono la salvaguardia di importanti interessi della Svizzera e una particolare urgenza; precedentemente era sufficiente uno di questi due motivi (art. 7b cpv. 1 LOGA). Inoltre, prima dell'applicazione a titolo provvisorio il Consiglio federale è tenuto a consultare le commissioni competenti. In tal modo è fondamentalmente garantita la partecipazione dell'Assemblea federale alla politica estera in generale e all'elaborazione di nuovi trattati internazionali in particolare.

Quanto detto vale anche per il coinvolgimento del Popolo e dei Cantoni. Mentre per le questioni di diritto nazionale la Confederazione dispone soltanto delle competenze ad essa delegate (art. 3 e 42 Cost.), gli affari esteri sono in generale di sua competenza (art. 54 cpv. 1 Cost.). Questa piena attribuzione delle competenze all'autorità centrale, prevista da quasi tutti gli Stati federali, risulta dalla necessità di presentarsi come unità verso l'esterno. Tuttavia, a causa della sempre maggiore compenetrazione di politica interna ed esterna, la Confederazione deve imporsi moderazione quando tange le competenze dei Cantoni.

La Costituzione federale del 1999 e la legge federale del 22 dicembre 1999 concernente la partecipazione dei Cantoni alla politica estera della Confederazione (LFPC; RS 138.1) hanno codificato questa situazione: la Confederazione deve tenere conto delle competenze dei Cantoni e salvaguardare i loro interessi (art. 54 cpv. 3)¹. I Cantoni collaborano alla preparazione delle decisioni di politica estera che toccano le loro competenze o loro interessi essenziali (art. 55 cpv. 1 Cost.; art. 1 LFPC).

¹ Messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 216.

I pertinenti strumenti partecipativi hanno in generale dato buoni risultati². Il coinvolgimento dei Cantoni nella formazione dell'opinione in materia di politica estera e in particolare nella negoziazione di trattati permette loro di far valere i propri interessi, ma anche di contribuire con le proprie conoscenze a rafforzare la posizione della Svizzera nelle trattative. La collaborazione deve inoltre contribuire a fornire un sostegno interno alla politica estera della Confederazione (art. 2 lett. c LFPC). In tale contesto è significativo che l'esecuzione del diritto internazionale sia di regola retta dalla ripartizione interna delle competenze³. Gli accordi internazionali di diritto pubblico che regolano materie cantonali devono quindi essere messi in atto dai Cantoni.

Lo strumento più importante di legittimazione interna della politica estera resta tuttavia la partecipazione diretta del Popolo attraverso gli strumenti della democrazia diretta. Questo radicamento a livello interno è indispensabile, dato che con la globalizzazione le decisioni di politica estera e i trattati internazionali diventano sempre più importanti anche nella vita quotidiana dei cittadini. Con la riforma dei diritti popolari del 2003 è stato previsto e raggiunto un esteso parallelismo tra il referendum legislativo e il referendum sui trattati internazionali (art. 141 cpv. 1 lett. d n. 3 Cost.)⁴. Tutti i trattati internazionali che nel loro valore intrinseco corrispondono a una legge federale in senso formale o che per la loro attuazione richiedono l'emanazione di una simile legge sottostanno anch'essi al referendum.

Con lo strumento dell'iniziativa popolare il Popolo può partecipare anche all'elaborazione della politica estera. Ad esempio, la Svizzera è l'unico Stato in cui l'adesione all'ONU è stata proposta dagli aventi diritto di voto e in seguito legittimata dalla decisione popolare (art. 197 n. 1 Cost.).

I trattati internazionali, l'adesione a un'organizzazione internazionale e quindi anche le decisioni dei suoi organi sono pertanto legittimati democraticamente e rispettano i principi del federalismo.

Un serio ostacolo a un più ampio coinvolgimento del Parlamento e dei Cantoni è costituito dal fatto che spesso le decisioni a livello internazionale, la cui preparazione richiede moltissime informazioni, vengono prese a ritmo sostenuto. Il Consiglio federale è l'organo con la più ampia facoltà di agire e pertanto ricoprirà anche in futuro il ruolo più importante nella politica estera, assumendo la principale responsabilità operativa.

² Per le relazioni con l'UE cfr. il rapporto del Consiglio federale del 15 giugno 2007 concernente le ripercussioni di diversi strumenti della politica europea sul federalismo svizzero, FF **2007** 5415.

³ Messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF **1997** I 1, pag. 214 seg.

⁴ Cfr. in merito la mozione 04.3203 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale «Referendum facoltativo in materia di trattati internazionali. Parallelismo delle norme di diritto internazionale e di diritto interno», accolta il 6 ottobre 2005.

4 Le norme di diritto internazionale

4.1 Panoramica

A differenza del diritto nazionale interno, il diritto internazionale nasce in primo luogo in seguito a convenzioni (trattati internazionali), ma anche mediante la prassi comune degli Stati (consuetudine internazionale), oppure risulta dai principi fondamentali degli ordinamenti giuridici nazionali (principi generali del diritto). Le fonti giuridiche più importanti del diritto internazionale sono elencate nell'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia del 26 giugno 1945 (RS 0.193.501):

- «1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica:
 - a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite;
 - b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto;
 - c. i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili;
 - d. con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.
2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire *ex aequo et bono* se le parti vi consentono.»

Di seguito ci occuperemo più da vicino di queste fonti giuridiche e tratteremo anche la dichiarazione unilaterale, che non è compresa nell'elenco dell'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.

Recentemente, accanto alle fonti giuridiche primarie menzionate, si è sviluppato anche un diritto internazionale secondario. A volte gli accordi istitutivi di un'organizzazione internazionale autorizzano gli organi di quest'ultima a prendere decisioni vincolanti per gli Stati membri. Un esempio noto è costituito dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU in virtù degli articoli 41 e 42 del Capitolo 7 dello Statuto delle Nazioni Unite.

Vi è infine una terza categoria di disposizioni – in particolare le risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU – che si distingue per la relatività o «debolezza» del loro carattere vincolante e che la dottrina designa come «soft law». Anche se la «soft law» non fa parte delle fonti del diritto internazionale, spesso la giurisprudenza vi fa riferimento poiché può svolgere un ruolo importante nella creazione di una nuova normativa vincolante di diritto internazionale⁵.

⁵ Cfr. Anne Peters, *Völkerrecht – Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Basilea 2008, pag. 130 segg.; Walter Kälin, *Völkerrecht – eine Einführung*, 2ª ed., Berna 2006, pag. 215 segg.; Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5ª ed., Monaco di Baviera 2004, pag. 250 seg. Senza menzionare il termine «soft law», la Corte internazionale di Giustizia è del parere che le risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU non siano esclusivamente di natura politica, poiché possono assumere anche un significato giuridico (cfr. *I.C.J. Reports 1971*, pag. 4 e *I.C.J. Reports 1996*, pag. 245).

La fonte più importante del diritto internazionale sono i trattati internazionali. Un trattato internazionale risulta da un accordo di volontà soggetto al diritto internazionale tra due o più Stati o tra altri soggetti di diritto internazionale (soprattutto organizzazioni internazionali interstatali), in cui questi si impegnano a comportarsi in un certo modo (fare, omettere, tollerare). Gli Stati hanno piena facoltà di concludere trattati, mentre per le organizzazioni internazionali tale facoltà si restringe all'ambito di loro competenza. I soggetti privati non possono concludere trattati internazionali. L'accordo di volontà è in generale steso per scritto; gli accordi orali sono estremamente rari.

La Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati (Convenzione di Vienna; RS 0.111) contiene le regole generali più importanti per la conclusione, l'applicazione, l'interpretazione e l'estinzione dei trattati di diritto internazionale. La maggior parte di tali regole costituiscono anche diritto internazionale consuetudinario (cfr. n. 4.3). Si applicano in particolare quando le parti contraenti non hanno convenuto obblighi specifici diversi.

La maggior parte dei trattati bilaterali disciplina la cooperazione tra gli Stati, per esempio negli ambiti del commercio, dell'entrata e del soggiorno nell'altro Stato o dei trasporti. I trattati multilaterali si occupano invece tendenzialmente di temi e problemi a carattere sovraregionale o globale, quali i diritti dell'uomo, la protezione dell'ambiente o il disarmo, e spesso vengono approvati in seno a un'organizzazione internazionale. La Svizzera ha concluso circa 3000 trattati bilaterali, di cui la maggior parte con gli Stati limitrofi o con l'Unione europea, ed è parte contraente di quasi mille trattati multilaterali. Trattato, convenzione, accordo, protocollo, dichiarazione, statuto, patto, scambio di note o di lettere sono le espressioni più frequenti per designare i trattati internazionali, ma a volte si usano anche altre designazioni quali «memorandum of understanding». Il modo in cui viene designato un documento non ne determina le caratteristiche. È invece decisiva la volontà delle parti contraenti, risultante dal testo del trattato, di vincolarsi giuridicamente.

I trattati internazionali possono essere conclusi soltanto se le parti contraenti si accordano sul loro contenuto e lo riconoscono come vincolante. Di conseguenza i trattati fondano soltanto obblighi approvati dagli Stati contraenti. Spesso l'approvazione avviene mediante la firma del trattato, che può già espletare effetti giuridici, oppure su riserva della successiva ratifica. Nel secondo caso, lo Stato in questione fa salva la volontà di essere vincolato dal trattato soltanto con la conclusione della procedura di approvazione da parte dell'autorità nazionale competente (cfr. n. 3). Nel periodo di tempo intercorrente tra la firma e la ratifica (p.es. attraverso lo scambio o il deposito di documenti di ratifica, di approvazione o d'autorizzazione) le parti contraenti non possono tuttavia comportarsi in modo contrario all'oggetto e allo scopo del trattato da ratificare. Gli accordi multilaterali possono essere approvati anche mediante l'adesione a un trattato già esistente.

La massima giuridica «*pacta sunt servanda*» rappresenta probabilmente il nocciolo del diritto in materia di trattati internazionali. L'articolo 26 della Convenzione di Vienna la cita esplicitamente: «Ogni trattato in vigore vincola le parti e queste

devono eseguirlo in buona fede»⁶. Tale massima può in generale essere disattesa soltanto se le parti contraenti modificano, sospendono o denunciano il trattato oppure se sussistono validi motivi per disattenderla, come uno stato d'emergenza o cause di forza maggiore. Oltre ai motivi giustificati di deroga agli obblighi di diritto internazionale ammessi dalla prassi, per sottrarsi all'applicazione gli Stati contraenti avanzano spesso anche ragioni controverse, quali in particolare la struttura della normativa nazionale, ad esempio un ordinamento statale federalista, oppure le disposizioni del diritto interno. Tuttavia, secondo l'articolo 27 della Convenzione di Vienna una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato⁷. Se lo fa, si realizza una violazione del diritto internazionale, che fonda la responsabilità internazionale dello Stato in questione (cfr. n. 6.2.). Per evitare che un trattato non possa essere rispettato, prima della sua applicazione le parti contraenti hanno la possibilità di formulare delle riserve, a condizione che il trattato lo autorizzi esplicitamente e che ciò non contraddica l'oggetto e lo scopo del trattato (cfr. art. 19–23 Convenzione di Vienna). Non si possono più formulare riserve successivamente alla ratifica di un trattato o all'adesione a un'organizzazione internazionale. La Svizzera applica una prassi piuttosto restrittiva nella formulazione di riserve e, per quanto possibile, cerca di adottare un trattato nella sua totalità.

Come per tutti i contratti, l'interpretazione è un elemento fondamentale anche nel caso dei trattati internazionali. Quest'ultima presenta alcune peculiarità rispetto all'interpretazione del diritto interno (cfr. art. 31–33 Convenzione di Vienna) dovute principalmente al fatto che i trattati internazionali sono obblighi reciproci assunti volontariamente da parti contraenti con pari diritti⁸. Prima o in occasione della conclusione del trattato una parte può inoltre presentare una cosiddetta «dichiarazione interpretativa» in merito all'interpretazione o al significato attribuito a un articolo del trattato. I criteri interpretativi sono retti dal diritto internazionale e non da quello nazionale. Il punto di partenza di qualsiasi interpretazione è il tenore del trattato, che è l'elemento più importante per definire la volontà contrattuale comune delle parti contraenti. Il principio della buona fede (cfr. n. 3.3), l'oggetto e lo scopo del trattato (il cosiddetto «*effet utile*»), la sua sistematica e la prassi successiva delle parti contraenti sono ulteriori elementi utili all'interpretazione. Il cosiddetto metodo storico d'interpretazione, che si basa sui materiali preparativi alla conclusione del trattato internazionale, è d'importanza secondaria. Per materiali preparativi s'intendono quelli elaborati tra le parti contraenti e non il materiale preparato per l'approvazione del trattato internazionale a livello nazionale, quale il messaggio del Consiglio federale. Di regola il trattato è interpretato dalle parti contraenti. Solo in caso di controversie e a condizione che le parti lo pattuiscano il trattato è interpretato da un'autorità giudiziaria o arbitrale.

⁶ Sono adempiti contemporaneamente e inseparabilmente nei confronti di tutte le parti i trattati la cui violazione in un caso concreto concerne necessariamente tutte le parti. Valgono *erga omnes partes* e spesso statuiscono un obbligo di non fare, p.es. nell'Accordo del 5 agosto 1963 sulla proibizione degli esperimenti con armi nucleari nell'atmosfera, nello spazio e sott'acqua (RS **0.515.01**).

⁷ Cfr. in merito anche i rinvii alla giurisprudenza internazionale nel parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54, cap. 4.

⁸ Cfr. anche il messaggio del Consiglio federale del 23 ottobre 1974 sul riordinamento del referendum in materia di trattati internazionali, FF **1974** II 1113, pag. 1129.

Oltre ai trattati internazionali, anche il diritto consuetudinario costituisce una base importante per definire i diritti e gli obblighi degli Stati. Si parla di diritto consuetudinario internazionale se gli Stati agiscono in un determinato modo nella convinzione di adempiere un obbligo giuridico. La creazione di diritto consuetudinario presuppone due elementi che la giurisprudenza costante della Corte internazionale di Giustizia vaglia separatamente⁹: una ripetizione nel tempo di determinati modi di agire da parte degli Stati («uso comune» come elemento oggettivo) e la loro convinzione di adempiere un obbligo giuridico (la cosiddetta *opinio iuris* come elemento soggettivo). Fanno ad esempio parte del diritto consuetudinario l'immunità dei capi di Stato, la responsabilità degli Stati (cfr. n. 6.2), la determinazione dello zoccolo continentale o il principio di non ingerenza. Anche nella politica economica esterna si applica il diritto consuetudinario internazionale, per esempio per l'istituzione di un embargo commerciale, per la garanzia dello scambio di beni o per la protezione degli investimenti dalle espropriazioni statali sotto forma di standard minimi¹⁰.

L'uso comune si può accertare attraverso un esame e un confronto di tutti gli atti statali appropriati e mediante altri studi empirici, ad esempio nell'ambito di organizzazioni internazionali. La prova dell'*opinio iuris*, vale a dire dell'elemento soggettivo, è spesso più difficile. Di regola la prova della convinzione giuridica viene spesso dedotta dall'uso comune¹¹. In altre parole, la valutazione della prassi comune degli Stati e delle sue caratteristiche (durata, uniformità e diffusione geografica) permettono di trarre conclusioni e fare valutazioni in merito alla convinzione giuridica. La prassi comune degli Stati deve rafforzare un osservatore oggettivo nella convinzione, basata sul principio della fiducia (n. 4.4) di poter contare in futuro su un comportamento degli Stati uguale e conforme all'uso¹². Il comportamento degli Stati deve pertanto equivalere a una regola generale. Altri indizi della convinzione dell'obbligatorietà di una regola consuetudinaria sono le dichiarazioni degli Stati ampiamente condivise, ad esempio nell'ambito di una conferenza internazionale o di una risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU, in merito a fatti contemplati dal diritto consuetudinario.

La norma di diritto internazionale consuetudinario esplica in generale il suo effetto giuridicamente vincolante nei confronti di tutti i soggetti di diritto internazionale interessati dal suo contenuto¹³. Soltanto se si oppone costantemente alla creazione di una norma consuetudinaria, dando a intendere con ripetute proteste che non è disposto a riconoscerle un effetto vincolante (cosiddetto «persistent objector»), uno Stato non è vincolato da tale norma. Opponendosi, uno o più Stati non possono impedire la nascita di una norma di diritto consuetudinario, ma possono sottrarsi alla sua applicazione. Una volta creata una norma di diritto consuetudinario, è invece prati-

⁹ Cfr. in particolare le seguenti sentenze della Corte internazionale di Giustizia: *North Sea Continental Shelf Cases* (Repubblica federale di Germania contro Danimarca e Repubblica federale di Germania contro Paesi Bassi), ICJ Reports 1969, pag. 3, paragrafo 77; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua contro Stati Uniti), 1986 ICJ Reports, pag. 14, paragrafo 207.

¹⁰ Cfr. Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5ª ed., Monaco di Baviera 2004, pagg. 685 seg.

¹¹ Cfr. Peter Hagenmacher, *La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, *Revue générale de droit international public* 1986, Vol. 90, pagg. 105–108.

¹² Cfr. Jörg Paul Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Colonia 1971, pag. 84 seg.

¹³ Il diritto consuetudinario internazionale non esplica soltanto effetti giuridici universali, bensì può nascere anche su scala regionale o bilaterale.

camente impossibile per uno Stato sottrarsi all'effetto vincolante di una norma consuetudinaria già invalsa («subsequent objector»).

4.4 Principi generali del diritto

La terza fonte giuridica elencata nell'articolo 38 capoverso 1 lettera c dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia è costituita dai «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili». Ne fanno parte i principi del diritto che sono noti nei grandi sistemi giuridici del mondo e che di conseguenza sono universalmente validi. Spesso tali principi traggono origine dagli ordinamenti giuridici nazionali. Di regola si applicano quando una controversia non può essere risolta né con il diritto contrattuale né con il diritto consuetudinario¹⁴. Si tratta quindi di una fonte sussidiaria del diritto internazionale. Fra i principi generali del diritto vanno in particolare citati il principio della buona fede, il divieto di abuso del diritto, il principio della forza maggiore, il divieto dell'indebito arricchimento o il principio di proporzionalità.

L'equità (*ex aequo et bono*) costituisce un principio generale del diritto di natura particolare, come enunciato esplicitamente nell'articolo 38 capoverso 2 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia. Al contrario dei principi generali del diritto menzionati precedentemente, la Corte internazionale di Giustizia può decidere secondo il principio dell'equità, scostandosi dalle fonti del diritto internazionale. Il giudizio *ex aequo et bono* presuppone l'accordo delle parti. Anche il principio dell'equità applicato nel giudicare un caso concreto trae origine dagli ordinamenti normativi nazionali di tutto il mondo e in situazioni eccezionali funge da complemento delle fonti di diritto sia in ambito internazionale sia in quello nazionale.

4.5 Atti giuridici unilaterali

Un atto giuridico unilaterale è una dichiarazione di volontà di uno Stato che esplica effetti giuridici nell'ambito del diritto internazionale. Anche se è incontestato il loro effetto costitutivo del diritto internazionale, gli atti giuridici unilaterali non sono enumerati tra le fonti giuridiche di cui all'articolo 38 capoverso 1 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia. Nemmeno la dottrina ha finora espresso una definizione generale applicabile alle diverse tipologie di atti giuridici unilaterali.

Gli atti giuridici unilaterali non presuppongono l'accettazione, solitamente hanno carattere negoziale (spesso in relazione a uno scambio di prestazioni) e non esplicano effetti giuridici di natura generale e astratta. La loro natura vincolante deriva dal principio della buona fede¹⁵. Esempi tipici di atti giuridici unilaterali che possiedono carattere di fonte giuridica sono il riconoscimento, la protesta, la rinuncia e la promessa (p.es. le garanzie in caso di estradizione nell'ambito dell'assistenza internazionale in materia penale).

¹⁴ Cfr. Anne Peters, *Völkerrecht – Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Basilea 2008, pag. 121 seg.

¹⁵ Cfr. in particolare la sentenza della Corte internazionale di giustizia concernente *Nuclear Test Case* (Australia contro Francia), I.C.J. Reports 1974, pag. 253.

4.6

Giurisprudenza e dottrina come mezzi ausiliari

Secondo l'articolo 38 capoverso 1 lettera d del suo Statuto, la Corte internazionale di Giustizia applica le decisioni giudiziarie e la dottrina degli esperti di diritto internazionale più autorevoli delle varie nazioni come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. La giurisprudenza e la dottrina non sono quindi vere e proprie fonti giuridiche del diritto internazionale, ma possono essere prese in considerazione come prova dell'esistenza di una determinata norma di diritto internazionale.

Per quanto riguarda le decisioni giudiziarie, sono tenute in alta considerazione soprattutto le sentenze della Corte internazionale di Giustizia. Le sue decisioni contribuiscono in maniera decisiva a fissare e sviluppare il diritto internazionale. Nella prassi gli Stati possono difficilmente esimersi dal rispettare una decisione della Corte internazionale di Giustizia, anche se in linea di principio tale decisione esplica effetti giuridici solo per le parti coinvolte nella controversia (*inter partes*). Nelle loro relazioni giuridiche gli Stati stessi si orientano in base alle decisioni o alle perizie della Corte internazionale di Giustizia o dei tribunali internazionali specifici (p. es. decisione di un gruppo speciale dell'OMC). Fanno parte delle decisioni giudiziarie anche le sentenze di corti arbitrali internazionali quali la Corte permanente di arbitrato all'Aia.

L'importanza della giurisprudenza internazionale è cresciuta. La dottrina di diritto internazionale come mezzo ausiliare per determinare il diritto internazionale ha invece progressivamente perso d'importanza a partire dalla fine del XIX secolo, pur conservando un certo significato, in particolare quando si tratta di dimostrare l'esistenza di una convinzione giuridica generale e universale oppure di sviluppare il diritto internazionale.

4.7

La gerarchia delle norme di diritto internazionale

Il diritto internazionale non conosce una chiara gerarchia delle norme, a differenza del diritto interno in cui la Costituzione, le leggi e le ordinanze formano un insieme coerente. Vi sono tuttavia determinati principi che contribuiscono a risolvere gli eventuali conflitti tra differenti norme del diritto internazionale¹⁶. Un principio fondamentale si applica alle norme che fanno parte dello *ius cogens*, ovvero del diritto internazionale cogente: come dichiara esplicitamente l'articolo 53 della Convenzione di Vienna, una norma non cogente del diritto internazionale che non è compatibile con una norma cogente è nulla. Lo *ius cogens* è dunque un limite materiale al diritto in materia di trattati internazionali.

Secondo l'articolo 53 della Convenzione di Vienna, una norma cogente del diritto internazionale è una norma che è stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere generale. Si tratta di norme tanto fondamentali per la comunità degli Stati che una loro violazione appare inaccettabile. Come esempi di *ius cogens* sono generalmente riconosciuti il divieto di tortura, il divieto di genocidio, il divieto di violenza come disciplinato nello Statuto dell'ONU,

¹⁶ Vgl. Walter Kälin, *Völkerrecht – eine Einführung*, 2^a ed., Berna 2006, pag. 14; Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5^a ed., Monaco di Baviera 2004, pag. 251 segg.

l'uguaglianza degli Stati e alcune regole fondamentali del diritto internazionale umanitario.

Gli altri conflitti tra norme del diritto internazionale vengono risolti secondo i principi seguenti:

- conflitto tra diritto contrattuale e diritto consuetudinario: si applica il principio secondo cui per mezzo di un trattato internazionale si può derogare alle regole del diritto consuetudinario che non costituiscono *ius cogens*. Perciò, di regola, il diritto contrattuale prevale sulle disposizioni non cogenti del diritto consuetudinario. Spesso ciò risulta anche dal principio giuridico generale secondo cui il diritto specifico (*in casu* diritto contrattuale) prevale sul diritto generale o permette di derogarvi (*in casu* diritto consuetudinario), secondo la massima *lex specialis derogat generali*. Il primato di fondo del diritto contrattuale non esclude che entrambe le fonti giuridiche possano applicarsi parallelamente (e in tali casi non vi dovrebbe essere conflitto tra le due fonti), né che il diritto internazionale consuetudinario possa soppiantare disposizioni contrattuali (cfr. anche art. 38 Convenzione di Vienna);
- relazione tra diritto contrattuale e diritto consuetudinario da una parte e i principi generali del diritto dall'altra: vige il principio secondo cui i principi generali del diritto si applicano sussidiariamente o in modo complementare se i trattati internazionali e il diritto consuetudinario non sono sufficienti per risolvere una controversia tra le parti (cfr. n. 4.4). Di conseguenza un conflitto tra i principi generali del diritto e le altre due fonti giuridiche è molto raro;
- conflitti in seno al diritto contrattuale: in questi casi le parti contraenti si accordano spesso su una clausola di collisione che disciplina la relazione reciproca tra i trattati. La clausola di collisione più importante è probabilmente quella dell'articolo 103 dello Statuto dell'ONU: «In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto»¹⁷. In assenza di una clausola di collisione, si applicano le regole del diritto internazionale generale (cfr. art. 30 e 59 Convenzione di Vienna). Oltre al principio *lex specialis derogat generali*, si applica anche il principio secondo cui il diritto posteriore prevale su quello anteriore (*lex posterior derogat priori*);
- conflitti in seno al diritto internazionale consuetudinario: vista la peculiarità del diritto consuetudinario (cfr. n. 4.3) una collisione non è pensabile. Se in un determinato settore del diritto internazionale nasce una nuova norma di diritto consuetudinario che contraddice una norma precedente, quella precedente si estingue e si applica esclusivamente quella nuova.

Con l'eccezione dello *ius cogens*, questi principi piuttosto tecnici per risolvere i conflitti tra le norme del diritto internazionale non permettono di trarre conclusioni sulla portata dell'una o dell'altra disposizione di diritto internazionale. L'importanza di queste disposizioni può in generale variare, il che si ripercuote sul peso materiale

¹⁷ Cfr. DTF 133 II 450, pag. 457. La preminenza generale dello Statuto dell'ONU è stata invece relativizzata il 3 settembre 2008 in una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in particolare per quanto riguarda l'attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza ai sensi del Capitolo VII dello Statuto in relazione al diritto europeo: cfr. Causa C-402/05 P, Kadi contro Consiglio e Commissione, n. marg. 280 segg.

delle disposizioni e in ultimo sulla loro gerarchizzazione in seno al diritto internazionale. È quindi ipotizzabile che una disposizione del diritto consuetudinario, o eccezionalmente un principio generale del diritto, prevalga su una norma pattuita tra le parti, perché di portata più ampia o perché nel caso concreto trova più considerazione¹⁸.

5 La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale in generale

5.1 Introduzione

In tutti gli Stati la relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale è determinata da tre elementi. Il primo è costituito dalla *validità* del diritto internazionale: esplica direttamente i suoi effetti a livello nazionale oppure deve prima essere trasposto in un atto legislativo nazionale? Il secondo elemento è costituito dall'*applicabilità* del diritto internazionale: tale diritto può essere applicato direttamente dalle autorità competenti o deve prima essere concretizzato dal legislatore? Il terzo e ultimo elemento è costituito dal *rango* del diritto internazionale: in caso di conflitto il diritto internazionale prevale sul diritto nazionale o viceversa?

Questi tre elementi determinanti per la relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale saranno illustrati più dettagliatamente qui di seguito.

Occorre prima osservare che il diritto internazionale non contiene prescrizioni generali su come deve essere attuato nel diritto nazionale. Ogni Stato è libero di decidere come adempiere i suoi obblighi di diritto internazionale. Se uno Stato li viola deve tuttavia assumersene in ogni caso la responsabilità (cfr. n. 6.2).

5.2 Validità

Ogni Stato decide autonomamente, in base a criteri politico-giuridici, se applicare direttamente il diritto internazionale nel proprio ordinamento giuridico nazionale oppure se trasporlo mediante un atto legislativo nazionale. Nella teoria giuridica sulla questione si oppongono due grandi sistemi, il monismo e il dualismo.

Il *monismo* trae origine dalla dottrina del diritto naturale secondo cui vi è un ordinamento giuridico unico e coerente¹⁹. Secondo la dottrina monistica, il diritto internazionale diviene automaticamente parte del diritto nazionale (cosiddetta adozione).

Il *dualismo* trae origine dai nazionalismi del XIX secolo: nell'epoca in cui si costituivano gli Stati nazionali, l'entità statale apparve come massima autorità, che verso l'esterno non doveva rendere conto a nessuno. Secondo la dottrina dualistica il diritto internazionale e quello nazionale si basano su fonti giuridiche differenti. Il primo nasce da un processo interstate, mentre il secondo è creato dal potere legislativo di ogni singolo Stato. Il diritto internazionale e quello nazionale costituiscono

¹⁸ Cfr. DTF 126 II 324, pag. 427 seg. Preminenza dei trattati sui diritti umani rispetto a trattati più specifici, p.es. preminenza della CEDU rispetto a un accordo bilaterale contrario ai diritti umani; cfr. ZBJV, volume 138, ottobre 2002, pag. 691 seg.

¹⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^a ed. 1960 (ristampa Vienna 1992), pag. 329.

pertanto due ambiti giuridici differenti che al massimo possono coincidere parzialmente, ma mai del tutto²⁰.

Oggigiorno, gli Stati che si basano sul dualismo lo applicano in una forma moderata secondo cui, per essere applicato su scala nazionale, il diritto internazionale deve essere trasposto nel diritto nazionale mediante un atto legislativo costitutivo. Per i trattati internazionali, l'atto legislativo richiesto è solitamente una legge che sottostà all'approvazione del Parlamento e che dichiara valido a livello nazionale un determinato trattato internazionale. Tale legge può costituire un semplice *ordine d'esecuzione*, in modo da non intaccare il carattere internazionale della norma adottata e permettere così che le sue successive modifiche si applichino direttamente a livello nazionale. La legge può tuttavia costituire anche un atto traspositivo (cosiddetta *recepimento specifico*). In tal caso il trattato è recepito in un atto legislativo nazionale, di regola in una legge e le modifiche del trattato internazionale non sono automaticamente valide a livello nazionale. Il recepimento specifico non è quindi uno strumento idoneo per il diritto internazionale consuetudinario, che è in costante evoluzione. Negli Stati che applicano la dottrina dualistica il diritto internazionale consuetudinario è trasposto nel diritto nazionale per mezzo di una norma costituzionale che gli conferisce validità generale (cosiddetta *recepimento generale*). Una forma moderata di dualismo è applicata dalla Germania, dal Regno Unito, dalla Svezia e dall'India (cfr. n. 7).

Riassumendo si può osservare che in generale il monismo è più aperto al diritto internazionale, poiché quest'ultimo è applicato direttamente nel diritto nazionale. Il dualismo pone invece in primo piano la sovranità dello Stato; il diritto internazionale è applicato soltanto se lo Stato lo consente per mezzo di un atto legislativo.

L'importanza pratica della distinzione tra monismo e dualismo è tuttavia relativa. Anche gli Stati dualistici sono tenuti a rispettare il diritto internazionale, poiché altrimenti si rendono responsabili a livello internazionale. Inoltre, anche negli Stati dualistici il diritto internazionale consuetudinario si applica spesso direttamente, mentre negli Stati monistici i trattati internazionali non creano obblighi per il singolo se non sono pubblicati secondo le prescrizioni del diritto nazionale.

Lo statuto riconosciuto al diritto internazionale sul piano interno dipende, oltre che dalla sua validità, anche dal modo in cui le autorità lo applicano e dal rango che esso occupa nella gerarchia nazionale delle norme. Il fatto che uno Stato ricorra spesso o soltanto con parsimonia all'applicazione diretta non dipende dalla concezione dualistica o monistica. Lo stesso dicasi per la questione della preminenza generale o soltanto relativa del diritto internazionale rispetto al diritto nazionale. Un passaggio dal monismo al dualismo ha pertanto soltanto ripercussioni limitate sul rango che il diritto internazionale riveste a livello nazionale. È in particolare nel contesto dell'Unione europea che la distinzione tra monismo o dualismo rimane assai relativa.

5.3 Applicabilità

Per quanto riguarda l'applicabilità del diritto internazionale si tratta di decidere se una norma di diritto internazionale si rivolge soltanto allo Stato o se fonda direttamente diritti e obblighi anche per le persone fisiche e giuridiche.

²⁰ Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Lipsia 1899, pag. 111.

Sono direttamente applicabili (giustiziabili, «self-executing») le norme che sono sufficientemente concrete e chiare da permettere alle persone fisiche o giuridiche di dedurre direttamente diritti o doveri che possono essere fatti valere o rivendicati dinanzi a un'autorità amministrativa o giudiziaria. Inversamente, le autorità e i giudici che attuano il diritto possono applicare direttamente siffatte norme del diritto internazionale.

Non sono invece direttamente applicabili (non giustiziabili, «non-self-executing» o «executory») le norme di natura programmatica o quelle che si rivolgono allo Stato nella sua globalità. Affinché fondino diritti e doveri per i privati, tali norme devono essere concretizzate dal legislatore nazionale, ossia di regola dal Parlamento.

In linea di massima le norme direttamente applicabili si rivolgono pertanto al potere esecutivo e a quello giudiziario, quelle non direttamente applicabili al potere legislativo. Se uno Stato accetta soltanto con moderazione l'applicazione diretta di norme di diritto internazionale, il legislatore può gestire in misura maggiore il diritto internazionale: può precisarne l'applicabilità o addirittura impedirla astenendosi dall'emanare un atto traspositivo, come mostra in particolare l'esempio degli Stati Uniti (cfr. n. 7.5.2). Tuttavia, con il maggiore margine di manovra del legislatore cresce anche il rischio di violare il diritto internazionale. Se l'applicazione diretta è invece gestita con maggiore liberalità, il diritto internazionale viene applicato direttamente dalle autorità amministrative e giudiziarie e ne risulta tendenzialmente rafforzata la posizione dei poteri esecutivo e giudiziario.

5.4 Rango

Per l'applicazione effettiva è decisivo il rango accordato al diritto internazionale rispetto al diritto nazionale. Affinché in uno Stato il diritto internazionale possa imporsi sul diritto interno, è di regola necessario che in caso di conflitto gli organi dello Stato in questione gli riconoscano la primazia. È infatti raro che autorità o procedure internazionali provvedano a imporre il diritto internazionale a livello nazionale. Le procedure per garantire l'applicazione della CEDU o del diritto europeo rappresentano sono un'eccezione.

Le teorie del monismo e del dualismo non conferiscono lo stesso rango al diritto internazionale. Nella concezione *monista con primato del diritto nazionale* lo Stato è vincolato solo dalle disposizioni del diritto internazionale che riconosce come vincolanti nei propri confronti. Per contro, secondo la teoria del *monismo con primato del diritto internazionale* quest'ultimo costituisce il fondamento per la validità dei diversi ordinamenti giuridici nazionali. È perciò escluso un conflitto tra il diritto internazionale e quello nazionale; il diritto nazionale non compatibile con il diritto internazionale è semplicemente nullo. Nella prassi degli Stati si è imposto, come anche in Svizzera (cfr. n. 8.6), un *monismo moderato* che prevede fundamentalmente la preminenza del diritto internazionale, pur riconoscendo la possibilità di conflitti tra quest'ultimo e le norme interne. Uno Stato può pertanto emanare leggi che a livello interno prevalgono sul diritto internazionale anche se non sono conformi a quest'ultimo. Tuttavia in tal caso vi è una violazione del diritto internazionale che fonda la responsabilità internazionale dello Stato e il suo obbligo di ristabilire una situazione conforme al diritto internazionale.

mantenere il controllo sulla controversia e pertanto di accettare o respingere le soluzioni proposte. Per contro le procedure di decisione giuridiche che chiudono le controversie con un lodo o una sentenza di un tribunale internazionale presuppongono che le parti siano disposte sin da principio a riconoscere come vincolante la decisione dell'autorità che risolve la controversia. Non esiste un numero definito di strumenti per la risoluzione delle controversie. Le parti possono impiegare anche strumenti diversi da quelli summenzionati oppure combinarli e completarli. Il diritto internazionale non prevede la priorità di un determinato strumento rispetto agli altri.

6.2 La responsabilità internazionale e le sue conseguenze concrete

La violazione del diritto internazionale da parte di uno Stato o di un altro soggetto di diritto internazionale, quale un'organizzazione internazionale, fonda la responsabilità di quest'ultimo²¹. Si tratta di un fatto incontestato dalla prassi degli Stati, dalla giurisprudenza internazionale e dalla dottrina.

Finora non è stato tuttavia approvato un trattato internazionale che disciplini in modo esaustivo tale responsabilità. Esistono però regole internazionali consuetudinarie che sono confluite in un progetto di codificazione della responsabilità degli Stati per atti illeciti, i cosiddetti «Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts» elaborati dalla Commissione del Diritto internazionale dell'ONU (International Law Commission). Nel luglio 2001 il progetto è stato adottato e sottoposto all'Assemblea generale dell'ONU (Risoluzione 56/83). Oltre a codificare regole del diritto consuetudinario, l'ILC ha tentato anche di chiarire e risolvere questioni irrisolte nel settore della responsabilità degli Stati²². Pur avendo già acquistato una notevole importanza nella prassi degli Stati e dei tribunali, questi articoli non sono ancora stati approvati dai Paesi membri dell'ONU nella forma di un trattato internazionale vincolante.

La responsabilità internazionale presuppone due elementi: un comportamento attribuibile a uno Stato o a un altro soggetto di diritto internazionale (1) che costituisce una violazione del diritto internazionale (2).

Se sussistono questi due elementi ed è quindi data la responsabilità internazionale, ne risultano i seguenti obblighi internazionali:

- innanzitutto lo Stato responsabile deve ristabilire una situazione conforme al diritto internazionale e cessare il suo comportamento non conforme al diritto internazionale. Tale obbligo risulta già dalla norma di diritto internazionale violata, che di regola continua a sussistere. È tuttavia anche ipotizzabile che una parte contraente che viola il diritto internazionale (p.es. in ragione della sua legislazione nazionale o di altri obblighi di diritto internazionale) sospenda o denunci il trattato in modo da non dover più adempiere i suoi obblighi internazionali. Tuttavia in tal modo non può sottrarsi alla sua responsabilità per le violazioni verificatesi quando era soggetta al trattato;

²¹ La violazione dello *ius cogens* non ha in generale conseguenze dirette, eccetto la nullità in caso di conflitto di norme illustrata nel n. 3.6. La responsabilità internazionale e le sue conseguenze sono analoghe a quelle del diritto internazionale consuetudinario.

²² Cfr. il commento ufficiale nello *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, pag. 20 segg.

- se non è possibile ristabilire del tutto o parzialmente la situazione conforme al diritto internazionale, lo Stato responsabile deve risarcire i danni;
- in caso di violazioni la cui entità non è quantificabile in denaro, al risarcimento dei danni subentra la riparazione del torto morale. Il risarcimento del torto morale può anche essere cumulato al risarcimento dei danni.

Se lo Stato responsabile non adempie questi obblighi, lo Stato leso ha a disposizione una serie di possibilità di reagire:

- l'intervento diplomatico su scala bilaterale o multilaterale, per aumentare la pressione sullo Stato responsabile, affinché quest'ultimo adempia i suoi obblighi di riparazione;
- la sospensione del trattato, a condizione che quest'ultimo lo preveda o con il consenso di tutte le parti (cfr. art. 57 e 58 Convenzione di Vienna). In caso di violazione sostanziale, un trattato internazionale può anche essere sospeso del tutto o parzialmente in modo unilaterale (cfr. art. 60 Convenzione di Vienna);
- l'estinzione con il consenso delle parti, la denuncia unilaterale del trattato (cfr. art. 54 e 56 Convenzione di Vienna) o addirittura la sospensione unilaterale senza rispettare i termini di denuncia. Tali possibilità sono tuttavia date soltanto come reazione a una violazione sostanziale del trattato (cfr. art. 60 Convenzione di Vienna).

Se queste reazioni non permettono di ristabilire una situazione conforme al diritto internazionale, per costringere le parti responsabili della violazione ad adempiere i loro obblighi restano a disposizione soltanto le misure coercitive. Sono possibili *measures retaliatory*, vale a dire misure che possono danneggiare lo Stato in questione ma non ne ledono direttamente i diritti. Esempi tipici sono la rottura delle relazioni diplomatiche, il rifiuto di concedere un aiuto allo sviluppo o un credito, come pure restrizioni del commercio o degli investimenti nell'ambito del diritto applicabile in materia di economia esterna. Sono inoltre ipotizzabili *rappresaglie*, ossia contromisure che di per sé violano il diritto internazionale, ma che sono eccezionalmente ammesse contro chi ha in precedenza violato il diritto internazionale. Tali contromisure devono rivolgersi esclusivamente contro lo Stato che non ha agito conformemente al diritto internazionale, essere proporzionate e rispettare il divieto dell'uso della forza previsto dallo Statuto dell'ONU e il diritto internazionale cogente. Sono ammesse segnatamente sanzioni politiche ed economiche.

Rispetto alla risoluzione pacifica delle controversie, tali misure coercitive sono applicate in modo molto restrittivo e soltanto in caso di violazioni gravi degli obblighi di diritto internazionale.

La CEDU prevede un disciplinamento particolare: nelle sue sentenze la Corte europea dei diritti dell'uomo può accertare nel caso concreto una violazione della CEDU. Le parti contraenti della CEDU sono tenute a conformarsi alle sentenze della Corte (art. 46 cpv. 1 CEDU). L'esecuzione delle sentenze – sia in un caso concreto sia nel caso di eventuali misure di natura generale – è controllata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa (art. 46 cpv. 2).

7 La relazione tra diritto internazionale e diritto interno in alcuni Stati scelti

7.1 Introduzione

La questione della relazione tra il diritto interno e il diritto internazionale ha assunto un'importanza fondamentale in tutti gli Stati. Qui di seguito sono illustrati in forma concisa i risultati di una perizia che l'Ufficio federale di giustizia ha chiesto al professor Daniel Thürer (Istituto di diritto internazionale e di diritto costituzionale estero dell'Università di Zurigo).

La perizia ha analizzato la prassi di Stati federalisti e centralisti, con sistema monistico o dualistico. Sono stati presi in considerazione Stati limitrofi della Svizzera (Repubblica federale di Germania, Francia), Stati che applicano l'ordinamento giuridico anglosassone (Regno Unito, Stati Uniti, India) e uno Stato scandinavo (Svezia).

Sono pochissimi quelli che applicano una forma pura di monismo o di dualismo. Sono possibili anche forme intermedie, ad esempio se in uno Stato di per sé monistico si attribuisce al Parlamento la competenza di dichiarare non direttamente applicabili («non-self-executing») determinati trattati o parti di trattati internazionali.

7.2 Repubblica federale di Germania

L'ordinamento costituzionale della Germania può essere definito come «aperto nei confronti del diritto internazionale», sia per l'orientamento di fondo di politica estera, sia per la sua tendenza a integrare il diritto internazionale. Questa tendenza è espressa in diverse disposizioni della Legge fondamentale (Grundgesetz; GG)²³.

7.2.1 Validità

Se disciplinano le relazioni politiche della Repubblica federale o se si riferiscono a un oggetto della legislazione federale, i trattati internazionali necessitano dell'approvazione o del coinvolgimento del potere legislativo (art. 59 cpv. 2 GG). La conclusione e l'esecuzione dei trattati amministrativi sono invece di competenza esclusiva del potere esecutivo. I trattati internazionali vengono approvati e attuati su scala nazionale per il tramite di una legge d'applicazione secondo le prescrizioni della procedura legislativa (art. 76 segg. GG). Tale atto è in parte inteso in senso trasformativo, ossia come trasposizione del diritto, in parte come puro ordine di applicazione del diritto («Rechtsanwendungsbefehl»; Corte costituzionale federale). Anche la validità interna della CEDU e del Trattato che istituisce la Comunità europea è basata su un *Vertragsgesetz*.

Per i principi generali del diritto e il diritto internazionale consuetudinario riconosciuto come tale dalla maggioranza degli Stati («regole generali del diritto interna-

²³ In particolare art. 25 GG (validità nazionale del diritto internazionale generale) art. 24 cpv. 2 GG (integrazione in un sistema di sicurezza collettivo). Cfr. anche art. 26 cpv. 1, 1 cpv. 2, 9 cpv. 2 (pace internazionale, diritti umani e intesa tra i popoli) e art. 23 e 24 cpv. 1 GG (appartenenza all'UE).

zionale»), l'articolo 25 GG statuisce la loro validità diretta su scala nazionale in quanto parte del diritto federale.

7.2.2 Applicabilità

La questione dell'*applicabilità diretta* dei trattati internazionale è in linea di principio risolvibile soltanto mediante l'interpretazione delle disposizioni del trattato da parte dell'organo statale che le deve applicare. Tale organo deve valutare se il contenuto, lo scopo e il tenore del trattato è già sufficientemente concreto o se è necessario precisarlo per mezzo di un ulteriore atto legislativo di diritto internazionale o interno. Lo stesso vale per il diritto consuetudinario e i principi generali del diritto.

7.2.3 Rango

Il rango di un trattato internazionale applicato a livello nazionale è definito in base all'atto traspositivo o esecutivo, ossia quello di semplice legge federale. Per chiarire il rapporto con altri atti legislativi di egual valore si applicano le regole generali d'interpretazione e in particolare il principio dell'interpretazione conforme al diritto internazionale. Anche la CEDU di principio non prevale quindi sulle leggi federali. Tuttavia la Corte costituzionale federale tende a stabilire la massima concordanza possibile tra questi diversi ambiti normativi.

Per opinione concorde, il diritto europeo prevale sugli atti legislativi nazionali. La Corte costituzionale federale ha posto un limite a tale principio soltanto nel caso in cui una disposizione del diritto europeo mettesse in questione l'identità della Costituzione della Repubblica federale di Germania, intaccandone le strutture costituenti²⁴.

L'articolo 25 GG statuisce esplicitamente che le regole generali del diritto internazionale – ossia i principi generali del diritto e il diritto internazionale consuetudinario – prevalgono nei confronti delle leggi tedesche. La giurisprudenza e la dottrina interpretano tale disposizione collocando tali regole generali in un rango tra il diritto costituzionale e quello legislativo. Ciò vale in parte anche per lo *ius cogens*.

7.2.4 Verifica giudiziaria

Il diritto internazionale valido e applicabile direttamente a livello nazionale deve essere applicato da tutti i tribunali tedeschi. Per quanto riguarda il diritto in materia di trattati internazionali, la Germania applica, un sistema diffuso, che autorizza tutti i tribunali specializzati a interpretarne il contenuto. Se sussistono dubbi in merito alla validità o all'applicabilità delle regole generali del diritto internazionale vige invece un obbligo da parte dei tribunali specializzati di basarsi sulla Corte costituzionale federale (art. 100 cpv. 2 GG). Inoltre, l'osservanza su scala nazionale delle regole generali del diritto internazionale è garantita dalla possibilità di adire la Corte costituzionale federale (art. 93 cpv. 1 GG). Di tale possibilità possono avvalersi tutti

²⁴ BVerfGE (Corte costituzionale federale tedesca) 37, 271, 277, «Solange I»; 73, 375, «Solange II».

coloro che ritengono di essere lesi nei loro diritti fondamentali da una norma che viola le regole generali del diritto internazionale.

7.3 Francia

La dottrina giuridica francese in materia di diritto internazionale è basata in larga misura sul monismo con primato del diritto internazionale. L'interpretazione delle norme della costituzione francese che riguardano il diritto internazionale è tuttavia controversa.

7.3.1 Validità

Secondo la teoria monistica dell'adozione, i trattati internazionali sono direttamente validi a livello nazionale, come si evince chiaramente dall'articolo 55 della Costituzione francese.

Per quanto riguarda la validità nazionale del diritto internazionale consuetudinario e dei principi generali del diritto, si presuppone in generale che anche tali regole siano direttamente valide a livello nazionale.

7.3.2 Applicabilità

Dinnanzi a un giudice o nell'ambito del diritto amministrativo una persona può invocare direttamente un trattato internazionale che fonda diritti o obblighi per il singolo cittadino ed è sufficientemente concreto, ossia che non ha bisogno di essere precisato da atti legislativi interni. Per motivi inerenti alla certezza del diritto tali trattati concernenti i diritti e gli obblighi del singolo cittadino devono essere pubblicati alla stregua degli atti legislativi interni. Se questi presupposti sono soddisfatti, le disposizioni di un trattato internazionale sono direttamente applicabili.

In virtù dell'articolo 14 del preambolo della Costituzione francese del 1946, il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto sono direttamente applicabili se le pertinenti disposizioni sono sufficientemente concrete.

7.3.3 Rango

La Costituzione non contiene alcuna disposizione che definisca la sua relazione con il diritto internazionale e il rango occupato da quest'ultimo. Mentre il Conseil constitutionnel e il Conseil d'État sono dell'avviso che la Costituzione prevalga sui trattati internazionali, la dottrina non è unanime. A parte il Conseil constitutionnel, nessun altro tribunale può verificare la costituzionalità dei trattati internazionali e ciò significa che nella prassi questi ultimi prevalgono sulla Costituzione. L'articolo 55 della Costituzione statuisce chiaramente che i trattati internazionali prevalgono sulle leggi nazionali. Spetta ai tribunali civili, penali e amministrativi realizzare questa preminenza.

Il rango ricoperto dal diritto internazionale consuetudinario e dai principi generali del diritto in seno all'ordinamento giuridico francese è controverso. La dottrina più recente concorda unicamente sul fatto che essi prevalgono sulle leggi ma non sulla Costituzione. La varietà delle opinioni presenti nella dottrina è notevole. Neanche la giurisprudenza dà una risposta univoca alla questione.

7.3.4 Verifica giudiziaria

La costituzionalità dei trattati può come detto essere verificata preventivamente dal Conseil constitutionnel, mentre l'applicazione del primato dei trattati internazionali sulle leggi nazionali, statuita dall'articolo 55 della Costituzione, è di competenza dei tribunali civili, penali e amministrativi.

La dottrina ritiene che il Conseil constitutionnel possa dichiarare anticostituzionale una legge che viola le regole generali del diritto internazionale; tuttavia un caso del genere non si è finora mai verificato. Agli altri tribunali questa possibilità non è data: devono applicare la legge, interpretandola tuttavia conformemente al diritto internazionale consuetudinario e ai principi generale del diritto.

7.4 Regno Unito

Il Regno Unito non ha una Costituzione scritta. Quest'ultima è costituita materialmente da una serie di documenti storici, trattati e leggi parlamentari. Tuttavia, tale insieme di regole non è mai stato codificato in un documento costituzionale scritto. Le fonti più importanti del diritto costituzionale britannico sono la legislazione («statutes», in particolare le leggi parlamentari) e la giurisprudenza del tribunale supremo («case law»). La «case law» può basarsi sulla «common law» (leggi e usi riconosciuti da tempo immemorabile dai tribunali) o sull'interpretazione della «statute law», ossia della legislazione. Le regole della «common law» possono essere modificate dal Parlamento. Il principio costituzionale supremo è la dottrina della sovranità del Parlamento, nozione che si ripercuote su ogni aspetto della relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale. La sola restrizione a questo principio è data dall'appartenenza all'Unione europea.

7.4.1 Validità

Per essere validi nel Regno Unito, i trattati internazionali devono di regola essere trasposti per mezzo di un atto legislativo di diritto interno. Con tale prassi s'intende evitare che il potere esecutivo (la Corona) si appropri di competenze che spettano al potere legislativo. La prassi britannica è una conseguenza diretta della dottrina della sovranità del Parlamento.

Il diritto internazionale consuetudinario che ha valenza universale o che è conforme alla convinzione giuridica nazionale ha automaticamente validità nazionale come «law of the land» o parte della «common law». Lo stesso vale per i principi generali del diritto. La giurisprudenza dei tribunali è oggi interpretata come espressione della teoria monistica dell'adozione.

7.4.2 Applicabilità

L'applicazione di trattati internazionali da parte dei tribunali presuppone un atto di trasposizione. Il diritto europeo costituisce un'eccezione, in quanto è stato dichiarato direttamente valido da un atto parlamentare e di conseguenza anche direttamente applicabile. Di conseguenza, i tribunali possono applicare e interpretare direttamente il diritto europeo. Non si può tuttavia negare che i trattati internazionali non trasposti, quali in particolare la CEDU fino all'emanazione del «Human Rights Act» nel 1998, abbiano esercitato un'influenza indiretta. In quanto strumenti interpretativi possono influire notevolmente sulla giurisprudenza. Il grande influsso della CEDU sulla giurisprudenza britannica mostra come in definitiva la scelta tra un sistema monistico o dualistico non si ripercuota in maniera decisiva sulla facoltà del diritto internazionale d'imporsi sul piano interno.

Per quanto riguarda il diritto consuetudinario e i principi generali del diritto, il Regno Unito non distingue tra validità e applicabilità. Le norme del diritto consuetudinario che corrispondono alla concezione britannica del diritto sono valide a livello nazionale e vengono applicate come «law of the land», ossia come diritto interno.

7.4.3 Rango

Come menzionato, per essere validi a livello nazionale, i trattati internazionali devono essere trasposti mediante un atto parlamentare. Il diritto internazionale trasposto mediante la «statute law» occupa lo stesso rango di quest'ultima. Un'eccezione è anche qui costituita dal diritto europeo: il diritto europeo direttamente valido prevale nei confronti della legislazione contraria, sia essa attuale o futura. Il diritto internazionale consuetudinario che ha valenza universale o è conforme alla concezione nazionale del diritto è, in quanto «law of the land», automaticamente parte della «common law», e in quanto tale è subordinato alla «statute law». Lo stesso vale per i principi generali del diritto.

7.4.4 Verifica giudiziaria

Nel Regno Unito i tribunali, indipendentemente dal loro grado, non possono verificare la conformità della «statute law» con il diritto internazionale. Un'eccezione è costituita dal diritto europeo: i tribunali possono imporre il primato del diritto europeo direttamente valido nei confronti del diritto nazionale. Inoltre, applicano il diritto internazionale consuetudinario e interpretano la «statute law» conformemente al diritto internazionale, contribuendo così all'applicazione e allo sviluppo di quest'ultimo.

7.5 Stati Uniti d'America

All'epoca della loro fondazione gli Stati Uniti avevano un atteggiamento molto aperto nei confronti del diritto internazionale. Nel corso della loro storia tuttavia tale atteggiamento si è progressivamente trasformato in un deciso scetticismo. I tribunali

e le autorità esecutive nazionali e degli Stati federali non s'impegnano affatto a favore di un'attuazione per quanto possibile efficace del diritto internazionale. L'applicazione del diritto internazionale è stata ripetutamente rifiutata rinviando al diritto nazionale o addirittura al diritto di uno Stato federale. La *Supreme Court* ha inoltre osservato che una sentenza della Corte internazionale di Giustizia non esplica effetti giuridici diretti e quindi non vincola le autorità giudiziarie.

7.5.1 Validità

A prima vista gli Stati Uniti seguono il sistema tradizionalmente definito monistico. In linea di massima i trattati internazionali costituiscono anche diritto nazionale senza ulteriore trasposizione (art. VI(2) della Costituzione degli Stati Uniti).

Il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto non sono menzionati esplicitamente nella Costituzione. Seguendo la tradizione inglese, la *Supreme Court* ha definito il diritto internazionale consuetudinario «law of the land»; esso viene integrato nel diritto nazionale senza ulteriori procedure, anche se gli Stati Uniti pongono spesso esigenze molto rigide alla creazione di diritto internazionale consuetudinario.

7.5.2 Applicabilità

Negli Stati Uniti l'attuazione dei trattati internazionali dipende fondamentalmente dal criterio dell'applicabilità diretta. Alla base della decisione sull'applicabilità diretta non vi sono in primo luogo criteri giuridici o di contenuto, quali in particolare una sufficiente concretezza, bensì soprattutto criteri politici. In occasione della ratifica di trattati sui diritti umani gli Stati Uniti dichiarano ormai da tempo di ritenere non direttamente applicabili tutte le disposizioni materiali, che quindi devono essere dapprima trasposte nel diritto nazionale.

Questo obbligo di trasposizione costituisce un ulteriore elemento che può rallentare notevolmente l'inserimento del diritto internazionale nel diritto nazionale. In definitiva ciò significa che di fatto, prima che il diritto internazionale possa essere applicato dai tribunali americani, è necessaria una trasposizione, anche se teoricamente gli Stati Uniti seguono il modello dell'adozione diretta di stampo monistico.

Il diritto internazionale consuetudinario è applicato direttamente se è «self executing», ossia abbastanza concreto da poter essere attuato dai tribunali. Dato che una norma è riconosciuta come diritto consuetudinario soltanto se è in uso e l'uso presuppone un comportamento ben definito, il carattere «self executing» è probabilmente sempre dato.

7.5.3 Rango

Dall'autoreferenzialità dell'ordinamento giuridico statunitense consegue che la Costituzione, in quanto sistema normativo supremo, non può in alcun modo essere integrata, modificata o limitata da norme di diritto internazionale. Non è stabilito alcun ordine gerarchico tra le leggi federali e gli accordi internazionali. Tuttavia,

secondo la giurisprudenza prevale in generale la norma più recente e quindi una legge contraria al diritto internazionale può essere approvata e applicata. I trattati internazionali prevalgono per contro sulla «common law» e sul diritto degli Stati federali.

Il rango del diritto internazionale consuetudinario equivale a quello della «common law» ed è quindi subordinato alla Costituzione e alle leggi federali, ma prevale sul diritto degli Stati federali.

7.5.4 Verifica giudiziaria

In linea di principio spetta fundamentalmente ai tribunali federali giudicare le questioni di diritto internazionale. L'istanza suprema è la *Supreme Court*, ma chi si appella a quest'ultima non può di regola esigere che il tribunale si occupi della causa. La *Supreme Court* è anche l'ultima istanza per controversie che comprendono aspetti di diritto internazionale e per le quali è stato adito un tribunale di uno Stato federale.

7.6 Svezia

Visto che la Svezia applica il sistema traspositivo, il suo ordinamento giuridico non può in generale essere definito favorevole al diritto internazionale. Inoltre, per ragioni dovute al principio fondamentale della sovranità del Parlamento, vi è uno scetticismo di fondo nei confronti del diritto internazionale. Si può tuttavia attualmente constatare un lento allontanamento da un rigido sistema traspositivo, in quanto i tribunali svedesi considerano in parte il diritto internazionale come fonte giuridica autonoma.

7.6.1 Validità

La Svezia applica il sistema dualistico. Per essere valido il diritto internazionale deve quindi in linea di principio essere dapprima trasposto nel diritto nazionale. Il recepimento può avvenire in vari modi: attraverso un ordine esecutivo, una legge traspositiva o un rinvio, e a volte mediante una combinazione di questi metodi. La scelta avviene in base a criteri pratici. La necessità della trasposizione vale per tutti i trattati internazionali e quindi anche per la CEDU.

La situazione è più complessa per quanto riguarda il diritto comunitario. Per il diritto europeo primario è necessaria la trasposizione, mentre il diritto europeo secondario è valido direttamente, senza necessità di recepimento.

La validità immediata del diritto internazionale consuetudinario e dei principi generali del diritto è controversa. La dottrina è in parte del parere che essi debbano dapprima essere recepiti. Altri ritengono che almeno i principi più fondamentali della tutela dei diritti umani siano direttamente validi.

7.6.2 Applicabilità

In linea di massima il diritto internazionale – indipendentemente dal fatto che sia «self executing» o no – va trasposto nel diritto interno e può quindi essere applicato soltanto indirettamente. Tuttavia, per quanto possibile, i tribunali svedesi applicano gli atti traspositivi conformemente al diritto internazionale. Di conseguenza, pur non essendo applicati direttamente, i trattati internazionali costituiscono una fonte di diritto perlomeno indiretta.

Vi sono però delle eccezioni alla regola secondo cui il diritto internazionale non è applicabile direttamente e deve essere recepito, ad esempio per il diritto comunitario secondario. Tale eccezione vale anche per i principi generali del diritto e per il diritto internazionale consuetudinario. Nella prassi i tribunali li applicano direttamente anche in assenza di una legge che lo preveda.

7.6.3 Rango

La Costituzione stabilisce quali norme debbano essere emanate mediante una legge formale o ad esempio per mezzo di un'ordinanza. L'atto traspositivo ricopre in linea di principio la posizione gerarchica assegnatagli dalla Costituzione. In caso di conflitto con il diritto interno, quest'ultimo ha il primato sui trattati internazionali ordinari, i principi generali del diritto e il diritto internazionale consuetudinario. A differenza di quanto avviene in Svizzera, la CEDU prevale sulle leggi e sulle ordinanze governative soltanto in caso di contraddizioni evidenti. La relazione tra diritto comunitario e Costituzione svedese è controversa. Il Governo è del parere che la Costituzione prevalga in ogni caso.

7.6.4 Verifica giudiziaria

Analogamente alla Svizzera, la Svezia non ha una corte costituzionale vera e propria. Ogni tribunale e ogni autorità che applica il diritto può rifiutare l'applicazione di una norma che fosse in contraddizione evidente con il diritto di grado superiore. In tal caso viene formalmente abrogato solo l'atto applicativo, ma non la norma stessa. Non esiste un controllo astratto delle norme, bensì soltanto un controllo nel caso concreto e non è chiaro se una verifica debba avvenire d'ufficio o soltanto su domanda di una parte. Nella prassi, soltanto i tribunali superiori decidono di non applicare il diritto positivo, gli altri non si oppongono alla volontà del legislatore. Dal 1909 esiste inoltre un consiglio giuridico, composto da giudici della Corte suprema di giustizia e dal Tribunale amministrativo supremo, che durante la procedura legislativa esprime preventivamente il suo parere in merito a potenziali conflitti di norme, ma le sue raccomandazioni non sono in alcun modo vincolanti.

7.7 India

Fino al 15 agosto 1947 l'India è stata una colonia inglese. Dopo la decolonizzazione, con la Costituzione indiana del 26 gennaio 1950 i tribunali indiani hanno ripreso in larga misura la giurisprudenza britannica e del Commonwealth. La giurisprudenza e

la dottrina indiana poggiano quindi ampiamente su quella britannica e del Commonwealth.

7.7.1 Validità

Per la validità nazionale del diritto internazionale l'India segue il metodo dualistico. Affinché gli accordi internazionali siano validi a livello interno devono di regola essere trasposti mediante un atto legislativo nazionale. Tuttavia in passato l'India ha concluso numerosi trattati internazionali senza che il legislatore abbia provveduto alla necessaria trasposizione. I tribunali interpretano tuttavia le leggi indiane alla luce dei principi contenuti in tali trattati, al fine di evitare lacune nell'attuazione degli obblighi derivanti dai trattati internazionali.

In India è controverso se per l'applicazione del diritto internazionale consuetudinario sia necessario un atto trasformativo. In un *obiter dictum* la corte suprema indiana («Supreme Court») ha confermato la validità della teoria dell'adozione diretta (monismo) del diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia la dottrina indiana, richiamandosi a disposizioni della Costituzione indiana, rifiuta quest'interpretazione e perora l'applicazione del sistema dualistico. L'ordinamento giuridico indiano non si esprime esplicitamente sul rapporto con i principi generali del diritto. Di regola essi sono trattati come il diritto internazionale consuetudinario.

7.7.2 Applicabilità

L'applicazione dei trattati internazionali da parte dei tribunali presuppone un atto traspositivo. Alcune disposizioni di trattati internazionali che non possono essere applicate difettando un atto traspositivo esercitano tuttavia un'influenza indiretta. Infatti, i tribunali indiani vi si riferiscono (p.es. ai due Patti dell'ONU sui diritti umani) per interpretare leggi nazionali.

L'India non distingue tra validità e applicabilità del diritto consuetudinario internazionale. Le norme consuetudinarie che corrispondono alla convinzione giuridica indiana possono essere applicate direttamente dai tribunali. Esse acquisiscono validità attraverso l'applicazione; inversamente, l'applicazione ne è condizione di validità.

7.7.3 Rango

Il rango degli accordi internazionali equivale a quella dell'atto legislativo che ne decreta la validità a livello nazionale. Il diritto internazionale consuetudinario che contraddice un atto legislativo del Parlamento non è valido a livello nazionale. La «statute law» prevale quindi sul diritto internazionale consuetudinario, che è considerato «common law», indipendentemente dal fatto che sia più o meno recente. La giurisprudenza tenta tuttavia di attenuare il principio del primato della «statute law» con la presunzione della sua conformità al diritto internazionale.

7.7.4

Verifica giudiziaria

I tribunali svolgono un ruolo fondamentale per la validità del diritto internazionale in India. Poiché usano come strumenti interpretativi i trattati internazionali non trasposti, ne statuiscono indirettamente la validità. Mediante il suo riconoscimento e la sua applicazione il diritto internazionale consuetudinario è trasformato in «common law».

7.8

Riassunto

In generale si può constatare quanto segue:

- il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto non sono trasposti mediante un atto legislativo nazionale neppure negli Stati dualistici, bensì sono validi direttamente. Un vero e proprio modello traspositivo si applica soltanto ai trattati internazionali;
- anche se il monismo sembra permettere un'attuazione rapida ed efficace del diritto internazionale da parte degli Stati, uno sguardo alla prassi mostra che anche con il dualismo si possono raggiungere risultati favorevoli al diritto internazionale. Un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto internazionale permette spesso di evitare conflitti tra i sistemi e di trovare soluzioni armoniose. Molto dipende anche dall'atteggiamento delle autorità nazionali, ossia dalla loro volontà di rispettare il diritto internazionale;
- parallelamente alla creazione e all'ampliamento a livello internazionale di meccanismi per imporre il diritto, quali tribunali, autorità simili a tribunali o sistemi di controllo e vigilanza, sembra crescere anche l'esigenza pratica di permettere la validità e l'applicazione diretta del diritto internazionale a livello nazionale, di creare negli Stati stessi autorità di controllo giudiziarie per garantire l'interpretazione e l'applicazione corretta, nonché di istituire autorità e procedure per impedire conflitti tra i due ordinamenti;
- nessuno degli Stati analizzati accorda meccanicamente al diritto internazionale il primato sul diritto interno; svolgono un ruolo fondamentale diverse procedure di ponderazione e i tribunali cercano soluzioni pragmatiche adattate alla specifica situazione, tenendo conto anche dei valori e principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti costituzionali, ad esempio nel settore dei diritti fondamentali;
- in nessuno dei Paesi analizzati (e probabilmente in nessun altro Paese) si è sinora proceduto a una modifica formale del sistema. Tale modifica sarebbe estremamente complessa e causerebbe notevoli oneri burocratici;
- in nessuno dei Paesi analizzati lo *ius cogens* è specificamente menzionato (mediante un rinvio al diritto internazionale vigente o come nozione costituzionale autonoma);
- sembrano essere apprezzati meccanismi che permettono di escludere preventivamente conflitti tra il diritto interno e il diritto internazionale. Un esempio interessante è costituito dal Consiglio giuridico svedese, che nel corso del

processo legislativo può fornire opinioni non vincolanti in merito a potenziali conflitti di norme e perciò svolge una sorta di controllo costituzionale preventivo.

8 La relazione tra diritto internazionale e diritto interno in Svizzera

8.1 Introduzione

Il presente capitolo illustra il modo in cui il diritto interno disciplina il suo rapporto con il diritto internazionale. In tale contesto si pone la maggior parte delle questioni controverse menzionate all'inizio del presente rapporto, ad esempio come procedere se un'iniziativa popolare viola il diritto internazionale non cogente o più in generale come risolvere un conflitto tra il diritto interno e il diritto internazionale. Un'altra questione riguarda le conseguenze nell'ordinamento interno dell'interpretazione dinamica che determinati organi internazionali, in particolare la Corte europea dei diritti umani, danno alle convenzioni di cui garantiscono il rispetto. Il presente capitolo esamina anche se il diritto svizzero vigente offra risposte soddisfacenti a tali questioni o se vi sono delle lacune.

Come la relazione tra diritto internazionale e diritto interno in generale, anche quella tra diritto internazionale e diritto svizzero si definisce in base ai tre criteri classici della validità, dell'applicabilità e del rango. Per quanto attiene alla validità del diritto internazionale, la Svizzera segue per tradizione il sistema monistico, secondo cui con la sua entrata in vigore il diritto internazionale diventa parte del diritto nazionale (n. 8.2). Per quanto riguarda l'applicabilità, il diritto internazionale è direttamente applicabile se è sufficientemente concreto da formare la base per una decisione. Tale criterio non crea problemi e sarà trattato soltanto brevemente nel numero 8.3. Il terzo criterio, quello del rango, solleva invece varie questioni a cui il nostro ordinamento giuridico non risponde in modo chiaro. Si pensi ad esempio alla soluzione da adottare in caso di conflitto tra una norma costituzionale o di legge da una parte e il diritto internazionale dall'altra.

La questione del rango del diritto internazionale va esaminata sia astrattamente sia per quanto riguarda le sue ripercussioni pratiche. Dal punto di vista astratto si tratta di definire la posizione del diritto internazionale nella gerarchia del diritto interno. Per le conseguenze pratiche, occorre accertare se nel caso concreto prevalga il diritto internazionale o quello interno. La risposta a questa domanda è di massima importanza per la prassi. La questione del rango è perciò strettamente legata alla tematica del conflitto tra le norme. Il capitolo dedicato al rango (n. 8.4) è perciò seguito da un capitolo sul conflitto di norme: tra il diritto internazionale e la Costituzione federale da una parte e tra il diritto internazionale e le leggi federali dall'altra (n. 8.6). Occorre notare che vi è tuttavia un conflitto soltanto se non è possibile un'interpretazione conforme al diritto internazionale (n. 8.5). Un capitolo distinto del rapporto tratterà la relazione tra diritto internazionale e iniziative popolari (n. 8.7). L'ultimo capitolo (n. 8.8) si occupa della verifica giudiziaria di questioni inerenti alla relazione tra diritto internazionale e diritto interno.

L'ordinamento giuridico svizzero è monistico²⁵. Ciò era implicito già nella Costituzione federale del 1874 (vCost.), che non prevedeva alcuna procedura di trasposizione del diritto internazionale nel diritto nazionale, tipica dei sistemi dualistici. Infatti, l'approvazione dei trattati internazionali da parte dell'Assemblea federale (art. 85 n. 5 vCost.; art. 166 cpv. 2 Cost.) non costituisce un atto di trasposizione, poiché l'approvazione non segue la procedura legislativa e non sottostà al referendum legislativo. Inoltre il Tribunale federale tratta i ricorsi di privati per violazione del diritto internazionale (art. 113 cpv. 1 n. 3 vCost.; Art. 189 cpv. 1 lett. b Cost.). La Costituzione federale permette quindi al singolo cittadino di invocare direttamente norme di diritto internazionale, il che corrisponde chiaramente a un sistema monistico. In questo senso, l'articolo 2 delle disposizioni transitorie della Costituzione del 1874 dichiarava abrogate alla sua entrata in vigore solo le disposizioni contraddittorie del diritto interno, ma non quelle del diritto internazionale. Il diritto internazionale conservava la sua validità, come si conviene a un sistema monistico. La Costituzione federale del 1999 statuisce inoltre esplicitamente che la Confederazione e i Cantoni devono rispettare il diritto internazionale (art. 5 cpv. 4), che quest'ultimo è determinante per tutte le autorità che applicano il diritto (art. 190 Cost.) e che una revisione della Costituzione federale non può violare le disposizioni cogenti del diritto internazionale (art. 193 cpv. 4, 194 cpv. 2 Cost.). Anche se non è statuito esplicitamente nella nuova Costituzione federale, il carattere monistico dell'ordinamento giuridico svizzero vi è quindi espresso in maniera ancora più chiara.

Dato che l'ordinamento giuridico svizzero è monistico, l'attuazione degli obblighi di diritto internazionale non è complicata. Affinché il diritto internazionale sia valido a livello nazionale non è necessaria una procedura particolare. La Svizzera pratica un monismo moderato (cfr. n. 5.4).

Già nelle sue prime decisioni il *Tribunale federale* ha riconosciuto il principio della validità diretta del diritto internazionale²⁶. Solo in due decisioni del 1923 e del 1933 espresse il parere che l'approvazione di un trattato internazionale da parte dell'Assemblea federale avesse l'effetto di dare forza di legge al suo contenuto e di dichiararlo vincolante per le autorità e i cittadini²⁷. Le decisioni riguardavano unicamente la validità di trattati internazionali; il Tribunale federale non ha mai messo in questione la validità diretta del diritto internazionale consuetudinario e dei principi generali del diritto. Inoltre, entrambe le decisioni sono rimaste isolate. Da allora il Tribunale federale ha ripetutamente confermato il principio della validità diretta del diritto internazionale²⁸.

²⁵ Cfr. recentemente DTF 127 II 177, pag. 181; per la dottrina cfr. la panoramica in Robert Baumann, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Zurigo 2002, n. 342; Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 125; cfr. anche Messaggio concernente la legge sui titoli contabili e la Convenzione dell'Aia sugli strumenti finanziari del 15 novembre 2006, FF 2006 8533, pag. 8614; Parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54, pag. 403; Perizia della Direzione del diritto internazionale del 18 marzo 1999, GAAC 64.21, pag. 276.

²⁶ DTF 3 270, pagg. 285–286; DTF 7 774, pagg. 781–782; DTF 27 I 192, pag. 194; DTF 35 I 411, pag. 415 consid. 3; DTF 44 I 49, pag. 53–54.

²⁷ DTF 49 I 188, pagg. 195–196; DTF 59 II 331, pagg. 337–338; cfr. Robert Baumann, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Zurigo 2002, nota 386.

²⁸ Cfr. recentemente DTF 127 II 177, pag. 181.

La maggior parte della *dottrina* approva il monismo. Solo pochi autori hanno preso in considerazione un passaggio al dualismo²⁹. Il dualismo non corrisponde alla tradizione giuridica svizzera, che si distingue per il suo carattere pragmatico e non dogmatico³⁰.

8.3 Applicabilità

Secondo l'articolo 5 capoverso 4 Cost. la Confederazione e i Cantoni – ossia tutti gli organi statali – devono rispettare il diritto internazionale. «Rispettare» non significa soltanto che non devono violarlo, bensì anche che devono applicarlo a livello interno. Una prassi favorevole all'applicazione diretta permette di soddisfare quest'esigenza; essa contribuisce a rendere maggiormente coscienti i cittadini dell'importanza concreta del diritto internazionale e quindi ne favorisce l'attuazione. La vigilanza esercitata dai singoli cittadini interessati alla salvaguardia dei propri diritti costituisce inoltre un mezzo efficace per garantire il massimo effetto al diritto internazionale³¹. In Svizzera le norme del diritto internazionale sono quindi di regola direttamente applicabili. Questo principio si deduce anche dall'articolo 189 capoverso 1 lettera b Cost., secondo cui il Tribunale federale giudica le controversie per violazione del diritto internazionale, e dall'articolo 190 Cost., secondo cui il diritto internazionale è decisivo per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate di applicare il diritto.

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 caso³². Se questa condizione è adempiuta è una questione di interpretazione, che va fatta caso per caso. Affinché da un trattato o una decisione internazionale possano derivare obblighi per i privati è necessario che essi siano pubblicati nella Raccolta ufficiale delle leggi federali (art. 8 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 1 LPubl). Le altre norme del diritto internazionale non soggiacciono a questa condizione e creano obblighi anche senza essere pubblicate. Se una disposizione di diritto internazionale non è direttamente applicabile perché non è abbastanza concreta o perché la disposizione stessa o il

²⁹ Thomas Fleiner-Gerster (Völkerrecht – Landesrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen zum Verhältnis des Landesrechts zum internationalen Recht, in: Walter Haller et al. (a. c. di), Festschrift für Dietrich Schindler, Basilea/Francoforte 1989, pagg. 697–699) giunge ad esempio alla conclusione che pur non corrispondendo a concetti idealistici, il dualismo di diritto internazionale e diritto interno è forse più realistico e proprio per questo permetterebbe una migliore integrazione internazionale.

³⁰ Come ha scritto Yvo Hangartner (Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Auslegeordnung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsreform, SJZ 1998, pag. 206): «I nostri avi avrebbero scosso la testa di fronte all'affermazione che per essere valido nel Cantone di Uri un trattato tra Svitto e Uri doveva prima essere trasformato nel diritto di Uri» (traduzione).

³¹ Cfr. il rapporto del Consiglio federale del 24 agosto 1988 sulla posizione della Svizzera nel processo d'integrazione europea, FF 1988 III 209.

³² DTF 129 II 249, pag. 257 consid. 3.3; DTF 124 III 90, pag. 91 consid. 3a; Parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54, pag. 403; Perizia della Direzione del diritto internazionale del 4 marzo 1998, GAAC 64.21, pag. 273 seg.

trattato di cui fa parte ne esclude l'applicazione diretta, l'autorità competente deve precisarla³³. Anche nel caso di disposizioni di diritto internazionale direttamente applicabili è possibile e consentita un'ulteriore concretizzazione.

In virtù dell'articolo 141a Cost. l'Assemblea federale ha la possibilità di includere nel decreto di approvazione di un trattato internazionale una modifica costituzionale o legislativa. Questo metodo permette di evitare decisioni popolari contraddittorie che avrebbero conseguenze negative sulla credibilità della Svizzera in quanto parte contraente affidabile. Inoltre, questo modo di procedere evidenzia maggiormente la portata del trattato, rendendolo più trasparente per l'Assemblea federale e il Popolo, e snellisce la procedura legislativa.

Nella prassi non è sempre facile distinguere le disposizioni di diritto internazionale direttamente applicabili da quelle non direttamente applicabili. Per molto tempo il Tribunale federale ha applicato disposizioni di diritto internazionale senza esaminarne la giustiziabilità e presumendo quindi l'applicazione diretta. Soltanto nel 1962 il Tribunale federale si è per la prima volta soffermato sulla questione³⁴. In seguito ha sviluppato un'abbondante giurisprudenza in merito alla determinazione dell'applicabilità diretta. I criteri adottati coincidono in larga misura con quelli impiegati nell'ambito del principio di legalità. L'applicazione diretta è da prendere in considerazione se sussiste un elevato interesse alla tutela dell'individuo. Inversamente, notevoli ripercussioni globali sullo Stato, situazioni complesse che sono difficilmente individuabili nell'ambito della verifica giudiziaria di un singolo caso e notevoli ripercussioni finanziarie sono elementi a sfavore dell'applicazione diretta. Inoltre, se l'applicazione diretta presuppone valutazioni politiche o il chiarimento di questioni di fondo, il Tribunale federale opera con ritegno³⁵.

In altre parole, il Tribunale federale evita di concretizzare disposizioni di diritto internazionale nei casi in cui questo compito compete all'Assemblea federale in virtù del principio di legalità. Inoltre, all'Assemblea federale (o al Consiglio federale per i trattati di sua competenza) è data la facoltà di esprimere una riserva se reputa che un trattato internazionale formulato di per sé in modo chiaro non debba essere direttamente applicabile.

8.4 Rango

Il presente capitolo tratta il rango del diritto internazionale da un punto di vista astratto. In altre parole intende chiarire la posizione che occupa il diritto internazionale nella gerarchia del diritto interno.

L'ordinamento giuridico interno può definire autonomamente la posizione del diritto internazionale in seno alla gerarchia delle norme nazionali. La questione non è disciplinata dal diritto internazionale, che si limita a esigere il rispetto dei trattati internazionali e delle altre norme internazionali (*pacta sunt servanda*) e non prescrive neppure il modo in cui gli Stati devono garantire questo risultato.

³³ Parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54, pag. 403.

³⁴ DTF 88 I 86; cfr. Olivier Jacot-Guillarmod, L'application directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile, SJIR 1989, pag. 135 segg.

³⁵ Daniel Wüger, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berna 2005, pag. 14.

Nella gerarchia degli atti normativi intrastatali della Svizzera il primo posto è occupato dalla Costituzione. Seguono le leggi federali e infine le ordinanze. Il diritto cantonale è subordinato al diritto federale. Il diritto di rango inferiore deve conformarsi a quello di rango superiore e non può divergere da quest'ultimo né modificarlo³⁶.

Ma qual è la posizione del diritto internazionale in questa gerarchia? A differenza di quanto previsto dall'articolo 49 Cost. per il rapporto tra diritto federale e diritto cantonale, la Costituzione federale non sancisce esplicitamente il primato del diritto internazionale rispetto al diritto nazionale. L'articolo 5 capoverso 4 Cost. statuisce tuttavia che la Confederazione e i Cantoni devono rispettare il diritto internazionale. La formulazione non è casuale, bensì frutto di riflessioni profonde in occasione della revisione della Costituzione federale³⁷. Essa costituisce una soluzione di compromesso tra una menzione esplicita del primato del diritto internazionale, da noi proposta in un primo tempo nell'avamprogetto del 1995, e formulazioni più moderate quali «tiene conto...» o «considera...» che si ritrovano in altri articoli della Costituzione (per esempio negli art. 46 cpv. 3 e 88 cpv. 3). L'articolo 5 capoverso 4 «sancisce l'obbligo della Confederazione e dei Cantoni di osservare il diritto internazionale. Questo precetto si rivolge a tutti gli organi dello Stato ed è un corollario del principio secondo cui le norme del diritto internazionale prevalgono per principio su quelle contrarie del diritto interno»³⁸. Dalla disposizione non si può tuttavia concludere che la Costituzione riconosca senza riserve il primato del diritto internazionale, com'è il caso per il primato del diritto federale sul diritto cantonale (cfr. art. 49 cpv. 1 Cost.). Non se ne può neppure dedurre una regola generale per la soluzione di conflitti tra il diritto interno e il diritto internazionale.

Quanto detto vale anche per l'articolo 190 Cost., che non definisce il rango del diritto internazionale né costituisce una regola generale per risolvere i conflitti. La disposizione concerne l'applicazione del diritto da parte dei tribunali e di altre autorità e ha l'obiettivo di evitare che questi ultimi verifichino la costituzionalità del diritto interno o internazionale (cfr. n. 8.6). Gli articoli 193 capoverso 4 e 194 capoverso 2 Cost. riguardano soltanto la revisione della Costituzione e obbligano il potere costituente a rispettare le norme cogenti del diritto internazionale. L'articolo 139 capoverso 2 Cost. obbliga pertanto l'Assemblea federale a dichiarare nulle le iniziative popolari che violano disposizioni cogenti del diritto internazionale. Da ciò si può tutt'al più dedurre che le norme cogenti del diritto internazionale si trovano in prima posizione nella gerarchia delle norme, ma non se ne può dedurre alcunché per il diritto internazionale non cogente, che rappresenta la maggior parte delle norme internazionali.

Di regola il Tribunale federale postula il primato del diritto internazionale rispetto al diritto interno, anche se riconosce alcune eccezioni. Anche la grande maggioranza della dottrina riconosce di principio la preminenza del diritto internazionale rispetto al diritto nazionale, ma, analogamente al Tribunale federale, accetta delle eccezioni a favore del diritto interno. Spesso vengono evitate risposte categoriche.

³⁶ Cfr. in particolare Pierre Moor, *Droit administratif*, Vol. 1: *Les fondements généraux*, 2^a ed., Berna 1994, pag. 80 segg.

³⁷ Cfr. il messaggio concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 125 seg. e, tra gli altri, CRC-N, processo verbale del 26.05.1997-2, e CRC-S sotto-commissione 3, processo verbale del 17.02.1997-3.

³⁸ Messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 125.

Attualmente la prassi e la dottrina quindi non forniscono una risposta globale e chiara alla questione della posizione del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico svizzero. Si possono tuttavia indicare alcuni elementi di una risposta: in linea di massima è riconosciuto il primato del diritto internazionale ed è incontestato che il diritto internazionale cogente prevalga sull'intero diritto interno. Lo stesso vale per la preminenza del diritto internazionale sul diritto cantonale e sulle ordinanze federali.

La mancanza di una risposta globale e chiara alla questione della posizione del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico svizzero si spiega anche con il fatto che nella prassi tale risposta è importante soltanto se è di rilievo per la risoluzione di un conflitto di norme. In caso di conflitto tra due norme di rango gerarchico diverso, l'esistenza di una gerarchia permette, infatti, di far prevalere la norma di rango superiore. I conflitti tra norme dello stesso rango sono invece in generale risolti seguendo le regole tradizionali per la soluzione di conflitti di norme, ossia secondo le massime *lex specialis derogat legi generali* («la legge speciale deroga a quella generale») e *lex posterior derogat legi priori* («la legge posteriore deroga a quella anteriore»). D'altra parte, neppure i conflitti tra norme di rango diverso del diritto interno vengono sempre risolti in base alla gerarchia e a volte si applicano regole speciali. Le leggi federali non possono ad esempio violare la Costituzione, che è di rango superiore. Ciononostante, se l'Assemblea federale emana una legge che viola la Costituzione, il Tribunale federale non può rifiutarsi di applicarla (art. 190 Cost.).

I capitoli seguenti trattano i conflitti di norme. Occorre tuttavia dapprima illustrare la possibilità dell'interpretazione conforme al diritto internazionale, un mezzo per conciliare diritto internazionale e diritto nazionale.

8.5 Interpretazione conforme al diritto internazionale

L'interpretazione conforme al diritto internazionale costituisce un obbligo volto a conciliare diritto internazionale e diritto nazionale. Sull'esempio dell'interpretazione conforme alla Costituzione del diritto interno, ha anch'essa il compito di armonizzare le norme nazionali e internazionali³⁹. Non si tratta quindi di una regola destinata a risolvere veri e propri conflitti tra tali norme, bensì a evitarli. Infatti, fintanto che una norma di diritto interno può essere interpretata conformemente al diritto internazionale, non scaturisce alcun conflitto. L'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto internazionale può essere dedotto dall'articolo 5 capoversi 3 e 4 Cost.⁴⁰. Si tratta della norma del diritto interno simmetrica agli obblighi internazionali statuiti negli articoli 26 e 27 della Convenzione di Vienna, secondo cui le parti contraenti devono eseguire un trattato in buona fede e non possono richiamarsi al diritto interno per giustificare il mancato adempimento di un trattato⁴¹. Concretamente ciò significa che già nel processo legislativo le autorità competenti devono individuare le incompatibilità potenziali del diritto interno con il diritto

39 Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, n. marg. 163, pag. 48; Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berna, 2007, 2^a ed., n. marg. 36, pag. 174; DTF 117 Ib 367, 373.

40 Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berna, 2007, 2^a ed., n. marg. 38, pag. 175.

41 Per un commento a queste disposizioni, cfr. n. 4.2.

internazionale e formulare le disposizioni interne di attuazione in modo da evitare, nella misura del possibile, problemi a livello internazionale.

Il campo d'applicazione materiale di quest'obbligo non si estende soltanto al diritto federale, ma anche a quello cantonale e comunale. Oltre alle leggi e alle ordinanze, fanno parte del diritto federale anche le norme costituzionali⁴². Il campo d'applicazione personale dell'obbligo d'interpretazione conforme al diritto internazionale si estende non soltanto al legislatore federale, cantonale e comunale, bensì anche a tutte le autorità statali⁴³, che nei limiti delle loro competenze devono evitare che la Confederazione debba assumersi la responsabilità internazionale di aver violato gli impegni internazionali. Dal punto di vista pratico, il rispetto dei nostri obblighi internazionali implica che a livello nazionale i mezzi a disposizione vengano impiegati affinché gli impegni assunti possano espletare il maggior effetto possibile e quindi che tutti gli organi statali possano e debbano concorrere utilmente all'attuazione degli obiettivi fissati nei trattati⁴⁴.

Anche se permette di evitare conflitti tra il diritto internazionale e il diritto interno, l'interpretazione conforme al diritto internazionale non è una panacea e ha i suoi limiti soprattutto quando la contraddizione non può essere risolta mediante l'interpretazione⁴⁵.

8.6 Conflitti di norme

Il problema del conflitto tra le norme del diritto internazionale e quelle del diritto interno, in particolare le leggi federali e la Costituzione federale, solleva questioni delicate, principalmente di due tipi. Innanzitutto si tratta di individuare in che misura il legislatore e il potere costituente attuale debbano attenersi ai trattati internazionali del passato. In secondo luogo occorre accertare se la decisione definitiva sulla portata degli obblighi internazionali della Svizzera spetti a un tribunale nazionale, a un tribunale internazionale, al legislatore o al potere costituente. Tale questione si pone soprattutto per i trattati internazionali che prevedono un organo specifico di controllo autorizzato a prendere decisioni vincolanti per gli Stati contraenti. Nel corso del tempo la giurisprudenza di questi organi può precisare e in parte ampliare la portata di un obbligo internazionale in un modo che non era prevedibile al momento dell'approvazione del trattato, come è ad esempio il caso per alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Qui appresso vengono trattate le due situazioni in cui si cristallizzano le questioni sollevate sopra: i conflitti tra il diritto internazionale e la Costituzione federale e quelli tra il diritto internazionale e le leggi federali.

⁴² Cfr. GAAC 59.25, 1995, pag. 226–227.

⁴³ Cfr. DTF 125 II 417, PKK pag. 425.

⁴⁴ Cfr. il parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54 (1989), pag. 420; FF 1984 I 616, pag. 622 seg.

⁴⁵ Per un caso simile giudicato dal TF, cfr. DTF 125 II 417, PKK, pag. 424–425.

8.6.1 **Conflitto tra diritto internazionale e Costituzione federale**

La Costituzione federale non contiene nessuna disposizione esplicita che prescriva la soluzione in caso di conflitto tra una norma costituzionale e una norma di diritto internazionale. Non contiene in particolare alcuna regola assoluta secondo cui in tal caso debba sempre prevalere il diritto internazionale o invece il diritto costituzionale. Tuttavia la Costituzione non tace del tutto sulla questione. Secondo gli articoli 193 capoverso 4 e 194 capoverso 2 Cost. le modifiche della Costituzione federale non possono violare le norme cogenti del diritto internazionale, indipendentemente dal fatto che si tratti di una revisione parziale o totale e che la modifica sia stata proposta dalle autorità o dal Popolo per mezzo di un'iniziativa popolare.

Un'iniziativa popolare che viola il diritto internazionale cogente è del tutto o parzialmente nulla e non può essere sottoposta al voto del Popolo e dei Cantoni (art. 139 cpv. 2). In merito alle revisioni proposte dall'Assemblea federale la Costituzione non menziona invece alcuna sanzione. L'Assemblea federale non può tuttavia proporre revisioni che violino il diritto internazionale cogente dato che è tenuta a rispettare la Costituzione (art. 5 cpv. 1 Cost.).

La Costituzione federale non si esprime in modo chiaro ed esaustivo sulla soluzione di un conflitto tra una norma interna e il diritto internazionale non cogente. Come già sottolineato in merito al rango del diritto internazionale (cfr. n. 8.4) l'articolo 5 capoverso 4 Cost. non costituisce una norma per regolare i conflitti. La disposizione obbliga le autorità a rispettare il diritto internazionale, ma da ciò non si può dedurre che il diritto internazionale prevalga in ogni caso⁴⁶.

Anche l'articolo 190 Cost. non contribuisce a chiarire la situazione. La disposizione obbliga le autorità incaricate di applicare il diritto, in particolare il Tribunale federale, ad applicare le leggi federali e il diritto internazionale anche se violano la Costituzione federale. Sin dall'inizio lo scopo principale di questo articolo era di impedire che i tribunali esercitassero una giurisdizione costituzionale sulle disposizioni emanate o approvate (perlomeno indirettamente) dal legislatore. Per le leggi federali l'immunità prevista dall'articolo 190 Cost. non è tuttavia completa: dottrina e giurisprudenza ammettono eccezioni. I tribunali devono in particolare applicare la norma costituzionale se una legge federale viola una disposizione costituzionale posteriore⁴⁷. Lo scopo dell'articolo 190 Cost. è infatti quello di impedire ai tribunali di applicare la propria ponderazione degli interessi al posto di quella del legislatore e non invece di proteggere la decisione del legislatore nei confronti del potere costituente.

L'importanza dell'articolo 190 Cost. in merito alla soluzione di conflitti tra il diritto internazionale e il diritto costituzionale posteriore è finora stata poco discussa dalla

⁴⁶ Cfr. il messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 125.

⁴⁷ Cfr. il messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 404.

dottrina⁴⁸. Dato che le disposizioni costituzionali vengono nella maggior parte dei casi concretizzate per mezzo di una legislazione esecutiva, tale conflitto non si è ancora verificato nella prassi e quindi non esiste neppure una giurisprudenza in merito. Alcuni autori ritengono che l'articolo 190 Cost., in combinato disposto con l'articolo 5 capoverso 4 Cost., rinvii alla preminenza del diritto internazionale sulla Costituzione federale e ne deducono che i tribunali debbano sempre applicare il diritto internazionale. Altri ritengono che la portata dell'articolo 190 Cost. si limiti soltanto all'applicazione e che quindi non se ne possa dedurre in ogni caso il primato del diritto internazionale, anzi in determinate circostanze prevale il diritto costituzionale. Le eccezioni all'obbligo di applicare il diritto internazionale statuito dall'articolo 190 Cost. più spesso menzionate dalla dottrina in parte si sovrappongono e sono le seguenti:

- l'applicazione della disposizione costituzionale se questa è posteriore alla norma di diritto internazionale e all'articolo 190 Cost. (applicazione del principio della *lex posterior* o della *lex specialis*, analogamente all'eccezione prevista per i conflitti tra legge federale e diritto costituzionale posteriore)⁴⁹;
- l'applicazione della disposizione costituzionale, se la norma di diritto internazionale in questione intacca principi e contenuti essenziali dei diritti fondamentali o di altri valori fondamentali⁵⁰;
- l'applicazione della disposizione costituzionale se questa è posteriore alla norma di diritto internazionale e il potere costituente ha coscientemente violato il diritto internazionale (analogamente alla giurisprudenza Schubert, cfr. n. 8.6.2)⁵¹.

Le autorità non hanno ancora sviluppato una giurisprudenza consolidata per queste eccezioni menzionate da una parte della dottrina. Occorre tuttavia osservare che nel messaggio sullo SEE il Consiglio federale si è espresso a favore di un'eccezione al primato del diritto internazionale laddove sono intaccati principi e contenuti essen-

⁴⁸ Si esprimono a favore del primato del diritto costituzionale posteriore direttamente applicabile Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, Zurigo [ecc.], 2^a ed. (2008) ad art. 190, n. marg. 33; Robert Baumann, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Zurigo 2002, n. 362 e 403 segg. e i riferimenti citati; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, n. marg. 1921 segg. si pronunciano a favore di una soluzione caso per caso; secondo Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurigo 2007, art. 190, n. 4, la regola dell'art. 190 Cost. tratta l'applicazione della gerarchia delle norme, ma non la gerarchia delle norme stessa; l'interpretazione secondo cui l'art. 190 Cost. obbliga in generale le autorità che applicano il diritto a far prevalere il diritto internazionale sul diritto interno contrario è stata tuttavia confermata di recente (DTF 133 II 450, Nada, pag. 460): «*Innerstaatlich ist der Konflikt zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht, einschliesslich den Grundrechten, in Art. 190 BV ausdrücklich geregelt: Danach sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend*».

⁴⁹ Cfr. le indicazioni in Jörg Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, pag. 70, nota 109.

⁵⁰ Daniel Thürer, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, pagg. 190 seg. e Thomas Cottier/Maya Hertig, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, in: BTJP 1999, Berna 2000, pag. 23.

⁵¹ Cfr. le indicazioni in Jörg Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, pag. 70, nota 108.

ziali dei diritti fondamentali⁵². Inoltre il Consiglio federale reputa che le disposizioni costituzionali contrarie al diritto internazionale vadano attuate⁵³. Il parere delle autorità federali coincide con i risultati dell'analisi di diritto comparato (cfr. n. 2), secondo cui gli Stati esaminati esitano a riconoscere una preminenza assoluta al diritto internazionale.

8.6.2 Conflitto tra diritto internazionale e leggi federali

L'articolo 190 Cost. non offre una soluzione in caso di conflitto tra una legge federale e una norma del diritto internazionale poiché non statuisce quale debba essere applicata se le due norme si contraddicono. Questa disposizione è infatti stata adottata per proteggere gli atti legislativi dell'Assemblea federale dalla giurisdizione costituzionale dei tribunali e non per risolvere conflitti tra leggi federali e norme del diritto internazionale. Spetta quindi in fin dei conti alle autorità incaricate dell'applicazione decidere se accordare piena valenza al principio del primato del diritto internazionale o se ammettere deroghe a tale principio facendo in certi casi prevalere una legge federale.

Al momento attuale la giurisprudenza del Tribunale federale non appare ancora del tutto consolidata ed è quindi difficile trarne insegnamenti chiari. Tuttavia la linea argomentativa principale seguita dal Tribunale federale può essere riassunta come segue: di regola prevale il diritto internazionale, tranne nel caso in cui il legislatore vi deroghi consapevolmente (cosiddetta giurisprudenza Schubert)⁵⁴. Questa giurisprudenza inaugurata nel 1973 è stata successivamente spesso citata e confermata, senza essere decisiva nei casi in questione; inoltre, a volte il Tribunale federale non ha menzionato questa giurisprudenza o l'argomento della *lex posterior*, facendo prevalere il diritto internazionale anche nei confronti di una legge federale posteriore (tuttavia senza esaminare se il legislatore abbia consapevolmente derogato a un trattato internazionale)⁵⁵.

Sotto l'aspetto del diritto internazionale, l'applicazione della giurisprudenza Schubert senza misure accompagnatorie tese a rinegoziare o denunciare il trattato in questione comporta la violazione dell'obbligo degli Stati di eseguire in buona fede i

⁵² Messaggio del Consiglio federale del 18 maggio 1992 concernente l'approvazione dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, FF 1992 IV 1, pag. 58.

⁵³ Cfr. il messaggio del Consiglio federale del 6 luglio 2004 sull'iniziativa popolare «Per una protezione degli animali al passo con i tempi (Sì alla protezione degli animali!)», FF 2004 2885, pag. 2909: « Il legislatore deve trasporre nella legge in modo fedele e completo le disposizioni costituzionali.»; cfr. inoltre il messaggio sull'iniziativa popolare «Per una politica d'asilo razionale», FF 1994 III 1338, pag. 1348; il messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 420, nota. 17, e il messaggio del 27 agosto 2008 sull'iniziativa «Contro l'edificazione di minareti», FF 2008 6659, pag. 6704, in cui si osserva che l'approvazione dell'iniziativa obbligherebbe la Svizzera a violare trattati internazionali di fondamentale importanza.

⁵⁴ DTF 99 Ib 39, Schubert, pag. 43, consid. 3: «Esso riconosce, in linea di massima ed ove sussista un autentico conflitto, la prevalenza 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»

⁵⁵ Cfr. ad esempio DTF 122 II 485, pag. 487. La dichiarazione di questa decisione secondo cui il diritto internazionale è gerarchicamente superiore a qualsiasi disposizione di diritto nazionale e quindi prevale sempre va tuttavia considerata come *obiter dictum*.

trattati internazionali cui sono vincolati (*pacta sunt servanda*) e del divieto di servirsi delle loro disposizioni interne per giustificare il mancato rispetto degli obblighi internazionali⁵⁶. In caso di applicazione della giurisprudenza Schubert la Svizzera deve assumersene la responsabilità internazionale, a meno che l'adozione di una disposizione che deroga consapevolmente a un trattato internazionale non sia interpretata come un mandato di rinegoziare o denunciare il trattato in questione oppure che l'Assemblea federale ci incarichi nel contempo di rinegoziare o denunciare il trattato.

Di fatto la giurisprudenza Schubert corrisponde più o meno alla prassi degli Stati Uniti, un altro Paese di tradizione monistica. Nell'esito essa è simile anche alla situazione prevalente nei Paesi di tradizione dualistica in materia di trattati internazionali, poiché l'atto traspositivo ha in genere rango di legge alla quale una legge posteriore potrà derogare (cfr. n. 7).

Da alcuni anni il Tribunale federale ha sviluppato in una serie di sentenze un'eccezione alla giurisprudenza Schubert. In caso di conflitto tra una norma del diritto interno e una norma del diritto internazionale che mira a tutelare i diritti umani, la seconda prevale sulla prima indipendentemente dal fatto che la norma del diritto interno sia stata emanata prima o dopo la norma internazionale (cosiddetta «giurisprudenza PKK»)⁵⁷. Tuttavia tale giurisprudenza ha raramente condotto all'applicazione di un trattato internazionale a spese di una legge federale contraria⁵⁸. Il Tribunale federale non ha infatti escluso che la giurisprudenza Schubert possa essere applicata in caso di conflitto con il diritto internazionale che non abbia come oggetto la tutela dei diritti umani.

Pertanto, se una legge federale è contraria alla CEDU, il Tribunale federale applicherà in ogni caso la CEDU, anche nel caso in cui, approvando la legge, il legislatore avesse coscientemente corso il rischio di violare la CEDU. Questa deroga alla giurisprudenza Schubert è motivata dal fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo può esaminare se una legge federale sia conforme alla CEDU e, se del caso, constatarne la non conformità. In tal caso la Svizzera è tenuta a mettere in atto tale decisione. Di conseguenza una legge federale contestata non è di regola applicabile al ricorrente e neppure alle persone che si trovino in una situazione analoga. In quest'ambito la Corte europea dei diritti dell'uomo svolge quindi in Svizzera il ruolo di una corte costituzionale che può esercitare la giurisdizione costituzionale nei confronti delle leggi federali; un ruolo che in virtù dell'articolo 190 Cost. il Tribunale federale non può svolgere. Non si tratta ovviamente di un controllo astratto

⁵⁶ Art. 26 e 27 della Convenzione di Vienna.

⁵⁷ DTF **125** II 417, PKK, pag. 424, consid. 4d: «Da ciò risulta che, in caso di conflitto, di regola il diritto internazionale prevale sul diritto nazionale. Ne consegue che una norma del diritto nazionale contraria al diritto internazionale non può essere applicata in un caso concreto. Tale regolamentazione del conflitto è tanto più necessaria quando la preminenza si evince da una norma del diritto internazionale che mira a tutelare i diritti umani. Se in altri casi si possa ricorrere a soluzioni divergenti, non è oggetto d'esame della presente decisione.» (traduzione). Tale argomentazione è stata confermata in particolare nella DTF **131** II 352, pag. 355, consid. 1.3.1 e nella DTF **133** V 367, pag. 338, consid. 11.2: «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 una sua prevalenza sulle disposizioni di legge federali».

⁵⁸ Cfr. ad esempio DTF **133** II 450, Nada, pag. 455 consid. 2.2, DTF **133** V 367, pag. 389, o 2A.784/2006, consid. 1.1.

delle leggi federali, bensì di un controllo di norme concrete che nel singolo caso può comportare l'inapplicabilità della legge in questione.

Il sistema di controllo istituito dalla CEDU si fonda sul principio di sussidiarietà, secondo cui la Corte europea dei diritti dell'uomo emana una decisione soltanto se sono stati esauriti tutti i rimedi giuridici nazionali. Per mettere effettivamente in atto il principio di sussidiarietà il Tribunale federale stesso procede a una verifica della conformità delle leggi federali alla CEDU. Tale verifica è effettuata anche per motivi di economia procedurale e intende, per quanto possibile, evitare l'intervento del tribunale internazionale. Il Tribunale federale può perciò decidere di non applicare una legge federale contraria alla CEDU, senza dover attendere una sentenza da Strasburgo. Nella prassi tuttavia il Tribunale federale procede in questi casi con grande ritugno.

In particolare per la CEDU, ma anche per altri trattati in cui è previsto che un organo amministrativo o giudiziario ne controlli l'osservanza, occorre chiedersi come tenere conto delle loro decisioni. Tali decisioni possono precisare e in parte sviluppare la portata originaria del trattato in un modo che non era prevedibile al momento in cui era stato approvato. Nella sua giurisprudenza dinamica, che si basa su un'interpretazione sincronica e non storica della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato in senso lato il campo d'applicazione di alcune garanzie della CEDU⁵⁹. Sarebbe quindi ipotizzabile che all'epoca della sua emanazione l'Assemblea federale ritenesse una legge conforme alla CEDU, o perlomeno non contraria, e che alcuni anni dopo, in occasione della sua applicazione in un caso concreto, tale legge si riveli non più conforme alla CEDU in seguito al nuovo sviluppo avuto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la giurisprudenza attuale del Tribunale federale, tale legge federale non potrebbe più essere applicata. Dato che le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sono prese da giudici che non sono stati eletti dall'Assemblea federale, questa situazione è a volte ritenuta poco soddisfacente. Analoghe difficoltà possono sorgere anche per l'attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che si fondano sul capitolo VII dello Statuto delle Nazioni Unite. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la Svizzera è tenuta ad attuare tali risoluzioni anche nel caso in cui fossero lesi diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione⁶⁰.

In materia di conflitti tra il diritto internazionale e leggi federali la situazione si può quindi riassumere come segue:

- secondo l'articolo 5 capoverso 4 Cost. occorre rispettare il diritto internazionale; dall'articolo 5 capoversi 3 e 4 si deduce inoltre l'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto internazionale (cfr. n. 8.4). Vi è conflitto soltanto se tale interpretazione non è possibile, ma la Costituzione federale non dice in modo chiaro e definitivo se in caso di conflitto si debba applicare il diritto internazionale o la legislazione interna;
- secondo la giurisprudenza attuale del Tribunale federale il diritto internazionale prevale, a meno che il legislatore abbia consapevolmente assunto il rischio di derogarvi;

⁵⁹ Cfr. le sentenze della Corte EDU del 30 aprile 2009, Glor c. Suisse, §§ 52 segg., e del 13 dicembre 2007, Emonet c. Suisse, § 83.

⁶⁰ Cfr. DTF 133 II 450, Nada, concernente le sanzioni internazionali che ledono la garanzia della via giudiziaria o la tutela della proprietà.

- le garanzie dei diritti umani statuite dal diritto internazionale e in particolare le disposizioni della CEDU prevalgono; in altre parole esse sono applicabili anche nel caso in cui il legislatore intendesse derogarvi.

8.7 Relazione tra diritto internazionale e iniziative popolari

Per molto tempo la Costituzione federale non ha fornito risposte esplicite alla questione della sorte riservata alle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale. Il 14 marzo 1996 l'Assemblea federale ha dichiarato nulla l'iniziativa popolare «Per una politica d'asilo razionale», poiché violava il cosiddetto principio di non-refoulement (non respingimento), considerato come parte del diritto internazionale cogente⁶¹. Tale prassi è stata codificata in occasione della revisione della Costituzione federale. Da allora l'articolo 139 capoverso 2 Cost. prevede esplicitamente che l'Assemblea federale dichiari nulla in tutto o in parte un'iniziativa popolare contraria alle disposizioni del diritto internazionale cogente. Dallo stesso articolo si può dedurre *e contrario* che le iniziative popolari contrarie al diritto internazionale non cogente sono valide. Questa soluzione solleva un certo numero di questioni, in particolare in merito alla definizione del diritto internazionale cogente e alle conseguenze dell'adozione di un'iniziativa popolare contraria alle disposizioni internazionali non cogenti.

Il Consiglio federale e l'Amministrazione federale hanno analizzato a più riprese la problematica delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, in particolare in occasione della revisione della Costituzione e in seguito nell'ambito della riforma dei diritti popolari⁶². La questione è infine stata ripresa dettagliatamente nel rapporto dell'UFG del 20 dicembre 2006 steso su incarico della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale⁶³. La questione ha assunto ancora maggiore importanza e attualità dopo l'approvazione dell'iniziativa «Contro l'edificazione di minareti».

8.7.1 Iniziative popolari contrarie alle disposizioni cogenti del diritto internazionale

8.7.1.1 Diritto internazionale cogente

Secondo il diritto costituzionale attualmente in vigore possono essere dichiarate nulle soltanto le iniziative popolari contrarie al diritto internazionale cogente (art. 139 cpv. 2 Cost.). L'interpretazione delle nozione «diritto internazionale cogente» riveste quindi un'importanza fondamentale.

⁶¹ FF 1996 I 1157. Si tratta per ora dell'unico caso in cui un'iniziativa popolare è stata dichiarata nulla per violazione del diritto internazionale cogente.

⁶² Cfr. anche il parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989 (GAAC 53.54).

⁶³ «Rapporto sulle condizioni di validità delle iniziative popolari e sui limiti materiali posti alla revisione della Costituzione federale», non pubblicato.

Secondo la prassi delle autorità federali, il termine «diritto internazionale cogente» comprende in particolare il concetto di *ius cogens* definito nell'articolo 53 della Convenzione di Vienna (cfr. n. 4.7).

Nel messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, il Consiglio federale ha illustrato ampiamente quali sono le norme che a suo parere fanno parte del diritto internazionale cogente. Si tratta in particolare del divieto di ricorrere alla forza nelle relazioni tra gli Stati, del divieto di tortura, di genocidio e di schiavitù, nonché delle disposizioni fondamentali del diritto umanitario internazionale (in particolare il divieto di recare pregiudizio alla vita e all'integrità fisica, di prendere ostaggi, di recare pregiudizio alla dignità di una persona nonché del divieto di pronunciare o eseguire condanne senza un giudizio reso da un tribunale regolarmente costituito, cfr. art. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949 sulla protezione delle vittime della guerra; RS 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51) e delle garanzie intangibili della CEDU alle quali secondo l'articolo 15 CEDU non si può derogare neppure in stato di necessità⁶⁴: il divieto di privare qualcuno arbitrariamente della vita (art. 2 par. 1), il divieto di tortura (art. 3), il divieto di schiavitù, di servitù e di lavoro forzato (art. 4 par. 1) nonché il principio «nulla poena sine lege» (nessuna pena senza legge, art. 7). Successivamente il Consiglio federale ha ripetutamente confermato tale convinzione aggiungendo anche le garanzie del Patto II dell'ONU, alle quali non si può derogare neppure in stato di necessità⁶⁵.

Analogamente all'articolo 15 CEDU, anche l'articolo 4 paragrafo 2 del Patto II dell'ONU contiene un elenco di diritti ai quali non si può derogare neppure in stato di necessità che tuttavia non coincidono con quelli della CEDU. Il Consiglio federale si è espresso in varie occasioni in merito ai diritti sanciti dall'articolo 4 paragrafo 2 del Patto II dell'ONU negando che abbiano un carattere generalmente cogente. Gli articoli 6, 7, 8 paragrafi 1 e 2, 11, 15, 16 e 18 del Patto II dell'ONU non fanno tutti parte del diritto internazionale cogente. L'articolo 4 paragrafo 2 del Patto II menziona ad esempio la libertà di religione. La disposizione del Patto II sulla libertà di religione (art. 18) relativizza tuttavia l'elenco dell'articolo 4, poiché secondo il suo paragrafo 3 la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere sottoposta a restrizioni. Ciò può valere anche per altre garanzie dei diritti fondamentali garantiti del Patto II dell'ONU. Per ogni garanzia occorre quindi verificare, interpretando il Patto, se si tratta o no di un diritto intangibile⁶⁶.

Secondo la prassi delle autorità federali, la nozione di «disposizioni cogenti del diritto internazionale» comprende dunque attualmente il divieto del ricorso alla forza nelle relazioni tra gli Stati, il divieto di tortura (art. 3 CEDU e art. 7 Patto II), il divieto di genocidio, di schiavitù, di servitù e di lavoro forzato (art. 4 par. 1 CEDU e art. 8 par. 1 e 2 Patto II), il divieto della privazione arbitraria della vita (art. 2 par. 1

⁶⁴ Messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pagg. 340, 408, 420.

⁶⁵ Cfr. i messaggi concernenti l'iniziativa popolare sull'internamento a vita, FF 2001 3063, pag. 3068, l'iniziativa popolare «Per naturalizzazioni democratiche», FF 2006 8205, pagg. 8213–8214, e l'iniziativa popolare «Contro l'edificazione di minareti», FF 2008 6659, pagg. 6665 segg., nonché la risposta del Consiglio federale al postulato 09.3118 (Heim).

⁶⁶ L'affermazione contenuta nel messaggio concernente l'iniziativa popolare sull'internamento a vita, secondo cui le garanzie del Patto ONU II alle quali non si può derogare neppure in stato di necessità fanno parte del diritto internazionale cogente (FF 2001 3063, pag. 3068), è quindi troppo assoluta e va relativizzata nel senso descritto sopra.

CEDU e art. 6 par. 1 Patto II), i principi «nulla poena sine lege» e «ne bis in idem» (art. 7 CEDU e art. 15 Patto II), la dimensione interiore della libertà di religione (la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di propria scelta e di distaccarsene; protezione del cosiddetto «forum internum», art. 18 par. 3 Patto II e *contrario*) e i principi fondamentali del diritto internazionale umanitario (art. 3 della Convenzione di Ginevra del 1949). La nozione di «disposizioni cogenti del diritto internazionale» è dunque manifestamente più ampia rispetto a quella di «ius cogens» definita dalla Convenzione di Vienna, poiché comprende in particolare anche le garanzie intangibili della CEDU⁶⁷.

Dato che l'espressione «disposizioni cogenti del diritto internazionale» così come utilizzata negli articoli 139 capoverso 2, 193 capoverso 4 e 194 capoverso 2 Cost. è una nozione del diritto interno, sarebbe tuttavia ipotizzabile anche un'interpretazione ancora più estesa. Già nel messaggio sulla revisione della Costituzione federale il Consiglio federale aveva affermato che spetta alla giurisprudenza fare la massima chiarezza su questa nozione, tenendo conto della dottrina⁶⁸.

Secondo il parere delle autorità federali anche le iniziative popolari devono rispettare il diritto internazionale cogente, poiché si tratta di norme alle quali nessuno Stato di diritto si può sottrarre. Il loro carattere cogente è a tal punto vincolante che il Popolo e i Cantoni non potrebbero esprimersi in merito; di conseguenza si tratterebbe di una democrazia fittizia se dovessero pronunciarsi su un'iniziativa che viola le norme in questione⁶⁹.

8.7.1.2 Interpretazione conforme al diritto internazionale

Prima di dichiarare nulla un'iniziativa popolare perché contraria alle disposizioni cogenti del diritto internazionale, è prassi dell'Assemblea federale evitare per quanto possibile i conflitti mediante un'interpretazione conforme al diritto internazionale (in merito a questo principio cfr. anche sopra n. 8.5)⁷⁰, applicando i principi interpretativi sviluppati dal Tribunale federale nel contesto di iniziative popolari cantonali. L'Assemblea generale applica soprattutto il principio dell'interpretazione conforme al diritto superiore e il principio *in dubio pro populo*. Il principio dell'interpretazione conforme al diritto superiore esige che se l'atto in questione si presta a un'interpretazione conforme al diritto superiore – nel nostro caso il diritto internazionale – deve essere dichiarato valido e, trattandosi di un'iniziativa, sottoposto al popolo. Il principio *in dubio pro populo* significa invece che le iniziative popolari devono per quanto possibile essere interpretate in modo tale da evitare di doverle dichiarare nulle.

⁶⁷ Cfr. anche Luzius Mader, Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, in: Astrid Epiney/René Pahud de Mortanges/Khalil Bedoun (a. c. di), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, pag. 101

⁶⁸ Messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pagg. 420–421;

⁶⁹ Messaggio concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 408.

⁷⁰ Sull'interpretazione conforme al diritto internazionale delle iniziative popolari cfr. Roger Nobs, Volksinitiativen und Völkerrecht, Zurigo/San Gallo 2006, pagg. 279 segg., 298 segg. e 311. Cfr. inoltre DTF 124 I 107, consid. b, e DTF 129 I 392, consid. 2.2.

Per determinare il senso di un'iniziativa e valutarne la validità si applicano i metodi d'interpretazione tradizionali (letterale, sistematica, storica, teleologica), che si basano principalmente sul testo dell'iniziativa. La volontà degli autori dell'iniziativa ha un'importanza secondaria, ma deve nondimeno essere presa in considerazione, per esempio nell'ambito dell'interpretazione storica. Se applicando questi metodi tradizionali appaiono possibili più interpretazioni, il principio dell'interpretazione conforme al diritto superiore e il principio *in dubio pro populo* impongono di scegliere quella che permette di dichiarare l'iniziativa valida, ossia quella che è conforme al diritto internazionale e nel contempo rispetta il senso e lo scopo dell'iniziativa⁷¹.

8.7.1.3 Nullità parziale ed elaborazione di un controprogetto

In seguito alla revisione del 1999, la Costituzione federale offre la possibilità di dichiarare un'iniziativa nulla soltanto in parte (art. 139 cpv. 2 Cost.). Sinora a livello federale nessuna iniziativa è stata dichiarata parzialmente nulla, mentre a livello cantonale si sono già verificati diversi casi. In tale contesto il Tribunale federale ha sviluppato una serie di criteri per decidere se un'iniziativa cantonale può essere dichiarata parzialmente nulla. Da un lato la parte dichiarata nulla non deve riguardare un aspetto centrale dell'iniziativa e, dall'altro, la parte restante deve rispettare le condizioni di validità, conservare un senso e corrispondere ancora alla volontà degli autori e dei firmatari⁷². A seconda del tenore dell'iniziativa, la dichiarazione di nullità parziale consente di rispettare il diritto internazionale cogente e di salvaguardare nel contempo, nella misura del possibile, i diritti popolari.

Inoltre, l'Assemblea federale potrebbe far uso della possibilità di elaborare un controprogetto (art. 139 cpv. 3 Cost.) per «correggere» in una certa misura il testo dell'iniziativa e proporre così ai cittadini, a titolo di alternativa, una versione conforme al diritto internazionale.

8.7.2 Iniziative popolari contrarie al diritto internazionale non cogente

Un'iniziativa popolare contraria soltanto al diritto internazionale non cogente deve essere dichiarata valida e sottoposta al voto del Popolo e dei Cantoni. Finora sono state sottoposte al voto dodici iniziative popolari che ponevano problemi di compa-

⁷¹ Cfr. in particolare il messaggio concernente l'iniziativa popolare sull'internamento a vita, FF 2001 3063, pag. 3067, e il messaggio concernente l'iniziativa popolare «Per una regolamentazione dell'immigrazione», FF 1997 IV 385, pag. 391.

⁷² Sull'applicazione di tali criteri per dichiarare parzialmente nulla un'iniziativa popolare federale cfr. Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, 2^a ed, Zurigo [ecc.], 2008, ad art. 139 cpv. 2, n. 40.

tibilità con disposizioni non cogenti del diritto internazionale⁷³. Soltanto tre di esse – l’iniziativa sull’internamento a vita, l’iniziativa per la protezione della regione alpina e l’iniziativa contro l’edificazione di minareti – sono state accettate dal Popolo e dai Cantoni. Nel caso delle prime due le autorità federali si sono sforzate a mettere in atto le nuove disposizioni costituzionali in modo conforme al diritto internazionale pertinente, anche a costo di non rispettare interamente le intenzioni degli autori dell’iniziativa. Questo non sarà probabilmente possibile per l’iniziativa contro l’edificazione di minareti, che è direttamente applicabile.

Se il Popolo e i Cantoni approvano iniziative contrarie al diritto internazionale non cogente, i problemi si pongono nella fase di attuazione da parte del legislatore. Se non è possibile un’attuazione conforme al diritto internazionale, occorre prendere in considerazione come *ultima ratio* la denuncia del trattato internazionale⁷⁴. Se appare manifesto che l’obiettivo stesso dell’iniziativa è quello di derogare al diritto internazionale non cogente oppure se non è possibile attuare la nuova disposizione costituzionale conformemente al diritto internazionale, il Consiglio federale ritiene in generale che l’approvazione da parte del Popolo e dei Cantoni vada intesa come obbligo di denunciare gli obblighi internazionali che si oppongono all’attuazione⁷⁵. Tuttavia non tutti i trattati internazionali possono essere denunciati perché o non contengono una clausola di denuncia⁷⁶ o la denuncia si prospetta difficile per motivi politici⁷⁷. Il modo di procedere in questi casi sarà oggetto di analisi nel capitolo 9.

⁷³ Iniziativa «Contro l’edificazione di minareti» (2009, approvata), iniziativa «Per naturalizzazioni democratiche» (2006, respinta), iniziativa sull’internamento a vita (2004, approvata), iniziativa «Per le domeniche» (2003, respinta), iniziative «Per una Svizzera senza esercito» (2001 e 1989, respinte), iniziativa «Per dimezzare il traffico» (2000, respinta), iniziativa «Per la protezione della regione alpina dal traffico di transito» (1994, approvata), iniziativa «Sul referendum in materia di trattati internazionali» (1977, respinta), iniziative «Contro l’infestamento» (1977 e 1974, respinte), e la cosiddetta iniziativa Rheinau (1954, respinta); in merito a tali iniziative cfr. Robert Baumann, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl 4/2007, pag. 191 segg.; Lizius Mader, *Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder*, in: Astrid Epiney/René Pahud de Mortanges/Khalil Bedoun (a. c. di), *Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, pag. 96 segg. Al momento della stesura dell’approvazione del presente rapporto non è ancora stata sottoposta al voto l’«Iniziativa espulsione».

⁷⁴ Cfr. in particolare il messaggio del Consiglio federale del 22 giugno 1994 concernente l’iniziativa popolare «Per una politica d’asilo razionale» FF **1994** III 1338, pag. 1348; il messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF **1997** I 1, pag. 420, nota 17; il messaggio del Consiglio federale del 6 luglio 2004 sull’iniziativa popolare «Per una protezione degli animali al passo con i tempi (Sì alla protezione degli animali!)», FF **2004** 2885, pag. 2909 e il messaggio del 27 agosto 2008 concernente l’iniziativa popolare «Contro l’edificazione di minareti» FF **2008** 6659, pag. 6666; cfr. anche n. 8.6.1 ultimo capoverso.

⁷⁵ Cfr. in particolare i messaggi concernenti l’iniziativa «Per una politica d’asilo razionale», FF **1994** III 1338, pag. 1348 e l’iniziativa «Contro l’edificazione di minareti» FF **2008** 6659, pag. 6666.

⁷⁶ Cfr. FF **1991** I 925, pag. 941 seg.; si tratta in tal caso di un ostacolo giuridico la cui esistenza è tuttavia controversa nella dottrina; cfr. in merito Robert Baumann, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl 4/2007, pag. 209 e Helen Keller et al., *Volksinitiativen und Völkerrecht*, ZBl 3/2008, pag. 147.

⁷⁷ Cfr. il messaggio sull’iniziativa popolare «Per una protezione degli animali al passo con i tempi (Sì alla protezione degli animali!)», FF **2004** 2885 pag. 2892 segg., in cui il Consiglio federale afferma chiaramente che la denuncia dell’Accordo OMC, della CEDU e del Patto II dell’ONU non costituisce un’opzione realistica.

Le decisioni del Tribunale amministrativo federale, del Tribunale penale federale, dell'Autorità indipendente di ricorso in materia radiotelevisiva o delle autorità cantonali di ultima istanza (di norma i tribunali cantonali superiori) sono in generale impugnabili mediante ricorso unitario al Tribunale federale⁷⁸. Con il ricorso unitario, oltre alla violazione del diritto federale, il ricorrente può far valere anche la violazione del diritto internazionale⁷⁹. È pertanto possibile anche sostenere che l'autorità inferiore abbia giudicato erroneamente la relazione tra diritto internazionale e diritto interno. Possono tuttavia essere invocate soltanto norme di diritto internazionale direttamente applicabili (cfr. n. 8.3). Se sussiste un margine d'interpretazione, il ricorrente può eventualmente addurre che l'autorità inferiore ha erroneamente interpretato il diritto interno come non conforme al diritto internazionale o il diritto internazionale come non conforme alla Costituzione federale.

Indipendentemente dalla censura sollevata, la possibilità di adire il Tribunale federale è esclusa nei casi in cui una controversia che non concerne una questione giuridica d'importanza fondamentale non raggiunge il valore litigioso minimo previsto dalla legge oppure nei casi in cui la legge sul Tribunale federale esclude un determinato settore dall'esame da parte dell'autorità giudiziaria suprema⁸⁰. In questi casi è tuttavia fatto salvo il ricorso sussidiario in materia costituzionale contro decisioni delle autorità cantonali di ultima istanza⁸¹.

Secondo il diritto vigente non sono impugnabili mediante ricorso al Tribunale federale le seguenti decisioni di autorità inferiori concernenti la relazione tra il diritto internazionale e il diritto interno:

- decisioni delle autorità dell'Amministrazione federale o delle autorità cantonali di ultima istanza nel settore della sicurezza interna ed esterna del Paese, della neutralità, della protezione diplomatica e degli ulteriori affari esteri, a condizione che il diritto internazionale non conferisca un diritto al giudizio da parte di un tribunale. In questi casi l'autorità di ricorso è il Consiglio federale, sempreché la decisione impugnata non sia stata presa da quest'ultimo⁸²;
- decisioni del Tribunale amministrativo federale che rientrano nell'elenco di eccezioni dell'articolo 83 LTF (p. es. settore dell'asilo, assistenza amministrativa internazionale, determinate decisioni in materia di diritto degli stranieri o in materia di acquisti pubblici), decisioni in materia di diritto patrimoniale del Tribunale amministrativo federale se non sono raggiunti i pertinenti valori litigiosi minimi e la controversia non concerne una questione giuridica d'importanza fondamentale (p.es. nell'ambito della responsabilità dello Stato o del diritto in materia di personale);
- decisioni del Tribunale penale federale nel settore dell'assistenza internazionale in materia penale se non si tratta di casi particolarmente importanti (art.

⁷⁸ Cfr. art. 72, 75, 78, 80, 82 e 86 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF; RS 173.110).

⁷⁹ Cfr. art. 189 cpv. 1 lett. b Cost. e art. 95 lett. b LTF.

⁸⁰ Cfr. art. 191 Cost.

⁸¹ Cfr. art. 113 segg. LTF.

⁸² Cfr. art. 72 lett. a della LF del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021).

Un'importanza particolare riveste inoltre il trattamento delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, aspetto su cui perciò ci soffermeremo in modo dettagliato. Occorre tuttavia innanzitutto chiarire, come richiesto dal mandato assegnato dalla Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati, le ripercussioni di un eventuale passaggio dal sistema monistico al sistema dualistico.

9.2 Passaggio dal monismo al dualismo

Da sempre la Svizzera fa parte degli Stati di tradizione monistica (cfr. n. 8.2). Vari interventi parlamentari – in particolare il postulato della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati che ha dato origine al presente rapporto – hanno recentemente sollevato la questione se continuare ad applicare il sistema monistico, e ci hanno incaricato di analizzare i vantaggi di un passaggio al sistema dualistico⁸⁴.

La prassi monistica della Svizzera è stata messa in questione a varie riprese. Il postulato della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati non solleva quindi una questione nuova invitandoci a esaminare l'opportunità di passare dal sistema monistico a quello dualistico e a individuare gli eventuali vantaggi e svantaggi di un simile cambiamento. Non è neppure la prima volta che il Consiglio federale si esprime in merito.

Dal 1996 sono stati presentati in Parlamento diversi interventi miranti a introdurre il dualismo o perlomeno elementi dualistici. Tali interventi erano soprattutto dettati dal timore che la globalizzazione potesse erodere le competenze dell'Assemblea federale⁸⁵.

Il Consiglio federale si è sempre detto contrario all'introduzione del dualismo. Nelle sue risposte ai summenzionati interventi parlamentari, ha osservato che dall'introduzione dello Stato federale l'ordinamento giuridico svizzero è monista e che il monismo è parte del diritto costituzionale materiale. Un passaggio al dualismo significherebbe che i trattati internazionali contenenti norme di diritto dovrebbero essere trasposti secondo la procedura legislativa ordinaria, che ne verrebbe assai sovraccaricata. Vi sarebbe inoltre il rischio di creare contraddizioni tra il trattato internazionale e la legge traspositiva. Ciò potrebbe fondare la responsabilità internazionale della Svizzera. Un passaggio dal monismo al dualismo potrebbe inoltre destare l'impressione che la Svizzera si riservi in futuro di non adempiere gli obblighi assunti, tanto più che la tendenza generale va piuttosto in direzione di un passaggio dal dualismo al monismo.

Il presente rapporto mostra che un passaggio dal monismo al dualismo avrebbe poche ripercussioni sulla posizione del diritto internazionale in seno all'ordinamento giuridico interno, poiché essa dipende in maniera decisiva dall'applicabilità e dal

⁸⁴ Cfr. anche il postulato 09.3676 del gruppo UDC del 12 giugno 2009.

⁸⁵ Cfr. Iniziativa parlamentare 96.444 Inderkum Hansheiri «Rapporto tra diritto nazionale e diritto internazionale», del 4 ottobre 1996 (ritirata il 7 ottobre 1999); Mozione 96.3482 Baumann Alexander J. «Nuovo sistema per l'introduzione del diritto internazionale» del 3 ottobre 1996 (stralciata dal ruolo il 9 ottobre 1998); Interpellanza 96.3479 Schmid Samuel «Diritto internazionale. Passaggio al sistema dualista», del 3 ottobre 1996 (stralciata dal ruolo il 9 ottobre 1998); 2007 Petizione Emil Rahm, «Interpretazione dell'art. 5 cpv. 4 della nuova Costituzione federale» (non dato seguito). Cfr. anche diversi interventi del consigliere agli Stati Carlo Schmid, Boll. Uff. CS 1996, pag. 63; cfr. anche pag. 346 e Boll. Uff. CS 2004, pag. 629.

rango (cfr. n. 5.2). Il dualismo sarebbe difficilmente compatibile con il quadro attuale dell'ordinamento giuridico svizzero. Una modifica del sistema renderebbe probabilmente necessario integrare la Costituzione federale con nuove disposizioni sull'adozione del diritto internazionale (cfr. le spiegazioni sulla Germania, n. 7.2). Inoltre, migliaia di pagine di diritto internazionale in vigore dovrebbero essere trasposte in atti legislativi. Dato che manca una tradizione dualistica, le autorità e i tribunali dovrebbero dapprima sviluppare una giurisprudenza in merito: questa fase di transizione creerebbe incertezza sul diritto applicabile, a tutto svantaggio dei soggetti di diritto.

Un sistema che dà e ha dato buoni risultati dovrebbe essere abolito soltanto se una novità porta vantaggi significativi. Ma se i vantaggi che deriverebbero dal passaggio al dualismo sono difficili da scorgere, gli inconvenienti sono più palesi. La Svizzera, piccolo Stato, è interessata a non far sorgere dubbi circa la sua affidabilità di partner. Come detto sopra, il dualismo graverebbe sulla procedura legislativa e potrebbe portare a contraddizioni indesiderate tra la legge traspositiva e il trattato internazionale, con conseguenze negative per la certezza del diritto. Per evitare questo effetto indesiderato si potrebbe, come in Germania, prevedere che i trattati siano adottati per mezzo di un semplice ordine di applicazione del diritto (cfr. n. 7.2); tuttavia questa soluzione equivarrebbe di fatto al sistema monistico attualmente vigente.

Come il Consiglio federale ha già illustrato nelle risposte agli interventi parlamentari summenzionati, in seguito all'aumento delle norme di diritto internazionale, che va di pari passo con la sempre maggiore interdipendenza internazionale, anche Paesi tradizionalmente dualistici come il Regno Unito (n. 7.4) o la Svezia (n. 7.6) rinunciano progressivamente al rigido obbligo di trasposizione. In seno all'UE anche gli Stati tradizionalmente dualistici sono tenuti ad applicare il diritto europeo senza un atto traspositivo interno. In tal senso nell'UE vige il monismo.

L'attuale sistema monistico è semplice, efficiente, flessibile e garantisce la certezza del diritto senza ulteriore bisogno di legiferare. Il monismo contribuisce quindi anche a sgravare l'Assemblea federale, il Consiglio federale e l'Amministrazione federale. È stato continuamente adattato alle nuove necessità che scaturiscono dalla crescente importanza degli obblighi internazionali, in particolare estendendo progressivamente le competenze del Popolo, dei Cantoni e del Parlamento (cfr. n. 3). Oggi esiste un esteso parallelismo tra referendum sugli accordi internazionali e referendum legislativo. Non è quindi opportuno introdurre il dualismo.

9.3 Disciplinamento del primato nella Costituzione federale

La Costituzione federale attuale non contiene un disciplinamento esaustivo e chiaro in tutte le sue parti del rapporto gerarchico tra diritto internazionale e diritto interno. Mancano regole chiare per risolvere i conflitti tra diritto internazionale e la Costituzione federale (cfr. n. 8.4). Occorre domandarsi se sia opportuno introdurre una disposizione costituzionale in materia. Una disposizione analoga a quella prevista per il rapporto tra diritto nazionale e diritto cantonale (art. 8.3) è poco ipotizzabile. Il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno va regolato in maniera più particolareggiata.

9.3.1 In funzione dell'importanza materiale

Sono già state esposte le premesse per stabilire una gerarchia in seno al diritto internazionale (cfr. n. 4.7, ultimo capoverso). Nel tentativo di definire con precisione il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno si potrebbero far prevalere sul diritto interno le norme importanti del diritto internazionale, ad esempio quelle sulla tutela dei diritti umani, e assegnare ai trattati tecnici un rango inferiore rispetto alla Costituzione federale e alle leggi federali⁸⁶. Il Consiglio federale reputa tuttavia che una siffatta gerarchizzazione del diritto internazionale in seno al diritto nazionale sia una tendenza ancora poco consolidata, che spetterebbe alle autorità giudiziarie sviluppare. Inoltre, una gerarchizzazione a livello di diritto nazionale è difficilmente attuabile fintanto che il diritto internazionale stesso non preveda una vera e propria gerarchizzazione delle sue norme (cfr. n. 4.7). Infine, l'importanza di una norma si fonda principalmente su criteri politici. Dato che tali criteri non sono prevedibili, ne soffrirebbe la certezza del diritto.

Inoltre, il Consiglio federale ritiene che nel caso in cui un conflitto tra diritto internazionale e diritto interno intacchi *principi e contenuti essenziali dei diritti fondamentali della Costituzione*, questi debbano prevalere (cfr. n. 8.6.1)⁸⁷.

9.3.2 In funzione della legittimazione democratica

Una seconda ipotesi potrebbe essere quella di far prevalere la norma di diritto internazionale o di diritto interno con la maggiore legittimazione democratica. Tuttavia, anche una soluzione di questo tipo non esenta la Svizzera dall'adempimento dei suoi obblighi internazionali. Inoltre, molti vecchi trattati, quali la CEDU, non sono stati sottoposti al referendum. Non sarebbe coerente se questi importanti trattati non prevalessero sulle leggi federali e inoltre la Svizzera si troverebbe in difficoltà sul piano internazionale. Per i trattati più recenti, il criterio non avrebbe invece alcun significato, poiché gli assetti dei diritti popolari in materia di diritto internazionale e di diritto interno sono ampiamente paralleli (cfr. n. 3)⁸⁸.

Optando per il criterio della legittimazione democratica, la Costituzione federale prevarebbe nella maggior parte dei casi sul diritto internazionale, poiché i trattati internazionali sono raramente sottoposti a referendum⁸⁹. Inoltre i trattati internazionali conclusi autonomamente dal Consiglio federale non dispongono di una legittimazione democratica minore, poiché la competenza di quest'ultimo si fonda sempre su una norma di delega di una legge federale. Infine, il criterio della legittimazione democratica non è applicabile a tutto il diritto internazionale. Il diritto internazionale consuetudinario e i principi generale del diritto non sottostanno all'approvazione formale delle autorità federali. Nel presente contesto occorre inoltre osservare che in caso di conflitto tra diritto federale e diritto cantonale prevale il diritto federale,

⁸⁶ Cfr. Anne Benoit, *Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?*, ZSR 2009 I, pag. 453 segg.

⁸⁷ Messaggio del 18 maggio 1992 concernente l'approvazione dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, FF 1992 IV 1, pag. 58.

⁸⁸ A titolo d'esempio cfr. DTF 133 V 367, pag. 389 consid. 11.4.

⁸⁹ Cfr. l'iniziativa popolare «Per il rafforzamento dei diritti popolari in politica estera (accordi internazionali: decida il popolo!)», FF 2009 5255.

indipendentemente dalla legittimazione democratica dei singoli atti normativi, tant'è vero che anche le ordinanze federali prevalgono sulle leggi cantonali.

9.3.3 **Preminenza del diritto costituzionale più recente**

Secondo il Consiglio federale, le autorità sono in linea di massima tenute ad applicare una norma costituzionale contraria al diritto internazionale se è *più recente della norma internazionale* e dell'articolo 190 Cost. e se è *direttamente applicabile*. Il nuovo articolo 72 capoverso 3 (iniziativa «Contro l'edificazione dei minareti») rappresenta un esempio di particolare attualità. Se la norma costituzionale non è direttamente applicabile, l'Assemblea federale deve precisarla emanando le disposizioni legislative necessarie⁹⁰. Le ragioni sono identiche a quelle che giustificano la preminenza di una norma costituzionale su una legge federale più vecchia (cfr. n. 8.6.1). Lo scopo principale dell'articolo 190 Cost. è di impedire ai tribunali di sostituire la propria ponderazione degli interessi a quella del legislatore. I tribunali devono infatti attenersi alle decisioni del legislatore e a maggior ragione alle decisioni più recenti del potere costituente. Se si accorda la preminenza alla norma costituzionale, la Svizzera deve assumersi la propria responsabilità internazionale. Per sfuggire a una simile conseguenza è necessario rinegoziare o denunciare il trattato in questione, il che tuttavia non è sempre possibile e auspicabile dal punto di vista politico e giuridico. Se si adottasse questa soluzione non sarebbe necessaria alcuna modifica costituzionale.

9.3.4 **Codificazione della giurisprudenza Schubert**

La lettera c del postulato ci chiede di esprimerci sulla prosecuzione della giurisprudenza Schubert e sulla sua eventuale codificazione nella legge.

La giurisprudenza Schubert è il risultato della giurisprudenza del Tribunale federale e spetta a quest'ultimo decidere se intende abbandonarla o proseguirla. L'Assemblea federale può influire sulla questione soltanto sancendo la giurisprudenza Schubert o il suo rifiuto in un atto normativo.

Prima di codificare la giurisprudenza Schubert occorre determinare il contenuto della futura norma. Si tratta semplicemente di attribuire alle autorità incaricate dell'applicazione la possibilità di far prevalere le leggi interne posteriori sul diritto internazionale se il legislatore ha consapevolmente derogato a quest'ultimo? In tal caso sarebbe confermato lo status quo. Oppure si tratta di statuire l'obbligo di tali autorità di far prevalere le leggi interne posteriori se il legislatore ha consapevolmente derogato a un trattato? Se si scegliesse tale opzione, occorrerebbe ancora decidere se la nuova norma dovrebbe comprendere o no l'eccezione fatta dal Tribunale federale a favore delle disposizioni internazionali a tutela dei diritti umani. Una codificazione che includa l'eccezione a favore dei diritti umani rischierebbe di impedire al Tribunale federale di sviluppare, se necessario, nuove eccezioni alla

⁹⁰ Messaggio del Consiglio federale del 6 luglio 2004 sull'iniziativa popolare «Per una protezione degli animali al passo con i tempi (Sì alla protezione degli animali!)», FF 2004 2885, pag. 2909; Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, 2° ed., Zurigo ecc. 2008, ad art. 139, n. marg. 42.

giurisprudenza Schubert. Una codificazione renderebbe inoltre necessario stabilire se il primato delle leggi federali posteriori andrebbe applicato soltanto nei confronti dei trattati internazionali o anche nei confronti del diritto internazionale consuetudinario e dei principi generali del diritto, fermo restando che sarebbe escluso il primato nei confronti dello *ius cogens*.

Il Consiglio federale ha recentemente espresso il suo parere in merito all'introduzione della giurisprudenza Schubert nella Costituzione federale. Nella sua risposta alla mozione Lukas Reimann (08.3249, Base costituzionale per la prassi Schubert) ha spiegato che adottando gli articoli 5 capoverso 4 e 190 Cost. nel 1999 il potere costituente aveva optato per una soluzione pragmatica, lasciando alle autorità incaricate dell'applicazione e in particolare al Tribunale federale il compito di procedere a una ponderazione degli interessi in gioco nel caso concreto e di trovare una risposta al conflitto, aggiungendo che tale soluzione aveva dato buoni risultati. Di conseguenza il Consiglio federale aveva concluso che misure immediate, in particolare la codificazione della giurisprudenza Schubert nella Costituzione, non erano necessarie. Il Consiglio federale conferma questo parere e aggiunge agli argomenti già esposti le seguenti considerazioni.

La Costituzione attuale tiene già sufficientemente conto della giurisprudenza Schubert, poiché il suo articolo 5 capoverso 4 è stato redatto in modo tale da permetterne l'applicazione. Inoltre, come già sottolineato, conflitti diretti tra una legge federale posteriore e il diritto internazionale sono rari e non giustificano l'adozione di disposizioni supplementari, tanto più che in generale l'Assemblea federale partecipa alla conclusione dei trattati internazionali. L'analisi di diritto comparato (cfr. n. 7) dimostra inoltre che in questo settore occorre privilegiare una certa flessibilità piuttosto che una soluzione troppo schematica e rigida. Occorre inoltre sottolineare che nel caso di trattati internazionali dotati di un meccanismo di controllo che conduce a decisioni vincolanti per la Svizzera, la portata di una codificazione della giurisprudenza Schubert sarebbe limitata, poiché il giudice internazionale farà in ogni caso prevalere le disposizioni del trattato. Di conseguenza, in caso di conflitto evidente, o in altre parole se l'Assemblea federale intendesse derogare a un impegno internazionale assunto dalla Svizzera, la soluzione più coerente sarebbe quella di intraprendere i passi necessari per la rinegoziazione oppure, se ciò non fosse possibile, la denuncia del trattato in questione. Questo significa che l'adozione di una disposizione di legge che deroga consapevolmente a un trattato internazionale dovrebbe essere interpretato dal Consiglio federale come mandato di rinegoziazione o di denuncia del trattato in questione oppure che l'adozione della legge in questione dovrebbe essere accompagnata da una mozione dell'Assemblea federale che ci incarica di rinegoziare o denunciare il trattato. Per evitare che la Svizzera debba assumersi la sua responsabilità internazionale, la nuova disposizione di legge dovrebbe entrare in vigore soltanto dopo la denuncia del trattato o l'entrata in vigore del trattato rinegoziato. Tale soluzione ha il vantaggio di essere interamente conforme agli obblighi internazionali della Svizzera e di presentare chiaramente al legislatore le conseguenze dell'adozione di una disposizione che viola gli obblighi internazionali contratti anteriormente.

Il Consiglio federale è quindi contrario alla codificazione della giurisprudenza Schubert nella Costituzione o in una legge. Per le ragioni summenzionate una codificazione non è né utile né opportuna.

Un'altra opzione sarebbe quella di completare l'articolo 190 Cost. con un secondo capoverso che preveda che il Tribunale federale e le altre autorità non siano tenute ad applicare le disposizioni della Costituzione e delle leggi federali se queste violano (a) il diritto internazionale cogente o (b) le regole di diritto internazionale approvate dal Popolo e dai Cantoni, oppure se (c) un tribunale internazionale ha accertato una violazione del diritto internazionale. In questo modo si garantirebbe che una norma costituzionale o una legge federale non sia messa in vigore se è contraria alle regole del diritto internazionale d'importanza fondamentale (a) o al diritto internazionale che gode di una legittimazione simile o superiore (b), oppure se un'autorità internazionale competente ritiene che la norma costituzionale o la legge federale violi chiaramente il diritto internazionale (c). Affinché un'iniziativa popolare non sia applicata perché non conforme alla CEDU, sarebbe ad esempio necessaria una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo. La decisione di un'autorità svizzera non sarebbe sufficiente.

Tale soluzione non sarebbe tuttavia efficace perché non esiste una gerarchia delle norme costituzionali. Se vi è un conflitto si applicano i principi *lex specialis derogat generali* e *lex posterior derogat priori*. Una norma costituzionale che in virtù della sua interpretazione risultasse contraria al diritto internazionale prevalerebbe lo stesso su quest'ultimo in quanto norma speciale e posteriore. Sarebbe difficile sostenere che la volontà del costituente fosse, attraverso l'oneroso processo della votazione, di creare una norma che non esplicherebbe alcun effetto. Per proteggersi da qualsiasi eventualità gli autori di un'iniziativa potrebbero prevedere nel testo dell'iniziativa che la norma costituzionale proposta sia valida indipendentemente dall'articolo 190 capoverso 2 Cost. Il capoverso 2 si applicherebbe quindi soltanto se fosse possibile un'interpretazione del diritto costituzionale conforme al diritto internazionale, ossia se non vi fosse alcun conflitto tra il diritto costituzionale e il diritto internazionale. Se tuttavia è possibile una siffatta interpretazione, non è necessario un disciplinamento più esteso rispetto a quello previsto dall'attuale articolo 190 Cost.

Al di là di questa obiezione fondamentale, sarebbe inoltre molto difficile definire le norme del diritto internazionale che dovrebbero prevalere sul diritto nazionale. Sarebbe superfluo menzionare nuovamente le regole cogenti del diritto internazionale (condizione a), che già attualmente costituiscono un limite per la validità delle iniziative. È inoltre difficilmente ipotizzabile che un'autorità incaricata di applicare il diritto riesami la conformità con il diritto internazionale cogente di una norma giudicata valida dal Parlamento e decida diversamente da quest'ultimo. Fondarsi sul criterio del diritto internazionale approvato dal Popolo e dai Cantoni (condizione b) significherebbe tralasciare numerosi trattati internazionali, tra cui in particolare la CEDU e il Patto dell'ONU II che negli ultimi anni sono spesso stati scalfiti da iniziative popolari. Si rinvia in proposito agli argomenti illustrati nel numero 9.3.2. Inoltre, su scala internazionale la Svizzera dovrebbe assumersi le conseguenze del mancato rispetto dei suoi obblighi internazionali. (cfr. n. 6).

Si potrebbe anche prevedere che prevalga soltanto il diritto internazionale d'importanza fondamentale o quello d'interesse vitale per la Svizzera. Tuttavia questo tipo di criteri generali crea grandi difficoltà. E se si statuisse che il diritto costituzionale e le leggi federali prevalgono tranne nel caso in cui un tribunale internazionale accertasse una violazione del diritto internazionale (c.), a differenza di quanto previsto attualmente il Tribunale federale non potrebbe più rifiutarsi di applicare il

diritto federale per violazione ad esempio della CEDU (cfr. n. 8.6.2). Da parte sua l'Assemblea federale potrebbe continuare a precisare un'iniziativa popolare in una legge interpretandola conformemente al diritto internazionale.

Per i motivi summenzionati, il Consiglio federale reputa che l'adozione di un nuovo articolo 190 capoverso 2 Cost. sarebbe inutile e renderebbe inoltre inattendibile l'impegno internazionale della Svizzera a favore dei diritti umani e del primato del diritto internazionale⁹¹. Essa si opporrebbe inoltre alla tendenza di ampliare la giurisdizione costituzionale (modifica dell'art. 190 Cost.) e alla tendenza della comunità internazionale di riconoscere il primato del diritto internazionale. Infine, questa opzione non risolverebbe la questione delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale.

9.5 Accesso al Tribunale federale per questioni concernenti la relazione tra diritto internazionale e diritto interno

Nella lettera d del suo postulato 07.3764 la Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati si chiede se le decisioni di autorità inferiori sul rapporto tra il diritto internazionale e il diritto nazionale debbano poter essere sottoposte in tutti i casi al Tribunale federale al fine di garantire una giurisprudenza uniforme.

Nella risposta a tale domanda si parte dal presupposto che con «autorità inferiori» il postulato intenda autorità giudiziarie inferiori al Tribunale federale e non gli organi supremi della Confederazione, ossia l'Assemblea federale e il Consiglio federale. La questione dell'estensione della giurisdizione costituzionale non sarà quindi trattata. Tale argomento è oggetto di due iniziative parlamentari: Studer Heiner «Giurisdizione costituzionale» (05.445) e Müller-Hemmi «Diritto costituzionale determinante per chi è chiamato ad applicare il diritto» (07.476).

Il Tribunale federale è l'autorità giudiziaria suprema della Confederazione (art. 188 Cost.). Quel che il Tribunale federale decide in merito al rapporto tra diritto internazionale e diritto interno vale per tutte le autorità svizzere che applicano il diritto. Queste ultime devono seguire la giurisprudenza del Tribunale federale. Se non dovessero farlo, nella maggior parte dei casi è possibile il ricorso dinanzi al Tribunale federale, che in tal modo può provvedere a una giurisprudenza unitaria. Vi sono tuttavia delle eccezioni a tale competenza del Tribunale federale (cfr. n. 8.8).

Se tutte le decisioni di autorità inferiori concernenti la relazione tra diritto internazionale e diritto interno fossero impugnabili dinanzi al Tribunale federale, in singoli casi dovrebbe essere consentito adire il Tribunale federale anche per le cause in cui attualmente il Tribunale amministrativo federale, il Tribunale penale federale o – laddove la causa non abbia per oggetto diritti costituzionali – le autorità cantonali di ultima istanza decidono in modo definitivo. Occorre probabilmente escludere sin dall'inizio l'eliminazione generale delle restrizioni del diritto di adire il Tribunale federale (valore litigioso minimo, elenco di eccezioni), poiché una simile soluzione contraddirebbe totalmente l'obiettivo della revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale, che è quello di sgravare il Tribunale federale. Lo strumento da

⁹¹ In seno al Consiglio d'Europa la Svizzera si è impegnata affinché siano accettati come nuovi membri soltanto gli Stati che riconoscono il primato del diritto internazionale.

prendere in considerazione sarebbe l'introduzione di un nuovo mezzo di ricorso specifico.

Questa soluzione di introdurre un ulteriore ricorso al Tribunale federale per una singola contestazione ci lascia perplessi, per i seguenti motivi:

- un'estensione delle possibilità di ricorso potrebbe portare a un carico di lavoro maggiore per il Tribunale federale soprattutto nel settore del diritto in materia di asilo. In tale settore i ricorrenti, anche per guadagnare tempo, potrebbero essere tentati di adire come ultima possibilità il Tribunale federale per chiarire la relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale, anche in casi in cui un ricorso non avrebbe alcuna possibilità di successo. Le Corti IV e V del Tribunale amministrativo federale, che si occupano esclusivamente di cause di diritto in materia d'asilo, hanno registrato in un anno l'entrata di 4247 casi⁹². Anche se solo una piccola parte delle sentenze fosse impugnata dinanzi al Tribunale federale, quest'ultimo dovrebbe probabilmente essere ingrandito e riorganizzato in modo da poter svolgere la mole di lavoro supplementare. Inoltre, il ruolo guida del Tribunale federale nel settore dell'asilo è garantito in maniera indiretta, poiché deve giudicare in altri ambiti del diritto (estradizione, espulsione) la validità e la portata del principio di non refoulement;
- per i soggetti di diritto sarebbe difficile capire perché il Tribunale federale potrebbe esaminare la relazione tra diritto internazionale e diritto interno nel settore delimitato dalla LTF ma non altre questioni altrettanto fondamentali, quali la violazione di diritti costituzionali da parte del Tribunale amministrativo federale o del Tribunale penale federale;
- spesso è possibile chiarire se si tratti di una questione decisiva (quindi non solo di natura teorica) inerente alla relazione tra diritto internazionale e diritto nazionale soltanto dopo un esame approfondito della causa;
- occorre inoltre chiedersi se la possibilità di adire il Tribunale federale sia un mezzo appropriato per garantire una giurisprudenza uniforme nel giudicare la relazione tra diritto internazionale e diritto interno. Vi sono infatti motivi molto diversi che inducono i ricorrenti a impugnare o no una decisione;
- la relazione tra diritto internazionale e diritto interno non è definita soltanto dai tribunali inferiori e dal Tribunale federale in casi concreti, bensì anche dalla prassi dell'Assemblea federale e del Consiglio federale. Per garantire una giurisprudenza uniforme dovrebbero quindi essere impugnabili mediante ricorso al Tribunale federale sia gli atti giuridici individuali e concreti sia quelli generali e astratti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale che riguardano la relazione tra diritto internazionale e diritto interno.

È vero che il Tribunale federale svolge da molto tempo un ruolo chiave nel chiarire la relazione tra diritto internazionale e diritto interno, poiché la Costituzione federale disciplina solo parzialmente tale relazione⁹³. Per i motivi summenzionati non è tuttavia opportuno introdurre una via di ricorso specifica. Nella prassi non si riscon-

⁹² Rapporto di gestione 2008 del Tribunale federale, pag. 25; Rapporto di gestione 2008 del Tribunale amministrativo federale, pag. 73.

⁹³ Cfr. Kerstin Odendahl, *Bundesverfassung und Völkerrecht in Wechselbeziehung*, in: St. Galler Kommentar, 2^a ed., Zurich ecc. 2008, n. marg. 43.

trano problemi; non è quindi un caso che la legge sul Tribunale federale, entrata in vigore nel 2007, non prevede tale possibilità.

Se l'Assemblea federale dovesse giudicare in maniera diversa la necessità di intervenire, dal punto di vista della tecnica legislativa e in analogia alla «questione di diritto di importanza fondamentale» (art. 74 cpv. 2 lett. a e art. 85 cpv. 2 LTF) o al «caso particolarmente importante» nel settore dell'assistenza internazionale in maniera penale (art. 84 LTF), si potrebbe prevedere il ricorso unitario nei casi in cui occorre risolvere una «questione fondamentale riguardante la relazione tra diritto internazionale e diritto interno». In alternativa, nei casi in cui le autorità inferiori decidono definitivamente (fatto salvo il ricorso sussidiario in materia costituzionale) e in cui si pongono questioni fondamentali riguardanti la relazione tra diritto internazionale e diritto interno, il Tribunale amministrativo federale, il Tribunale penale federale o un tribunale cantonale di ultima istanza potrebbero sospendere il procedimento e chiedere il parere del Tribunale federale (cosiddetta procedura di parere pregiudiziale).

9.6 Chiarimento della relazione tra il diritto internazionale e le iniziative popolari

Le questioni più spinose riguardano la *relazione tra il diritto internazionale e le iniziative popolari*. Secondo l'articolo 195 Cost. un'iniziativa popolare entra in vigore con l'accettazione del Popolo e dei Cantoni. Da tale momento essa diventa diritto costituzionale e le autorità devono metterla in atto rispettandone lo spirito. Sono nulle soltanto le iniziative popolari che violano il diritto internazionale cogente, che quindi non sono sottoposte al voto popolare. Quelle che violano altre disposizioni del diritto internazionale sono valide e, in caso di approvazione da parte del Popolo e dei Cantoni vanno messe in atto (art. 139 cpv. 2, 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.; cfr. n. 8.6.1 e 8.7.2).

D'altra parte le norme costituzionali contrarie al diritto internazionale dovrebbero costituire un'eccezione limitata nel tempo; lo esigono la Costituzione stessa (art. 5 cpv. 4), gli interessi di politica estera della Svizzera e l'importanza del diritto internazionale per la coesistenza pacifica degli Stati (cfr. n. 2). Ciò significa che se viene approvata un'iniziativa popolare contraria al diritto internazionale, è necessario rinegoziare o, se ciò non è possibile, denunciare i trattati internazionali in questione. Sorgono tuttavia problemi se i trattati sono indenunciabili o se per motivi politici o economici la Svizzera non intende rinunciare a impegni presi. In questo caso potrebbe esservi una violazione del diritto internazionale e la Svizzera incorrerebbe nelle conseguenze illustrate sopra (cfr. n. 6.2). Se il trattato in questione dispone di un meccanismo di controllo, la Svizzera rischia una condanna da parte di un organo internazionale. Nel caso della CEDU, una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che accerta una violazione della CEDU deve essere messa in atto e l'esecuzione della decisione da parte dello Stato interessato è sorvegliata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Secondo la prassi costante del Comitato dei ministri, i provvedimenti da prendere non devono limitarsi a risolvere il caso in questione. Lo Stato interessato deve adottare anche le misure necessarie affinché non si ripeta lo stesso tipo di violazione della CEDU.

La situazione giuridica attuale presenta alcune lacune. Innanzitutto possono essere dichiarate nulle soltanto le iniziative popolari contrarie alle disposizioni cogenti del

diritto internazionale ai sensi della nozione internazionale di *ius cogens*. Il filtro è quindi di proposito abbastanza ampio, al fine di tutelare per quanto possibile il diritto d'iniziativa⁹⁴. Il rovescio della medaglia è costituito dal rischio che il Popolo e i Cantoni approvino disposizioni costituzionali contrarie al diritto internazionale. Quanto più la nozione di disposizione cogente del diritto internazionale è interpretata in senso stretto e quindi a vantaggio dei diritti popolari, tanto più sussiste tale rischio.

Inoltre, quando esaminano la validità di un'iniziativa, le autorità federali applicano il principio dell'interpretazione conforme. Dato che lo scopo dell'interpretazione conforme è di evitare per quanto possibile la dichiarazione di nullità, la prassi del Consiglio federale e dell'Assemblea federale comporta che soltanto le iniziative che violano in modo manifesto il diritto internazionale cogente possono essere dichiarate nulle. Questa soluzione, molto favorevole ai diritti popolari, ha il difetto di trasferire le difficoltà alla fase di applicazione dell'iniziativa. Vi è anche il rischio che un'interpretazione dell'iniziativa conforme al diritto internazionale sia possibile soltanto a costo di un'interpretazione molto estesa del testo dell'iniziativa che non rispecchia completamente le intenzioni degli autori.

In caso di approvazione di un'iniziativa contraria al diritto internazionale non cogente le autorità devono sforzarsi di attuarla conformemente al diritto internazionale. Ma non è sempre facile decidere quando un'attuazione conforme non è più giustificabile ed è quindi da prendere in considerazione la denuncia del trattato o la violazione degli obblighi internazionali della Svizzera. Se le autorità scelgono l'opzione dell'attuazione conforme al diritto internazionale – e, di conseguenza, generalmente non tutti gli obiettivi dell'iniziativa possono essere realizzati – vi è il rischio di deludere le aspettative dei cittadini che hanno votato a favore dell'iniziativa.

Diversi autori sono dell'opinione che il problema delle iniziative popolari contrarie al diritto internazionale potrebbe essere risolto con l'introduzione di una giurisdizione costituzionale completa a livello federale, conferendo al Tribunale federale la competenza di valutare la costituzionalità delle leggi federali in un caso di applicazione e la conformità delle iniziative popolari con il diritto internazionale cogente⁹⁵. Nel presente rapporto si rinuncia a discutere questa opzione, poiché sarà esaminata nell'ambito delle iniziative parlamentari 05.445 Studer Heiner «Giurisdizione costituzionale» e Müller-Hemmi 07.476 «Diritto costituzionale determinante per chi è chiamato ad applicare il diritto». Qui appresso il rapporto si limita pertanto ad analizzare soluzioni basate sui motivi di nullità e sulla procedura d'esame preliminare di un'iniziativa popolare.

9.6.1 Estensione dei motivi di nullità

9.6.1.1 Introduzione

I problemi che sorgono in occasione dell'attuazione di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale potrebbero essere evitati ampliando la cerchia delle disposizioni cogenti del diritto internazionale riconosciute dalla giurisprudenza vigente.

⁹⁴ Cfr. in particolare il messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, pag. 420.

⁹⁵ In particolare. Andreas Auer, *Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates*, NZZ del 10 settembre 2008, pag. 15.

Molti autori si esprimono a favore di un'interpretazione più estesa della nozione di «diritto internazionale cogente». Essi ritengono che non dipenda dal concetto di *ius cogens* del diritto internazionale, bensì che abbia una portata costituzionale autonoma e di conseguenza possa essere esteso, per via interpretativa, ad altri obblighi internazionali, ad esempio al diritto internazionale cogente di fatto, vale a dire a norme di un trattato che per motivi giuridici o di fatto non può essere denunciato (ad esempio il trattato OMC o i patti dell'ONU), o a norme di uno *ius cogens* regionale (ad esempio della CEDU)⁹⁶. La maggioranza della dottrina è tuttavia contraria a qualsiasi estensione per via interpretativa della nozione di «diritto internazionale cogente», adducendo che una limitazione dei diritti popolari non può avvenire mediante una semplice modifica della giurisprudenza, in merito alla quale i cittadini non possono esprimersi⁹⁷.

Anche le autorità federali hanno ripetutamente rifiutato di estendere la nozione di «diritto internazionale cogente», ritenendo che il diritto d'iniziativa debba essere limitato soltanto nei casi assolutamente necessari⁹⁸. Nel rapporto del 2006 anche l'Ufficio federale di giustizia ha osservato che la portata della nozione di «diritto internazionale cogente» non poteva essere estesa per via interpretativa⁹⁹. Nel messaggio sull'iniziativa «Contro l'edificazione di minareti» il Consiglio federale ha di recente implicitamente confermato tale posizione, non includendo la libertà di manifestare la propria religione, garantita dalla CEDU e dal Patto dell'ONU II, nel diritto internazionale cogente.

Se non è possibile evitare il conflitto tra una nuova norma costituzionale e il diritto internazionale, come nel caso dell'iniziativa «Contro l'edificazione di minareti» (art. 72 cpv. 3 Cost.), secondo noi prevale la prima. In caso di approvazione di un'iniziativa popolare contraria al diritto internazionale i trattati internazionali in questione devono, se necessario, essere rinegoziati o, se ciò non è possibile, denunciati al fine di evitare che la Svizzera debba incorrere in una violazione di un trattato internazionale (cfr. n. 9.3.3).

⁹⁶ Cfr. in particolare. Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, 2^a ed, Zürigo ecc. 2008, ad art. 139 cpv. 2, n. marg. 29 e 30; Luzius Wildhaber, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in: Festschrift Aubert, 1996, pag. 299; René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^a ed. ampliata, Basilea 2009, n. marg. 3602 segg.; Giusep Nay, Sollen Volksinitiativen ungültig sein, wenn sie nur gegen nichtzwingendes Völkerrecht verstossen?, Plädoyer 3/2007, pag. 29, nonché Giovanni Biaggini, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP 6/99, pag. 728.

⁹⁷ Cfr. in particolare i pareri dei prof. Andreas Kley e Andreas Auer in occasione dell'audizione nella CIP-N del 21 agosto 2008, nonché Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 3/2008, pag. 138; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^a ed., Berna 2007, n. marg. 25, pag. 543 seg.; Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, Vorbemerkungen zu Art. 136–142, St. Galler Kommentar, 2^a ed, Zurigo ecc. 2008, n. marg. 34; Robert Baumann, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Zurigo 2002, n. marg. 364.

⁹⁸ Cfr. in particolare il messaggio del Consiglio federale sull'iniziativa popolare «Per una protezione degli animali al passo con i tempi (Sì alla protezione degli animali!)», FF 2004 2885, pag. 2894 seg. f., in cui il Consiglio federale respinge la proposta della dottrina di estendere la nozione di «diritto internazionale cogente» al «diritto internazionale cogente *de facto*», e il messaggio relativo all'iniziativa popolare «Per naturalizzazioni democratiche», FF 2006 8205, pag. 8214.

⁹⁹ «Rapporto sulle condizioni di validità delle iniziative popolari e sui limiti materiali posti alla revisione della Costituzione federale», non pubblicato.

A differenza di quanto suggerisce il postulato 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale, un'iniziativa popolare contraria ai diritti costituzionali fondamentali o al diritto internazionale deve quindi essere attuata. Se l'iniziativa vada attuata o no, è una questione che non è lasciata all'apprezzamento delle autorità. Sarebbe indebito e nefasto per il processo politico sottoporre un'iniziativa a votazione per poi, in caso di approvazione, rinunciare ad attuarla¹⁰⁰.

Alcuni autori ritengono perciò che in questi casi sia importante osservare chiaramente già nel messaggio che in caso di approvazione l'iniziativa non potrà essere attuata integralmente e dovrà essere interpretata in modo tale da non ledere gli obblighi internazionali della Svizzera¹⁰¹.

Il Consiglio federale ritiene invece che occorre tenere presente che l'interpretazione conforme al diritto internazionale è soltanto uno degli elementi di cui tenere conto per l'interpretazione del diritto costituzionale¹⁰². Un'iniziativa popolare va attuata rispettandone appieno lo spirito, anche se ciò potrebbe violare gli obblighi internazionali della Svizzera. È importante che l'opuscolo con le spiegazioni di voto del Consiglio federale indichi chiaramente questa possibilità di violazione, ma spetta al Popolo e ai Cantoni decidere se accettare o no una tale iniziativa. In caso di approvazione le autorità sono come detto tenute ad attuare l'iniziativa rispettandone in pieno lo spirito. Se le autorità dovessero giungere alla conclusione che, indipendentemente dai motivi, non sia possibile un'attuazione conforme al diritto internazionale, ci si troverebbe di fronte a un conflitto diretto tra diritto costituzionale e diritto internazionale. Per i motivi summenzionati un tale conflitto deve essere evitato. A tale scopo si potrebbero estendere i motivi di nullità di un'iniziativa. Qui appresso si analizzano possibili soluzioni.

9.6.1.2 Violazione di disposizioni di diritto internazionale di vitale importanza per la Svizzera

Una prima opzione consisterebbe nello stabilire, in sostituzione o in aggiunta allo *ius cogens*, un altro insieme di norme di diritto internazionale che costituiscono un limite materiale alle iniziative popolari. La proposta più recente in tal senso è stata fornita da Helen Keller, che suggerisce di sostituire il criterio del rispetto dello *ius cogens* con quello del rispetto delle disposizioni di diritto internazionale «d'importanza vitale (*von vitaler Bedeutung*) per la Svizzera»¹⁰³. Questa soluzione avrebbe il vantaggio di tenere conto dell'esistenza di disposizioni internazionali, giuridicamente denunciabili o no, a cui la Svizzera non può, per motivi politici, sottrarsi. Permetterebbe in particolare di rispettare l'esistenza, riconosciuta da una parte della dottrina, di uno *ius cogens* regionale o di norme internazionali cogenti di fatto (cfr. n. 8.7.1.1). Una siffatta disposizione costituzionale potrebbe quindi impedire che

¹⁰⁰ Cfr. Yvo Hangartner, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastrorardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (a c. di), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, art. 139 (nuovo) n. marg. 35.

¹⁰¹ Andreas Auer/Bénédicte Tornay, *Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative «Pour des naturalisations démocratiques»*, AJP 6/2007, pag. 746.

¹⁰² Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^a ed., Zurigo 2008, n. marg. 90 segg.; secondo questi autori l'interpretazione conforme al diritto internazionale è un caso particolare dell'interpretazione sistematica.

¹⁰³ Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBl 3/2008, pag. 149.

un'iniziativa sia accettata dal Popolo e dai Cantoni pur non potendo essere applicata oppure potendo essere applicata solo in parte o a costo della denuncia di trattati internazionali. Tuttavia, come ammette l'autrice stessa, il concetto di «importanza vitale» è un concetto vago che lascia un ampio margine d'interpretazione all'autorità incaricata di applicarlo. Per questo motivo Helen Keller prende in considerazione l'introduzione di questo nuovo limite materiale soltanto a condizione che la competenza di pronunciarsi sulla validità di iniziative popolari sia trasferita dall'Assemblea federale a un organo giurisdizionale quale il Tribunale federale o una commissione apposita di esperti ancora da istituire. Secondo il Consiglio federale, anche con questo trasferimento della competenza un tale criterio di validità resterebbe tuttavia in larga misura impraticabile perché in generale difficilmente giustiziabile. Infatti, non è chiaro su quali criteri giuridici potrebbe basarsi un tribunale per decidere quali disposizioni di diritto internazionale siano d'importanza vitale per la Svizzera. Tale soluzione presenterebbe inoltre il difetto di restringere ulteriormente i diritti popolari e in definitiva privilegierebbe il diritto internazionale.

9.6.1.3 Violazione di disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani (iniziativa parlamentare 07.477)

Un'altra opzione potrebbe essere quella di completare o sostituire il criterio del rispetto dello *ius cogens* con quello del rispetto delle disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani. Una soluzione di questo tipo è attualmente proposta dall'iniziativa parlamentare Vischer (07.477 – Validità delle iniziative popolari), non ancora trattata dalle Camere federali, che chiede di modificare la Costituzione in modo tale che le iniziative popolari incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali e con le garanzie procedurali del diritto internazionale siano dichiarate nulle.

Nella misura in cui riguardano le disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani le proposte di questo tipo hanno il vantaggio di instaurare un certo parallelismo tra i limiti imposti al potere costituente e quelli imposti al legislatore. Infatti, a dispetto della clausola d'immunità delle leggi federali, il Tribunale federale può sottoporre a verifica e, se del caso, non applicare una legge federale contraria alle disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani, in particolare della CEDU. Se le disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani o la CEDU stessa fossero menzionate nell'articolo 139 capoverso 2 Cost., il mancato rispetto di tali disposizioni da parte di un'iniziativa popolare sarebbe accompagnato da una sanzione. Si eviterebbe così in particolare il rischio che una norma costituzionale sia adottata pur essendo contraria a tali disposizioni.

Tuttavia, una soluzione di questo tipo solleverebbe diverse questioni. Sarebbe innanzitutto indispensabile definire in modo sufficientemente preciso e senza dare adito a grossi problemi di interpretazione le disposizioni internazionali in questione. Occorrerebbe includervi ad esempio anche i diritti fondamentali di natura socio-economica, come il diritto all'alloggio o all'istruzione? Inoltre, se ci si concentrasse sui diritti umani il problema posto dalla difficoltà, perlomeno politica, di denunciare determinati trattati internazionali di carattere economico quali l'OMC non sarebbe risolto. Da ultimo, varie convenzioni di tutela dei diritti umani dispongono di organi giurisdizionali propri, la cui giurisprudenza fa evolvere il contenuto dei diritti garantiti. Definire le disposizioni di tutela dei diritti umani come limite alla validità delle iniziative popolari significherebbe riferirsi a tali disposizioni così come sono inter-

prestate dalle autorità giuridiche internazionali, il che non renderebbe più agevole la determinazione, in casi concreti, della portata della tutela conferita da un determinato diritto.

9.6.1.4 Elenco delle norme o dei trattati internazionali (importanti) (postulato 08.3765)

Una variante della soluzione precedente consisterebbe nel completare la condizione del rispetto dello *ius cogens* con un elenco delle norme internazionali alle quali le iniziative popolari o le modifiche della Costituzione federale non potrebbero derogare. L'elenco potrebbe consistere in una lista dei trattati internazionali a cui conferire l'immunità (per esempio la CEDU, il Patto dell'ONU II o l'OMC) oppure in una menzione specifica delle disposizioni internazionali in questione. Il postulato 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale propone una soluzione di questo tipo, chiedendo al Consiglio federale di valutare le conseguenze che l'estensione della nozione di «diritto internazionale cogente» a disposizioni importanti della CEDU avrebbe sulla validità delle iniziative popolari. Questa soluzione ha il vantaggio di permettere di dichiarare nulle le iniziative popolari la cui attuazione pone grandi difficoltà. Tuttavia anch'essa non sarebbe di facile applicazione.

Innanzitutto sarebbe molto difficile stabilire un elenco dei trattati o delle disposizioni internazionali pertinenti. La scelta dei trattati da inserire nell'elenco sarebbe politicamente delicata e controversa. Occorrerebbe ad esempio decidere se limitare la scelta ai trattati che tutelano i diritti umani o tenere conto anche dei trattati di natura economica come l'Accordo OMC. Se, come auspicato dal postulato 08.3765, all'elenco dei trattati si aggiungesse un criterio materiale, la difficoltà consisterebbe nel definirne uno attuabile.

Il rinvio alle disposizioni importanti della CEDU, proposto dal postulato, solleva il problema di definire quali siano le disposizioni «importanti». L'autorità incaricata di risolvere la questione dovrebbe trovare criteri oggettivi facilmente applicabili, in modo da scartare il rischio di arbitrarietà ed evitare decisioni politiche. Una soluzione di questo tipo stabilirebbe arbitrariamente la preminenza della CEDU sugli altri trattati multilaterali di tutela dei diritti umani, quali i Patti dell'ONU, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale o la Convenzione contro la tortura, mentre in seno al diritto internazionale tutti i trattati hanno lo stesso rango. Occorre tuttavia osservare che con la Corte europea dei diritti dell'uomo la CEDU ha eretto un sistema su scala europea che differisce sostanzialmente dai trattati universali sui diritti umani. Ma proprio l'esistenza della Corte solleva nuove questioni: bisogna tenere conto dei diritti così come si sono evoluti attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo? E in caso affermativo, in quale misura? Questi brevi accenni mostrano che un semplice rinvio alla CEDU non permetterebbe di precisare in modo sufficiente la portata degli obblighi della Svizzera.

La prassi delle autorità in merito all'inattuabilità è chiara e costante¹⁰⁴. Le iniziative popolari sono inattuabili soltanto se sono inapplicabili di fatto, ossia se non possono essere attuate sul piano materiale. Questa prassi è in parte e con buone ragioni considerata con scetticismo dalla dottrina¹⁰⁵. Anche le autorità ritengono che l'inattuabilità giuridica non sia un motivo valido per dichiarare nulla un'iniziativa¹⁰⁶. Tale parere è attualmente condiviso dalla maggior parte della dottrina¹⁰⁷. Anche l'inapplicabilità sul piano politico non costituisce, secondo il diritto costituzionale attuale, un motivo di nullità. Se s'intendesse dichiarare nulla un'iniziativa per motivi politici o giuridici, occorrerebbe modificare la Costituzione federale.

Secondo noi, l'inserimento di motivi di nullità così poco precisi nella Costituzione federale sarebbe improponibile, poiché non è ad esempio chiaro che cosa s'intenda per «inattuabilità sul piano giuridico». Secondo la prassi attuale questa situazione è data soltanto se un'iniziativa popolare è contraria al diritto internazionale cogente. Andrebbero inclusi nel diritto internazionale anche trattati internazionali non denunciabili? In tal caso andrebbero menzionati esplicitamente. È tuttavia discutibile che un trattato concluso da una generazione debba vincolare anche quella successiva. La giurisprudenza in materia è poco consolidata e non permette di trarre un criterio per definire la nullità di un'iniziativa popolare. Oppure s'intendono trattati importanti quali il Trattato OMC, la CEDU o gli accordi bilaterali con l'UE? In tal caso si tratta già di un giudizio politico. Rientrerebbe chiaramente nell'ambito del criterio dell'«inattuabilità sul piano politico» un'iniziativa popolare la cui approvazione comporti oneri finanziari inaccettabili. Si tratta tuttavia sempre di motivi politici e non giuridici, di motivi che spingono a respingere l'iniziativa, non a dichiararla nulla¹⁰⁸. Sarebbe contrario alla tradizione democratica svizzera anticipare decisioni politiche che spettano al Popolo e ai Cantoni. Il Popolo e i Cantoni e non l'Assemblea federale devono poter decidere se un'iniziativa popolare è opportuna dal punto di vista politico.

¹⁰⁴ Bericht des Bundesamtes für Justiz zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates über die Gültigkeitsvoraussetzungen der Volksinitiativen und die materiellen Schranken der Verfassungsrevision (Rapporto dell'Ufficio federale di giustizia a destinazione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale concernente le condizioni di validità delle iniziative popolari e i limiti materiali posti alla revisione della Costituzione), del 20 dicembre 2006, pag. 18.

¹⁰⁵ Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basilea/Francoforte 1991, n. marg. 339 segg.

¹⁰⁶ Bericht des Bundesamtes für Justiz zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates über die Gültigkeitsvoraussetzungen der Volksinitiativen und die materiellen Schranken der Verfassungsrevision, vom 20. Dezember 2006, pag. 18.

¹⁰⁷ Cfr. ad esempio Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, 2^a ed., Zurigo ecc. 2008, Art. 139 (nuovo) n. marg. 34; cfr. anche le indicazioni in Robert Baumann, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Zurigo 2002, n. 373.

¹⁰⁸ Cfr. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basilea, Francoforte 1991, n. marg. 341.

9.6.2

Esame preliminare della validità di iniziative popolari

Un altro tipo di soluzione consisterebbe nel modificare le regole che disciplinano la procedura d'esame della validità delle iniziative popolari, senza intaccare le regole materiali di validità.¹⁰⁹

9.6.2.1

Parere consultivo prima della raccolta delle firme per un'iniziativa (postulato 09.3118)

In tale ottica una prima opzione sarebbe di prevedere nella legge federale del 17 dicembre 1976 sui diritti politici (LDP; RS 161.1) una verifica preliminare della conformità al diritto internazionale, che si svolgerebbe nella fase dell'esame preliminare¹¹⁰, ossia prima della raccolta delle firme. L'esame materiale potrebbe essere effettuato parallelamente all'esame formale a cui la Cancelleria federale procede già attualmente. Quest'ultima chiederebbe, nell'ambito dell'esame formale dell'iniziativa, un parere sulla sua conformità con il diritto internazionale.

Il parere sarebbe steso dall'Ufficio federale di giustizia in collaborazione con la Direzione del diritto internazionale e la Cancelleria federale lo trasmetterebbe agli autori dell'iniziativa¹¹¹. Esso non sarebbe vincolante per questi ultimi, che nel caso in cui si constatasse una possibilità di conflitto con il diritto internazionale sarebbero liberi di modificare il tenore della loro iniziativa o, al contrario, di rinunciare a modifiche. Nel secondo caso occorrerebbe indicare sulla lista delle firme il risultato dell'esame giuridico preliminare.

Con questa soluzione s'intendono raggiungere i tre obiettivi seguenti:

1. informare in modo competente e credibile gli autori di un'iniziativa e gli aventi diritto di voto della non conformità con il diritto internazionale di un'iniziativa popolare, riducendo in tal modo le probabilità che vengano presentate e accettate iniziative popolari contrarie al diritto internazionale;
2. prevenire frustrazioni risultanti dal fatto che successivamente alla raccolta in buona fede delle firme, che desta attese nei firmatari, le Camere federali dichiarino l'iniziativa nulla;
3. accrescere il senso di responsabilità degli autori di un'iniziativa e ridurre le incertezze delle Camere federali quando a causa della non conformità con il diritto internazionale sono costrette a dichiarare nulla un'iniziativa.

Il Consiglio federale e il Parlamento non sarebbero vincolati dall'esito dell'esame giuridico preliminare. Se lo contestassero, i loro argomenti andrebbero messi a confronto con quelli presentati nell'esame giuridico preliminare e il dibattito politico in occasione della raccolta delle firme potrebbe arricchire la discussione. Se gli autori confutassero in modo approfondito il rapporto sull'esame giuridico prelimina-

¹⁰⁹ Va osservato che il Principato del Liechtenstein effettua dal 1992 un esame preliminare delle iniziative popolari per verificarne la conformità al diritto internazionale.

¹¹⁰ Art. 69 LDP

¹¹¹ In occasione della revisione della Costituzione federale, il Consiglio federale aveva valutato la possibilità di istituire un esame preliminare da parte del Tribunale federale, respingendola per ragioni di sovraccarico del Tribunale federale e di praticabilità. Cfr. FF 1997 I 1, pag. 454 segg.

re e illustrassero con argomenti convincenti la possibilità di un'applicazione conforme al diritto internazionale, il Consiglio federale e il Parlamento potrebbero tenerne conto. Se invece gli autori riconoscessero apertamente di non essere interessati alla conformità con il diritto internazionale o di volerlo violare consapevolmente, sarà più facile motivare la proposta di dichiarare nulla l'iniziativa. Dovrebbe verificarsi solo raramente, anche se non si può escluderlo del tutto, che il Consiglio federale e il Parlamento dichiarino contraria al diritto internazionale un'iniziativa popolare che in occasione dell'esame preliminare era stata ritenuta conforme. Ciò potrebbe ad esempio verificarsi se dopo l'esame preliminare subentrassero importanti modifiche o fatti nuovi nella materia toccata dall'iniziativa.

Per concretizzare questa soluzione, l'articolo 68 capoverso 1 LDP, che enumera le indicazioni che deve contenere la lista delle firme, andrebbe integrato con una lettera f dal seguente tenore: «l'esito dell'esame giuridico preliminare di cui all'articolo 69 capoverso 3^{bis}». Inoltre, nell'articolo 69 LDP, che disciplina l'esame preliminare, occorrerebbe aggiungere il seguente capoverso 3^{bis}: «Essa (la Cancelleria federale) sottopone il testo dell'iniziativa all'Ufficio federale di giustizia per l'esame giuridico preliminare della conformità con il diritto internazionale. L'Ufficio federale di giustizia procede all'esame in collaborazione con la Direzione del diritto internazionale. L'esito dell'esame è indicato sulla lista delle firme».

Tuttavia, l'impatto di tale soluzione risulterebbe limitato, perché l'esito dell'esame preliminare non sarebbe vincolante per i promotori dell'iniziativa. Non impedirebbe altresì che vengano scientemente presentate iniziative popolari contrarie al diritto internazionale.

9.6.2.2 Parere consultivo dopo la riuscita dell'iniziativa

Una seconda soluzione di natura procedurale consisterebbe nel concedere all'Assemblea federale la possibilità di consultare il Tribunale federale nella fase dell'esame dell'iniziativa popolare. Si tratterebbe quindi di un controllo a priori ossia prima del voto del Popolo e dei Cantoni. Un controllo a posteriori sarà analizzato nell'ambito delle iniziative parlamentari Studer Heiner «Giurisdizione costituzionale» (05.445) e Müller-Hemmi «Diritto costituzionale determinante per chi è chiamato ad applicare il diritto» (07.476). Una variante possibile sarebbe quella di prevedere l'obbligo per l'Assemblea federale di consultare il Tribunale federale prima di dichiarare nulla un'iniziativa popolare.

Per l'Assemblea federale il parere del Tribunale federale potrebbe essere vincolante o no. Se si ragiona a partire dal sistema attuale di separazione dei poteri, il parere non dovrebbe essere vincolante. L'Assemblea federale manterrebbe così la facoltà di decidere definitivamente in merito alla validità di un'iniziativa, pur avendo la possibilità o l'obbligo di consultare un'autorità giurisdizionale in grado di fornire un parere fondato e oggettivo sulle questioni giuridiche che si pongono in tale contesto, in particolare in merito al contenuto dello *ius cogens*, alla compatibilità di un'iniziativa con il diritto internazionale e alla possibilità di un'interpretazione conforme. Del resto, il Tribunale federale svolge già oggi in modo soddisfacente il ruolo di autorità decisionale per valutare la validità delle iniziative popolari cantonali e, in particolare, la loro conformità con il diritto federale.

L'idea di coinvolgere il Tribunale federale nel giudizio sulla validità delle iniziative popolari federali non è del tutto nuova, poiché già in occasione della riforma dei diritti popolari il Consiglio federale aveva proposto d'introdurre l'obbligo da parte dell'Assemblea federale di far capo al parere del Tribunale federale in caso di dubbio sulla validità di un'iniziativa popolare; tale parere sarebbe stato vincolante¹¹². Tuttavia la proposta era stata respinta dalla Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio degli Stati, la quale argomentava che la decisione sulla validità, pur fondandosi su criteri giuridici, ha sempre una componente politica e quindi l'Assemblea generale è l'autorità più idonea per giudicare¹¹³. Questo argomento è ancora valido. Si può inoltre aggiungere che conferire al Tribunale federale la competenza di dichiarare nulla un'iniziativa popolare significherebbe introdurre parzialmente la giurisdizione costituzionale mentre, occorre ricordarlo, tale giurisdizione non esiste per le leggi federali. Mal si comprende dunque perché la sovranità del Parlamento e del Popolo dovrebbe essere tutelata in un caso e non nell'altro. Da questo punto di vista sarebbe invece giustificato limitare l'intervento del Tribunale federale a un parere consultivo. Alcuni anni fa la Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio degli Stati ha esaminato una proposta in tal senso, respingendola per motivi inerenti alla separazione dei poteri¹¹⁴.

9.6.2.3 Obbligo di controprogetto a iniziative popolari nulle o contrarie al diritto internazionale

Secondo il diritto vigente, l'Assemblea federale può proporre un controprogetto a un'iniziativa popolare, in modo da «correggere» in un certo senso il testo dell'iniziativa e sottoporre ai cittadini un'alternativa conforme al diritto internazionale (art. 139 cpv. 3 Cost.; cfr. n. 8.7.1.3). Si potrebbe quindi prevedere l'obbligo di sottoporre un controprogetto se un'iniziativa popolare viola il diritto internazionale. Tale obbligo potrebbe essere limitato a iniziative popolari che violano il diritto internazionale non cogente, poiché quelle che violano il diritto internazionale cogente sono dichiarate nulle e non vengono sottoposte al voto del Popolo.

Questa soluzione avrebbe il vantaggio di permettere ai cittadini di esprimersi su una variante conforme al diritto internazionale vicina all'intenzione degli autori dell'iniziativa. Tuttavia, se esaminato più in dettaglio, tale obbligo presenterebbe notevoli svantaggi. Già attualmente l'Assemblea federale può presentare un controprogetto se lo ritiene opportuno dal punto di vista politico. Se lo si rendesse obbligatorio, essa dovrebbe proporre un controprogetto anche nel caso in cui ritenesse politicamente del tutto errate le richieste dell'iniziativa. Inoltre, dovrebbe elaborare un controprogetto che possa essere approvato dal Popolo. Inoltre in certi casi è quasi impossibile proporre un controprogetto conforme al diritto internazionale. Infine, un controprogetto obbligatorio non impedirebbe che l'iniziativa contraria al diritto internazionale sia sottoposta al voto: non vi sarebbe dunque nessuna garanzia che la Svizzera non adotti norme costituzionali contrarie al diritto internazionale.

¹¹² FF 1997 I 1, pag. 453 seg.

¹¹³ Cfr. in particolare i processi verbali della CRC-N del 2 febbraio 1998 e della CRC-S del 9 novembre 1998 (2).

¹¹⁴ FF 2001 4315, pag. 4342.

9.6.3

Riassunto

Riassumendo, la prassi attuale in materia d'iniziative contrarie al diritto internazionale lascia in gran parte aperta la questione della gerarchia tra Costituzione federale e diritto internazionale. Non risolve in particolare le difficoltà causate dall'adozione di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale non cogente.

Le soluzioni tese a risolvere queste difficoltà attraverso la modifica materiale della disciplina attuale, ossia estendendo o modificando il limite materiale costituito dallo diritto internazionale cogente, sembrano a prima vista convincenti. Ma se esaminate più attentamente sollevano numerose questioni giuridiche e politiche. In ogni caso non permettono di risolvere il problema in modo semplice e a breve termine. Ciononostante il Consiglio federale non intende escludere tali soluzioni dal dibattito, pur ritenendo opportuno studiare in modo più approfondito le loro conseguenze e valutarne l'attuabilità. Esso incaricherà pertanto l'Ufficio federale di giustizia, la Direzione del diritto internazionale pubblico e la Cancelleria federale di procedere a tale esame.

10

Conclusioni

«La forza di un piccolo Stato è soprattutto il suo diritto»¹¹⁵ – questa frase pronunciata dal Consiglio federale nel 1919 conserva tuttora la sua validità. La Svizzera è fortemente interessata a un ordinamento giuridico internazionale che funzioni e in cui il diritto prevalga sulla forza. Non si può negare che in seguito alla globalizzazione l'importanza del diritto internazionale sia cresciuta e non si può neppure negare che il Consiglio federale debba assumere un ruolo guida negli affari esteri per consentire alla Svizzera di agire a livello internazionale. I timori espressi in tale contesto da chi paventa un'erosione dei diritti popolari, dei diritti dell'Assemblea federale o delle competenze cantonali si sono invece rivelati infondati. Il Consiglio federale e il Parlamento hanno affrontato tempestivamente questa sfida; estendendo il coinvolgimento del Popolo, dei Cantoni e del Parlamento nei processi di politica estera hanno trovato un equilibrio ottimale tra la necessità di parlare verso l'esterno con una sola voce e quella di legittimare la politica estera a livello interno.

Risposta al postulato 07.3764 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 16 ottobre 2007

Domanda a

In merito al *valore del diritto internazionale per la Svizzera e all'interno del nostro ordinamento giuridico*. La prassi delle autorità federali attribuisce un valore *molto alto* al diritto internazionale. Per la Svizzera il rispetto del diritto internazionale è importante sotto il profilo economico e politico (n. 2). Il diritto internazionale occupa pertanto una posizione importante anche in seno all'ordinamento giuridico svizzero.

¹¹⁵ Rapporto dell'11 dicembre 1919 del Consiglio federale all'Assemblea federale concernente i trattati internazionali d'arbitrato, FF 1920 I 547, pag. 553.

Domanda b

Un *passaggio dal monismo al dualismo* non appare né opportuno né necessario per varie ragioni (n. 9.2):

- la Svizzera ha sempre applicato il monismo, ottenendo risultati positivi. Un passaggio al dualismo graverebbe sulla procedura legislativa poiché tutti i trattati internazionali dovrebbero essere trasposti nel diritto nazionale attraverso la procedura legislativa ordinaria;
- con il passaggio dal monismo al dualismo si correrebbe il rischio di divergenze tra il trattato internazionale e la legge di trasposizione e di conseguenza vi sarebbe il pericolo che la Svizzera violi il diritto internazionale e debba assumersene la responsabilità a livello internazionale. Tali contraddizioni darebbero origine a incertezze giuridiche. Per questi motivi il Consiglio federale si è sempre detto contrario all’instaurazione del dualismo;
- un passaggio al dualismo potrebbe destare l’impressione che in futuro la Svizzera intenda riservarsi la possibilità di non adempiere più sul piano interno gli obblighi internazionali;
- come illustrato all’inizio del presente rapporto e nella parte di diritto comparativo, anche gli Stati dualistici devono rispettare il diritto internazionale. Anch’essi non sono in grado di impedire tensioni tra il diritto internazionale e il diritto interno. Gli esempi della Germania e degli Stati Uniti mostrano che uno Stato dualistico può assumere un atteggiamento favorevole al diritto internazionale, mentre uno Stato monistico può assumere un atteggiamento critico (n. 7.2 e 7.5). Dal punto di vista pratico, il passaggio dal monismo al dualismo avrebbe scarsa importanza pratica, poiché l’opposizione tra monismo e dualismo ha effetti solo sulla questione della validità interna del diritto internazionale;
- anche negli Stati dualistici una parte consistente del diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale consuetudinario e, negli Stati membri dell’UE, il diritto europeo, deve essere applicata direttamente;
- il Consiglio federale è dell’avviso che il dualismo, che richiede una legge traspositiva o un ordine d’esecuzione, sia un sistema artificiale che non corrisponde alla concezione pragmatica che la Svizzera ha del diritto. Il dualismo si oppone alla tendenza, riscontrabile in molti Stati e dovuta alla crescente importanza del diritto internazionale, di applicare quest’ultimo a livello nazionale nel modo più semplice possibile, evitando divergenze.

Domanda c

In merito alla relazione tra *diritto internazionale e diritto nazionale*. Oltre alla validità del diritto internazionale è decisivo se il diritto nazionale può essere applicato direttamente dalle autorità nazionali o se occorre prima precisarlo in una legge interna (n. 5.2). In Svizzera, il diritto internazionale è direttamente applicabile se è sufficientemente concreto. Già oggi l’Assemblea federale, o il Consiglio federale per i trattati di sua competenza, può esprimere la riserva che un trattato internazionale o una sua disposizione non sono applicabili direttamente. Non è necessario passare al dualismo per giungere a un simile risultato. Inoltre il Tribunale federale applica il diritto internazionale con prudenza poiché giudica l’applicabilità diretta in base al

principio della legalità: il rispetto delle competenze del Parlamento e del Popolo (n. 8.3) è garantito.

In linea di massima il diritto internazionale prevale sul diritto interno. Sono fatti salvi il diritto costituzionale posteriore direttamente applicabile, i principi fondamentali e i contenuti essenziali dei diritti fondamentali della Costituzione nonché le leggi federali con cui l'Assemblea federale intende consapevolmente derogare al diritto internazionale (n. 8.6). L'ultimo caso è noto con il nome di giurisprudenza Schubert ed è già stato oggetto di diverse trattazioni. Recentemente il Tribunale federale ha sviluppato ulteriormente la giurisprudenza Schubert, soprattutto per quanto riguarda la tutela internazionale dei diritti umani. Secondo la giurisprudenza più recente quest'ultima prevale in ogni caso sul diritto interno.

La prassi della Svizzera corrisponde a quella degli altri Stati analizzati nel capitolo 7. In nessuno di questi Stati è applicato automaticamente il primato del diritto internazionale. Vi sono sempre processi ponderativi che a giusta ragione svolgono un ruolo importante nel singolo caso. Dato che i tribunali sono le autorità maggiormente in grado di trovare soluzioni pragmatiche appropriate al singolo problema, tutti gli Stati analizzati, compresa la Svizzera, affidano tale compito alle autorità giudiziarie. Il Consiglio federale è perciò *contrario a sancire la giurisprudenza Schubert* nella legge o nella Costituzione (n. 9.3.4). Esso reputa che questa soluzione sarebbe inappropriata per impedire l'applicazione nazionale dei trattati internazionali, poiché a livello internazionale la Svizzera è vincolata dai suoi obblighi internazionali, applichi o no la giurisprudenza Schubert. L'unico mezzo per sfuggire a tali obblighi è la rinegoziazione o la denuncia delle disposizioni internazionali in questione.

Domanda d

Le decisioni di autorità inferiori sul rapporto tra il diritto internazionale e il diritto interno *devono poter essere sottoposte in tutti i casi al Tribunale federale* al fine di garantire una giurisprudenza uniforme? Secondo il diritto attuale, in determinati settori non è possibile impugnare una decisione di un'autorità inferiore mediante ricorso al Tribunale federale, in particolare in caso di decisioni nel settore dell'asilo. Queste eccezioni sono state previste dalla recente revisione della legge sul Tribunale federale (n. 8.8). La revisione è servita in particolare a sgravare il Tribunale federale. Una nuova estensione dell'accesso al Tribunale federale potrebbe vanificare questo risultato della revisione. Secondo il Consiglio federale, *non vi è motivo* per procedere a un'estensione. Per i soggetti di diritto sarebbe difficile capire perché sarebbe possibile adire il Tribunale federale per chiarire la relazione tra diritto internazionale e diritto interno ma non in caso di violazione dei diritti costituzionali da parte del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale penale federale nei settori in cui questi decidono in ultima istanza (n. 9.5). Il presente rapporto non discute una possibile estensione della giurisdizione costituzionale; tale questione sarà analizzata nell'ambito delle iniziative parlamentari Studer Heimer «Giurisdizione costituzionale» (05.445) e Müller-Hemmi «Diritto costituzionale determinante per chi è chiamato ad applicare il diritto» (07.476)

Risposta al postulato 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 20 novembre 2008

Per quanto riguarda la relazione tra diritto internazionale e iniziative popolari, occorre innanzitutto osservare che le disposizioni cogenti del diritto internazionale pre-

valgono in maniera assoluta sul diritto interno, compreso quello costituzionale e indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore. Anche se l'analisi di diritto comparato (n. 7) ha mostrato che la Svizzera è il solo Paese a riconoscere esplicitamente un tale statuto al diritto internazionale cogente, il Consiglio federale è del parere che vista l'importanza fondamentale delle norme in questione occorra garantire loro una protezione assoluta. Per tale ragione le iniziative popolari non possono violare il diritto internazionale cogente. È quanto prescrive l'esigenza del rispetto delle «disposizioni cogenti del diritto internazionale» stabilita dall'articolo 139 capoverso 2 Cost.

In molti casi in cui le iniziative popolari non sono conformi al diritto internazionale un conflitto può essere evitato mediante un'interpretazione conforme al diritto internazionale. Se tale interpretazione non è possibile, il potere costituente deve ciononostante conservare la possibilità di adottare una norma costituzionale contraria al diritto internazionale non cogente. A differenza di quanto sostenuto dal postulato, le autorità devono applicare una siffatta norma. Il trattato internazionale in questione dovrebbe, se del caso, essere rinegoziato o denunciato. Da ultimo, se tali misure dovessero risultare troppo difficili da attuare, la Svizzera dovrà assumersi la responsabilità della violazione dei suoi obblighi internazionali.

Qualsiasi tentativo di porre ulteriori limiti alla validità delle iniziative popolari creerebbe problemi giuridici e politici. Lo stesso vale anche per la proposta del postulato della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale di introdurre come condizione per la validità la conformità alle «disposizioni importanti della CEDU». Ciononostante il Consiglio federale non intende escludere sin dall'inizio un'eventuale estensione dei limiti materiali posti alla revisione della Costituzione. Ha pertanto deciso di incaricare il DFGP (UFG), il DFAE (DDIP) e la Cancelleria federale di esaminare le varie possibilità che permettono di evitare contraddizioni tra le iniziative popolari e gli obblighi internazionali della Svizzera.