# Costituzione federale

Ultima modifica: 28.10.2026

PDF creato il: 03.11.2026

COMMENTARIO ONLINE
IL COMMENTARIO GIURIDICO
IN OPEN ACCESS

# INDICE


Art. 3 Cost. ..... 5
Art. 5a Cost. ..... 45
Art. 6 Cost. ..... 73
Art. 10 Cost. ..... 103
Art. 13 Cost. ..... 153
Art. 16 Cost. ..... 189
Art. 17 Cost. ..... 235
Art. 20 Cost. ..... 285
Art. 22 Cost. ..... 323
Art. 26 Cost. ..... 349
Art. 29a Cost. ..... 419
Art. 30 Cost. ..... 461
Art. 31 Cost. ..... 499
Art. 32 Cost. ..... 547
Art. 42 Cost. ..... 601
Art. 43 Cost. ..... 621
Art. 43a Cost. ..... 637
Art. 45 Cost. ..... 663
Art. 51 Cost. ..... 693
Art. 52 Cost. ..... 713
Art. 55 Cost. ..... 727
Art. 56 Cost. ..... 759
Art. 60 Cost. ..... 773
Art. 68 Cost. ..... 797
Art. 69 Cost. ..... 815
Art. 74 Cost. ..... 847
Art. 75b Cost. ..... 871
Art. 77 Cost. ..... 901
Art. 81 Cost. ..... 925

Art. 96 cpv. 1 Cost. ..... 949
Art. 96 cpv. 2 lett. a Cost. ..... 983
Art. 108 Cost. ..... 997
Art. 110 Cost. ..... 1021
Art. 117a Cost. ..... 1039
Art. 118 Cost. ..... 1055
Art. 119a Cost. ..... 1067
Art. 122 Cost. ..... 1095
Art. 123a Cost. ..... 1115
Art. 123b Cost. ..... 1153
Art. 136 Cost. ..... 1169
Art. 130 Cost. ..... 1193
Art. 164 Cost. ..... 1243
Art. 166 Cost. ..... 1283
Art. 170 Cost. ..... 1309
Art. 176 Cost. ..... 1349
Art. 178 Cost. ..... 1369
Art. 189 Cost. ..... 1397
Art. 191 Cost. ..... 1445

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 3 Cost.

Un commentario di Noah Rohner / Kerstin Noëlle Vokinger

CITAZIONE SUGGERITA

Noah Rohner/Kerstin Noëlle Vokinger, Commentario all'art. 3 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Rohner/Vokinger, art. 3 Cost. N. XXX.

**Art. 3 Federalismo**

I Cantoni sono sovrani per quanto la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale ed esercitano tutti i diritti non delegati alla Confederazione.

# STRUTTURA

I. Panoramica ..... 7
II. Storia dell'origine ..... 8
III. Contesto nella Costituzione federale ..... 11
IV. Contenuto normativo ..... 12
A. La sovranità dei Cantoni (1a parte) ..... 12
1. Panoramica sulla storia delle idee ..... 12
2. Il concetto di sovranità nell'art. 3 Cost. ..... 14
3. Il significato odierno della “clausola di sovranità” ..... 16
B. La distribuzione delle competenze nello Stato federale (2a parte) ..... 18
1. Generale ..... 18
2. Riserva costituzionale a scapito della Confederazione ..... 20
3. Tipologia delle competenze legislative ..... 22
a. Ambito materiale delle competenze federali ..... 23
b. Effetti sulle competenze cantonali ..... 24
c. Interpretazione delle competenze legislative ..... 25
4. Poteri di esecuzione ..... 27
C. Conflitti di giurisdizione tra Confederazione e Cantoni ..... 28
1. Fondamenti ..... 28
2. Risoluzione cooperativa dei conflitti di giurisdizione ..... 29
3. Protezione giuridica dei Cantoni in relazione all'art. 3 Cost. ..... 30
Letture consigliate ..... 31
Bibliografia ..... 32
I Materiali ..... 44

# I. PANORAMICA

L'art. 3 della Cost. - spesso definito “norma fondamentale” o “pierre angulaire” del federalismo svizzero - riguarda la **posizione dei Cantoni e il loro rapporto con il livello federale**. La prima clausola afferma che i Cantoni sono “sovrani” “nella misura in cui la loro sovranità non è limitata dalla Costituzione federale” (clausola di sovranità). La seconda clausola dichiara che i Cantoni sono responsabili dell'esercizio di tutti i “diritti” che “non sono trasferiti alla Confederazione” (clausola di attribuzione dei poteri). 1

Entrambe le clausole **hanno stretti legami fattuali e storici tra loro**, con la “clausola di sovranità” che funge da giustificazione interna per la distribuzione federale delle competenze: una norma sulla distribuzione delle competenze tra il livello federale e quello cantonale è necessaria perché i Cantoni non possono avere una sovranità giuridica piena e illimitata in uno Stato federale con un potere centralizzato indipendente. L'adempimento dei compiti federali e cantonali deve quindi essere coordinato. Definendo formalmente la portata della “sovranità residua” cantonale in termini giuridici, la seconda clausola dell'art. 3 Cost. ha un effetto retroattivo sulla prima (cfr. N. 26). 2

Affermando che i Cantoni sono “sovrani” “nella misura in cui la loro sovranità non è limitata dalla Costituzione federale”, l'art. 3 Cost. definisce i compiti della Costituzione federale (artt. 54-135 Cost.) - a seconda del tipo di competenza (N. 46 s.) - come **restrizioni** latenti o effettive alla sovranità cantonale. Lo stesso vale per i trattati internazionali (art. 54 in combinato disposto con 186 Cost.). Allo stesso tempo, però, la sovranità dei Cantoni si configura anche come un **ostacolo al potere federale**; il relativo concetto di sovranità resta da definire (cfr. N.19 e seguenti). 3

Queste limitazioni alla sovranità cantonale sono di **natura assoluta**. In primo luogo, perché il diritto federale emanato in base alle competenze prevale sul diritto cantonale in conflitto (art. 49 cpv. 1 Cost.) e, in secondo luogo, perché il diritto federale non può essere rivisto in un procedimento di revisione astratta (art. 189 cpv. 4 frase 1 Cost.; art. 82 lett. b LTF *e contrario*). A causa di questo “obbligo” nei confronti della Costituzione e della legislazione della Confederazione, l'art. 3 Cost. sembra a prima vista essere un principio strutturale dello Stato federale piuttosto che un ostacolo giustiziabile al 4

potere federale. Ad un esame più attento, tuttavia, risulta chiaro che l'art. 3 Cost. ha anche un significato pratico (cfr. N. 48 e segg.).

## II. STORIA DELL'ORIGINE

5 L'art. 3 Cost. risale alla Costituzione di mediazione del 1803, che costituiva la Svizzera come confederazione di Stati sotto la supervisione della Francia, ex potenza occupante (1798-1803). In conformità con la sua struttura di confederazione di Stati, il potere federale era soggetto a **rigorosi obblighi giuridici**: "I Cantoni esercitano tutti i poteri non espressamente delegati alla Confederazione" (art. 12, 20° titolo dell'Atto di mediazione). La stessa norma era contenuta anche nei progetti di costituzione del 1832 e del 1833, che intendevano ristabilire la Svizzera come Stato federale. Anche se non riuscirono nell'intento, i progetti ebbero comunque un'importanza politica duratura in quanto furono la base per le deliberazioni della Commissione costituzionale del 1848. L'art. 3 della Cost. del 1848 corrispondeva quasi alla lettera all'Atto di mediazione: "I Cantoni sono sovrani nella misura in cui la loro sovranità non è limitata dalla Costituzione federale e come tali esercitano tutti i diritti che non sono trasferiti all'autorità federale".

6 Era necessario mantenere questa disposizione perché nel 1848 si doveva regolare il rapporto tra il "nuovo" potere centralizzato e i cantoni, precedentemente autogovernati. Ciò si basava sullo stato della Costituzione di mediazione. Il punto di partenza del "nuovo" ordine era l'idea che la Confederazione fosse una **creazione dei Cantoni**. Tutte le competenze federali (sia quelle di allora che quelle di oggi) erano originariamente nelle mani dei Cantoni. I Cantoni dovevano rimanere responsabili di tutti i compiti che la Costituzione stessa non trasferiva alla Confederazione. Altrettanto importante era il fatto che la Cost. del 1848 introducesse il **principio fondamentale dello Stato federale**, ossia che la Confederazione fosse istituita "al di sopra" (o, in termini giuridici, "accanto") ai Cantoni come organismo centralizzato e costituzionalmente indipendente. Questa era dotata di organi politici "propri" e incaricata di svolgere compiti di interesse nazionale. Le antinomie insite in questa costruzione - l'autonomia degli Stati membri in un contesto federale - dovevano essere coordinate.

7 La generazione fondatrice era guidata - implicitamente - dal **concetto di "sovranità condivisa** " tra Confederazione e Cantoni (cfr. N. 23 e segg.). Secondo questo concetto, sia la Confederazione che i Cantoni sono sovrani,

ma le loro sovranità si limitano reciprocamente. L'art. 3 Cost. (1848) intendeva esprimere questo concetto. La posizione sistematica di questo articolo nella Cost. del 1848 non era casuale. L'art. 1 Cost. (1848) affermava che i "popoli uniti dalla presente Confederazione" non sono territori soggetti alla Confederazione, ma cantoni "sovrani". L'art. 2 Cost. (1848) elencava gli scopi per la cui realizzazione i Cantoni si erano uniti per formare una "Confederazione". Gli articoli 5 e 6 della Cost. garantivano ai Cantoni il proprio territorio, il proprio popolo, il proprio sistema politico e la propria costituzione. In questo contesto, l'art. 3 della Cost. (1848) definiva quali **diritti** rimanevano ai Cantoni dopo la loro "unificazione" in uno Stato federale e quali diritti dovevano avere i nuovi organi federali (in primo luogo: il legislatore federale). La supremazia della Confederazione sui Cantoni doveva diventare attuale quando il popolo *e i* Cantoni (con una doppia maggioranza) avevano deliberatamente trasferito un'area alla Confederazione modificando la Cost. La Cost. del 1999 ha sostanzialmente adottato questa struttura. Tuttavia, l'art. 1 della Cost. non fa più riferimento ai "popoli uniti dalla presente Confederazione", ma al fatto che "il popolo svizzero e i Cantoni [...] formano la Confederazione". Il riferimento al "popolo svizzero", in particolare, indica che l'identità nazionale è cambiata rispetto al 1848, in quanto oggi non sono più i "popoli cantonali", ma il "popolo svizzero" nella sua totalità a costituire la Confederazione.

In una prospettiva storica, si può quindi notare che l'art. 3 della Cost. era 8
destinato a strutturare l'**equilibrio federale** tra il potere centralizzato e gli Stati costituenti. L'art. 3 Cost. contiene la formula per determinare il grado di separazione verticale dei poteri in un determinato momento, senza mantenere uno specifico "stato di equilibrio" storico. Non si può dedurre dall'art. 3 Cost. quali poteri *debbano* trovarsi in quali mani. La questione deve essere decisa nel processo democratico di costituzione a livello federale: Qualsiasi **spostamento di peso a favore della Confederazione** è intenzionale secondo l'art. 3 Cost. se è stato preceduto da un referendum obbligatorio con una doppia maggioranza. La portata giuridica del federalismo come principio strutturale dell'organizzazione statale è quindi legata alla costituzione a livello federale. L'"autorità di competenza" - il potere di decidere la distribuzione dei compiti tra Confederazione e Cantoni - spetta al popolo e ai Cantoni. L'ambito di competenza della Confederazione, invece, è deciso dall'Assemblea federale nell'ambito della legislazione (cfr. N. 50). Questi principi sono tuttora validi (cfr. N. 9 s., N. 28).

9 L'art. 3 non è stato modificato con la **revisione totale della Cost. del 1874**. Tuttavia, con questa revisione totale sono state introdotte**due nuove disposizioni** che hanno avuto un impatto duraturo sul significato dell'art. 3 Cost. nella pratica: la prima innovazione ha aperto il ricorso legale al Tribunale federale per la Confederazione o i Cantoni in caso di conflitto di giurisdizione. Tuttavia, poiché già allora esisteva solo una giurisdizione costituzionale limitata per quanto riguarda le leggi e i trattati federali, il Tribunale federale poteva annullare solo i decreti *cantonali* emessi in violazione delle competenze. La seconda innovazione è stata una disposizione che stabilisce che "le disposizioni della legislazione federale, dei concordati, delle costituzioni cantonali e delle leggi in contrasto con la nuova Costituzione federale cessano di essere in vigore con la sua adozione o con la promulgazione delle leggi federali ivi previste". (art. 2 della sottosezione Cost. [1874]). Il Tribunale federale trasformò questa norma, di per sé puramente transitoria, in un più ampio "principio di diritto costituzionale", che veniva violato se "le decisioni cantonali negano espressamente o di fatto (non applicando le norme del diritto federale a casi ovviamente regolati dalle stesse) la forza derogatoria del diritto federale nei confronti del diritto cantonale e il principio della prevalenza del diritto federale su quello cantonale [...] viene di fatto negato". Questa prima decisione, che giustamente non si basava sull'art. 3 Cost. è ora diritto costituzionale positivo con l'art. 49 cpv. 1 Cost.

10 Anche la **revisione totale della Costituzione federale nel 1999** non ha portato alcun cambiamento fondamentale per quanto riguarda l'art. 3 Cost. L'art. 3 della Cost. mostra quindi un'impressionante continuità storica, sia formale che materiale, dalla fondazione della Confederazione svizzera nel 1848 a oggi. Tutte le modifiche apportate all'art. 3 Cost. nel 1999 sono di natura puramente redazionale. La formulazione dell'art. 3 della Cost. nel progetto preliminare del 1995 corrispondeva parola per parola a quella in uso dal 1848. Nella bozza del 1996, invece, il Consiglio federale ha voluto dividere l'art. 3 Cost. in tre paragrafi: Il riferimento alla sovranità dei Cantoni nel cpv. 1, l'adempimento dei compiti da parte della Confederazione e dei Cantoni nel cpv. 2 e la partecipazione dei Cantoni al processo decisionale della Confederazione e all'attuazione del diritto federale nel cpv. 3. Nella procedura parlamentare, i Consigli hanno concordato nella composizione delle divergenze di ritornare alla formulazione del 1874 o del 1848 per motivi di tradizione.

Nel 2004 è stata attuata una **riforma** globale **del federalismo** (riorganizzazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni; NFA), con la quale sono stati incorporati nel*Cost* . l'art. 5a*Cost.* e l'art. *43a* (cfr. N. 13 s.). Queste norme erano precedentemente derivate (almeno in parte) dall'art. 3 Cost. Per il loro contenuto, si rimanda ai rispettivi commenti individuali. 11

## III. CONTESTO NELLA COSTITUZIONE FEDERALE

L'art. 3 Cost. riguarda la posizione dei Cantoni e il loro rapporto con il livello federale. L'art. 3 Cost. tratta quindi solo una **parte di** tutte le questioni sollevate da un sistema federalista. Questa disposizione costituzionale fa parte di un contesto normativo più ampio che dà forma al federalismo come principio giuridico e politico. Il modo in cui il federalismo svizzero è organizzato al di là di questo è stabilito nella Costituzione federale in diverse disposizioni individuali. 12

L'art. 3 Cost. tace, ad esempio, sui criteri specifici in base ai quali le competenze devono essere distribuite tra la Confederazione e i Cantoni **(cfr. artt. 5*a* e 43*a* Cost.)** e sul modo in cui la Confederazione e i Cantoni devono esercitare le rispettive competenze, nella misura in cui il catalogo delle competenze della Confederazione non fornisce indicazioni al riguardo **(ora artt. 5*a*, 43*a*, 44, 46 e 47 Cost.)**. 13

L'art. 3 Cost. è poi interconnesso con il principio della partecipazione dei Cantoni al processo decisionale della Confederazione **(art. 45 Cost.)**. Prima del 1999, questo principio derivava da diversi diritti di partecipazione garantiti individualmente. Dal 1999, la partecipazione dei Cantoni al processo decisionale della Confederazione fa parte del testo costituzionale. Gli istituti più importanti di questo principio sono la maggioranza dei Cantoni (art. 142 Cost.), l'iniziativa cantonale (art. 160 cpv. 1 Cost.), il referendum cantonale (art. 141 cpv. 1 Cost.), il diritto di partecipare alle consultazioni (art. 147 Cost.) nonché i diritti di partecipazione dei Cantoni al processo decisionale (art. 45 Cost.) e alla preparazione delle decisioni di politica estera della Confederazione (art. 55 Cost.). 14

Rispetto all'art. 3 Cost. gli **artt. 42 e 43 Cost.** non hanno quasi alcun significato autonomo, ma sostanzialmente ribadiscono solo che, da un lato, le competenze federali nello Stato federale sono assegnate secondo il principio 15

dell'autorizzazione individuale e, dall'altro, che i Cantoni stessi decidono, nell'ambito delle loro competenze, quali compiti svolgere e in che modo (purché non violino il diritto federale omettendo di agire).

16 Inoltre, i Cantoni partecipano non solo all'emanazione ma anche all'attuazione del diritto federale **(art. 46 Cost.)**. In questo quadro, i Cantoni hanno il compito di concretizzare o integrare il diritto federale emanando la propria legislazione (leggi e ordinanze) e applicando il diritto (singoli atti dell'amministrazione e sentenze dei tribunali), a condizione che ne siano responsabili e non violino il senso e lo spirito del diritto federale o ne vanifichino gli obiettivi.

17 L'autonomia cantonale **(art. 47 Cost.)** costituisce un "impegno all'autonomia cantonale di compiti, finanziaria e organizzativa". Secondo l'opinione qui espressa, il termine "autonomia" è congruente con il concetto di sovranità ai sensi dell'art. 3 Cost. Entrambi i termini esprimono che i Cantoni sono anche "Stati" nel senso della teoria dello Stato federale (consistono in un "diritto proprio"), anche se esiste ancora un'autorità federale "al di sopra" di essi. Come descritto sopra, i Cantoni rimangono sovrani nella misura in cui hanno i propri diritti sovrani (cfr. N. 6 s., N. 23 s.). Secondo il diritto internazionale, tuttavia, i Cantoni sono considerati membri dello Stato federale. Solo la Confederazione è uno Stato ai sensi del diritto internazionale.

18 Infine, anche l'autonomia finanziaria cantonale è strettamente legata alla sovranità cantonale **(art. 43*a* cpv. 2 e 3 Cost.)**. I Cantoni emanano la propria legislazione in materia di imposte e tasse (art. 127 e segg. Cost.) e sono in linea di principio liberi di decidere come utilizzare queste entrate. La Costituzione riconosce solo alcune limitazioni a questo principio. Tra queste, la perequazione intercantonale delle finanze e degli oneri (art. 135 Cost.) e il potere della Confederazione di armonizzare le imposte (art. 129 Cost.).

## IV. CONTENUTO NORMATIVO

### A. La sovranità dei Cantoni (1a parte)

#### 1. Panoramica sulla storia delle idee

19 Il concetto di sovranità è stato interpretato in modo diverso nella teoria dello Stato. Nel Medioevo, dove Dio era considerato la fonte di ogni potere, la

sovranità era intesa come un **diritto di governare ricevuto** direttamente **da Dio**. Il suo primo destinatario fu il re franco Carlo Magno, "nominato" dal Papa come patrono supremo della cristianità. Solo nel XIV secolo l'elevazione sacrale fu sostituita da un'elezione da parte degli elettori. Gli imperatori continuarono a considerarsi "rappresentanti politici e giudiziari di Dio". Presumevano di aver ricevuto il diritto di governare direttamente da Dio e di essere quindi responsabili solo nei suoi confronti.

L'evoluzione dal livello personale del principe a quello istituzionale dello Stato iniziò con Jean Bodin (1530-1596), che fece derivare tutto il potere dall'interesse a preservare lo Stato. Il rappresentante e amministratore di questa "puissance absolue & perpetuelle" dello Stato era il principe. Per Bodin, "sovranità" significava **potere supremo dello Stato sia all'interno che all'esterno**, cioè dominio assoluto, permanente e autoresponsabile in tutti i principali settori della vita statale. Il concetto di sovranità aveva un significato diverso per Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), la cui filosofia dello Stato si basava sulla teoria del contratto sociale. A differenza di Thomas Hobbes (1588-1679), Rousseau non aveva una persona, un "Leviatano", a capo dello Stato, ma piuttosto la volontà organizzata del popolo. Poiché solo questa volontà era chiamata a determinare le leggi di uno Stato e la sua esistenza in quanto tale, per Rousseau la sovranità statale significava in definitiva **sovranità popolare**. 20

Con l'emergere della teoria dello Stato federale nel XIX e XX secolo, si svilupparono diverse **teorie del federalismo** sia in Svizzera che all'estero. La "questione della sovranità" aveva un posto fisso in queste teorie. La "sovranità" è stata generalmente interpretata nel senso di Jean Bodin (N. 20), ossia come il potere supremo dello Stato sia all'interno che all'esterno, la somma di tutti i poteri necessari al mantenimento dello Stato. Il concetto di sovranità era considerato *inseparabile* dall'idea di Stato; non si poteva concepire uno Stato senza un "sovrano". Tuttavia, le opinioni divergevano ampiamente su chi fosse il portatore della sovranità nello Stato federale. 21

Secondo la **teoria della sovranità condivisa** di Georg Waitz, uno Stato federale esiste solo quando 1) "una certa parte della vita dello Stato è condivisa, un'altra altrettanto certa è lasciata ai singoli membri", e 2) "ogni parte è davvero uno Stato a sé stante". Dallo status giuridico di uno Stato deriva un'indipendenza che Waitz equipara al concetto di sovranità. Nello Stato federale, questa sovranità "non è conferita all'uno o all'altro, ma sia allo 22

Stato nel suo complesso (il potere centrale) sia al singolo Stato (il potere statale individuale)", e questo "a ciascuno nella propria sfera". Waitz basa questa idea su un'affermazione di Alexis de Tocqueville sul potere federale degli Stati Uniti: "L'union [...] n'a [...] qu'un souveraineté restreinte [...]; mais on a voulu que dans ce cercle elle ne format qu'un seul et même peuple. In questo cerchio, ella è sovrana". Numerosi autori contemporanei erano dell'opinione che la Cost. del 1848 fosse almeno implicitamente basata su questa teoria (cfr. N. 7). Fritz Fleiner e Zaccaria Giacometti, invece, respinsero la teoria di Waitz come **logicamente impossibile** : se gli Stati costituenti fossero stati sovrani, avrebbero dovuto essere indipendenti dall'autorità federale, il che a sua volta avrebbe escluso la loro appartenenza alla Confederazione. L'appartenenza allo Stato federale escluderebbe la sovranità degli Stati costituenti fin dall'inizio. Fritz Fleiner e altri autori distinguevano quindi tra la Confederazione come Stato sovrano e gli Stati costituenti come Stati non sovrani: solo la Confederazione era "sovrana", ma i Cantoni governavano in virtù delle proprie leggi nell'ambito delle loro competenze. Zaccaria Giacometti si spinse oltre, affermando che lo Stato federale era uno "Stato unitario decentrato". La sovranità e la statualità spettavano alla Confederazione; i Cantoni erano "semplici organi di autogoverno, anche se di tipo speciale". Hans Nawiasky ha giustificato una visione di mediazione con la teoria dello Stato federale tripartito, secondo cui il governo federale e gli Stati costituenti sono sottosistemi reciprocamente uguali di uno Stato complessivo. La "costituzione generale", l'insieme delle norme che regolano i rapporti tra la Confederazione e i Cantoni, si inarca su questi sottosistemi. In questo modello, tutta la sovranità è relativa: quella della Confederazione per la sua subordinazione al diritto internazionale e alla "costituzione generale", quella dei Cantoni per la loro subordinazione al diritto federale.

## 2. Il concetto di sovranità nell'art. 3 Cost.

23 Nessuna delle teorie precedenti coglie il concetto di sovranità della Cost. (e quindi dell'art. 3) nella sua forma pura. Il motivo è che la Cost. del 1848 non seguiva *una* dottrina specifica, ma piuttosto riuniva diverse influenze filosofiche e idee politiche per formare una **nuova opera complessiva**; la sola influenza del concetto di sovranità popolare di Rousseau è inconfondibile. Il "progetto di Stato federale" doveva essere realizzato rapidamente. Le deliberazioni della Dieta furono di conseguenza frenetiche e la Commissione per la revisione della Costituzione dovette redigere il

progetto definitivo di costituzione in un tempo relativamente breve. Non è stato possibile redigere una dottrina dettagliata della sovranità. Tuttavia, in considerazione della struttura giuridica realizzata (cfr. infra, N. 24 e segg.), ciò non era necessario.

Con la loro unificazione in uno Stato federale, i Cantoni crearono la 24
"competenza della Confederazione" (art. 73 Cost. [1848]). Il potere federale acquisì così la personalità giuridica di uno Stato e fu dotato di propri scopi (art. 2 Cost. [1848]), di propri compiti (art. 13 e segg. Cost. [1848]) e di propri organi per adempiere a tali compiti (art. 61 e segg. Cost. [1848]). Inoltre, i processi democratici diretti furono introdotti specificamente per il livello federale (artt. 62 e segg., 111 e segg. Cost. [1848]) e gradualmente ampliati nel tempo. Allo stesso tempo, i Cantoni dovevano rimanere unità politiche giuridicamente indipendenti e governate da processi propri (autodeterminati) secondo la nuova Cost. Seguendo Biaggini, ciò risulta da una visione complessiva di diverse singole disposizioni. La fondazione dello Stato federale ha fatto sì che da quel momento in poi in Svizzera esistessero parallelamente **due tipi di poteri statali indipendenti e controllati democraticamente** - il potere federale ("Stato centrale") e i singoli poteri cantonali ("Stati individuali") - ciascuno con la propria organizzazione, i propri compiti e le proprie finanze.

Quando l'art. 1 della Cost. del 1848 affermava implicitamente la permanenza 25
dei "Cantoni sovrani", si riferiva all' **autonomia** (limitata) di cui i Cantoni avevano già goduto con il Trattato federale del 1815. La Cost. del 1848 garantiva che questo diritto preesistente e limitato di autodeterminazione dei Cantoni per quanto riguarda i loro affari interni sarebbe rimasto in vigore anche dopo la fondazione dello Stato federale. Generalizzando, il concetto costituzionale di sovranità può quindi essere definito come la **capacità di uno Stato di "governarsi" democraticamente** . Questa decisione riflette l'opinione, diffusa nel XIX secolo, secondo cui la sovranità di qualsiasi definizione può essere posseduta da uno Stato solo perché gli autori della costituzione gli hanno conferito un monopolio di governo limitato al territorio, alle persone e a determinati scopi. Tuttavia, resta da vedere chi dovrebbe rappresentare questa sovranità. Potrebbe essere un individuo (monarchia) o il popolo (democrazia) - in forma diretta o indiretta. In Svizzera, questa decisione è stata presa a favore della democrazia (cfr. art. 5 Cost. [1848]). I Cantoni sono inizialmente i portatori della sovranità così definita

(secondo gli artt. 1 e 3 Cost.). Dopo la fondazione dello Stato federale, tuttavia, i Cantoni non erano più l'unica autorità statale che soddisfaceva i requisiti di questo concetto di sovranità, poiché i processi democratici esistevano ormai anche a livello federale. Per questo motivo, anche gli autori del Cost. del 1848 distinsero tra sovranità federale e cantonale nel loro rapporto esplicativo.

26 L'ambito ("sfera d'azione") della sovranità cantonale è stato regolato dalla generazione fondatrice nell'art. 3 della Costituzione federale (sulle norme precedenti, cfr. N. 5). Se la Costituzione federale (o la legislazione attuativa emanata sulla base di essa) non fornisce ai Cantoni alcuna linea guida, i Cantoni regolano i propri affari o rimangono "sovrani". L'art. 3 della Cost. fa riferimento alla **divisione delle competenze a livello federale** (cfr. N. 30 e segg.). Se i Cantoni sono responsabili di un settore, hanno libertà di regolamentazione nell'ambito di queste competenze e di altre disposizioni della Costituzione federale. Se, invece, la Costituzione federale assegna esplicitamente una competenza alla Confederazione, i Cantoni (che originariamente si riservano competenze derogatorie [N. 47]) sono "liberi" solo nella misura in cui la Confederazione non ha esaurito la competenza. Max Imboden descrive quindi giustamente la divisione dei compiti all'interno dello Stato federale come il "mezzo formale-costruttivo che questa forma di governo [cioè lo Stato federale] utilizza per realizzare la propria idea di base", ossia che in uno Stato federale diverse comunità condividono inevitabilmente l'adempimento dei compiti statali. I poteri legislativi della Confederazione si basano su **autorizzazioni individuali**, mentre quelli dei Cantoni sono **di natura generale** (cfr. N. 30 e segg.). Per quanto riguarda i conflitti di competenza, ne consegue che la Confederazione ha generalmente l'onere della prova per dimostrare se ha effettivamente la competenza rivendicata. La garanzia della sovranità cantonale ha quindi anche implicazioni giuridiche pratiche (cfr. anche N. 48 e segg.).

## 3. Il significato odierno della "clausola di sovranità"

27 Grazie alla continuità dell'art. 3 Cost. in termini di storia delle idee (cfr. N. 6 e segg.), il concetto di sovranità sopra illustrato **rimane** oggi **immutato**. L'art. 3 cpv. 1 Cost. garantisce quindi ancora oggi ai Cantoni di non essere semplici membri della Confederazione e di avere, come la Confederazione, un proprio ambito decisionale e una propria sfera di competenza costituzionalmente garantiti. All'interno di questa sfera d'azione, entrambe le comunità sono

considerate sovrane per quanto riguarda i "loro" rispettivi processi democratici. L'art. 3 Cost. definisce quindi sia la Confederazione che i Cantoni come comunità a "sovranità limitata".

Il concetto di sovranità è stato più volte oggetto di controversie dogmatiche, che hanno portato a opinioni molto diverse sul contenuto e sulla funzione del concetto di sovranità (cfr. N. 22). Tuttavia, la funzione originaria della garanzia della sovranità cantonale ai sensi dell'art. 3 della Cost. è rimasta inalterata. Tuttavia, il **concetto di sovranità** è **ancora oggi controverso**: La fitta interdipendenza internazionale, uno Stato centralizzato che è cresciuto notevolmente dal 1848 e i limiti teorici del concetto di sovranità sollevano dubbi sul fatto che la designazione dell'autogoverno democratico nella Confederazione e nei Cantoni come "sovranità" catturi ancora l'essenza della questione. Questo è quanto: come dimostrato, il concetto di sovranità deve essere interpretato giuridicamente come **la capacità di autogoverno democratico** . Il termine non ha un contenuto assoluto, poiché gli ambiti effettivi di sovranità della Confederazione e dei Cantoni sono vincolati alla Costituzione democratica e alla legge statutaria che concretizza la Costituzione (cfr. N. 8). Tuttavia, poiché ogni persona avente diritto di voto è contemporaneamente parte di un Cantone *e* del popolo svizzero, esistono le condizioni per decisioni "sovrane" nell'ambito delle rispettive sfere di competenza di entrambi i livelli di governo, ai sensi dell'art. 3 Cost. Nella misura in cui i Cantoni dispongono di competenze proprie e di un margine di autogoverno democratico, erano, sono e rimangono "sovrani" ai sensi dell'art. 3 Cost. Fattori di influenza preponderanti come il diritto internazionale, le esigenze federali o l'*effetto Bruxelles* sono coerenti con questa regola e non portano a un risultato diverso. 28

Tuttavia, nemmeno in Svizzera esiste un **"assolutismo democratico"**. Esistono limiti legali al potere dell'elettorato, sia a livello cantonale che federale (cfr. N. 57 e segg.). *In base alla situazione giuridica attuale*, importanti limiti costituzionali alla legislazione federale sono, ad esempio, i diritti fondamentali (artt. 7-34 Cost.) e le condizioni per la loro limitazione (art. 36 Cost.), il principio della separazione dei poteri, il primato del diritto federale (art. 49 Cost.), nonché i principi generali dello Stato di diritto, cioè il principio di legalità (art. 49 Cost.). cioè il principio di legalità (art. 5 cpv. 1 Cost.), il principio dell'interesse pubblico (art. 5 cpv. 2 Cost.), il principio di proporzionalità (art. 5 cpv. 3 Cost.) e il principio secondo cui la 29

Confederazione e i Cantoni devono rispettare il diritto internazionale (art. 5 cpv. 4 Cost.). Per maggiori informazioni sul rapporto tra Stato di diritto e principio di democrazia, si rimanda alla presentazione fondamentale di Reich.

## B. La distribuzione delle competenze nello Stato federale (2a parte)

### 1. Generale

30 La necessità di una clausola di ripartizione delle competenze deriva dalla "garanzia" della sovranità cantonale (cfr. N. 26 s.). Una divisione della sovranità implica una divisione dei compiti dello Stato (cfr. n. 24 s.). Di conseguenza, l'art. 3 Cost. stabilisce il principio (alternatività, cumulo, complementarietà) secondo il quale le sfere di responsabilità della Confederazione e dei Cantoni devono essere **coordinate**.

31 La decisione presa nell'art. 3 Cost. è a favore di una competenza generale originaria a favore dei Cantoni **(la cosiddetta competenza generale sussidiaria)**. Tuttavia, nel caso di compiti che richiedono un'attuazione e una regolamentazione uniforme in tutta la Svizzera, la Confederazione dovrebbe essere responsabile della regolamentazione delle modalità di adempimento (comprese le modalità di attuazione). Tuttavia, ciò richiede un'autorizzazione esplicita da parte della stessa Costituzione federale (e quindi dal popolo e dai Cantoni) **(principio dell'autorizzazione individuale; principio dell'enumerazione)**. La combinazione del principio di autorizzazione individuale e della competenza generale sussidiaria contiene la "formula" con la quale è possibile determinare per via interpretativa le disposizioni di competenza specifica (artt. 54-135 Cost.) per quali questioni specifiche è responsabile la Confederazione e per quali sono responsabili i Cantoni (cfr. N. 8, N. 48 e segg.).

32 L'affermazione normativa principale dell'art. 3 Cost. consiste in questa **differenziazione delle competenze** . Tuttavia, la disposizione non esprime alcun giudizio sulla gerarchia delle disposizioni federali e cantonali. Dall'art. 3 Cost. non si può dedurre se ciò che la Confederazione prescrive in virtù della sua competenza prevalga sulle disposizioni dei Cantoni o viceversa. Secondo il concetto dell'art. 3 Cost. (cfr. N. 7 e segg., N. 22, N. 24 e segg.), le disposizioni della Confederazione e dei Cantoni hanno lo stesso rango normativo perché entrambe le leggi si basano sulla stessa legittimazione, la

volontà concorde del popolo (cfr. anche N. 57 e segg. nel contesto dei conflitti di giurisdizione). Storicamente parlando, il fatto che il diritto federale prevalga sul diritto cantonale in conflitto non è un postulato dell'art. 3 Cost. ma una giurisprudenza che si basava (originariamente) sull'art. 2 cpv1 Cost. (1874) (cfr. N. 9).

In teoria, una divisione completa delle competenze deriva dal sistema stabilito dall'art. 3 Cost. Le competenze dello Stato sono inizialmente suddivise alternativamente tra la Confederazione e i Cantoni: I Cantoni o la Confederazione sono responsabili dell'organizzazione giuridica di un'area di competenza. Se è responsabile solo la Confederazione, essa ha competenza esclusiva. In caso contrario, la competenza originaria dei Cantoni porta automaticamente a competenze complementari e cumulative (parallele) della Confederazione e dei Cantoni nella stessa area di competenza (per una tipologia di competenze possibili, si veda il N. 43 e seguenti). Tuttavia, poiché le materie da disciplinare possono **compenetrarsi, completarsi o limitarsi a vicenda in molti modi**, spesso non è facile determinare la linea di demarcazione in termini di giurisdizione sulla base di questo principio di regola-eccezione. In pratica, questo sistema comporta anche il rischio di conflitti negativi di giurisdizione in caso di necessità di interventi urgenti. Questo problema era particolarmente evidente nei primi giorni della pandemia COVID-19. Altri esempi sono la carenza di energia dopo la guerra in Ucraina, i cyberattacchi alle aziende e alle unità amministrative o gli eventi naturali come la (ricorrente) carenza di acqua nei cantoni e nei comuni durante i periodi di caldo estremo e di siccità prolungata. 33

A nostro avviso, l'affermazione secondo cui l'art. 3 Cost. contiene una "presunzione di competenza a favore dei Cantoni" è fuorviante in questo contesto. Se la regolamentazione di una questione specifica sia di competenza dei Cantoni o della Confederazione è una **questione giuridica** che deve essere risolta caso per caso e attraverso l'interpretazione (cfr. N. 48 e segg.). Dall'art. 3 Cost. non si può dedurre la presunzione che la responsabilità della regolamentazione "in caso di dubbio" spetti ai Cantoni. Piuttosto, in caso di dubbio, la Confederazione deve essere in grado di provare la sua asserita competenza normativa (cfr. N. 26). Se questa prova fallisce, la competenza normativa rimane ai Cantoni in virtù della competenza generale sussidiaria. 34

## 2. Riserva costituzionale a scapito della Confederazione

35 Il sistema di autorizzazione individuale prevede che i nuovi compiti siano trasferiti alla Confederazione attraverso una revisione parziale della Costituzione (art. 192 e segg. Cost.). Esiste quindi una **"riserva costituzionale"** per le nuove competenze federali **a spese della Confederazione**. Secondo il concetto storico, queste autorizzazioni individuali sono *leges speciales* alla competenza generale sussidiaria dei Cantoni.

36 Nel 1848 ci fu una prima divisione delle competenze tra la Confederazione e i Cantoni. Tutte le modifiche successive a questa divisione delle competenze sono state, in senso stretto, semplici *spostamenti* di competenze. Tuttavia, ciò non significa che i Cantoni non abbiano più nulla da fare dopo il trasferimento alla Confederazione. L'unica cosa che si "sposta" è la **responsabilità per l'adempimento del compito**. La responsabilità di legiferare in materia e di regolamentare l'adempimento del compito è trasferita dai Parlamenti cantonali al Consiglio nazionale e al Consiglio degli Stati - la "doppia base" della sovranità federale - in base alla quale il Consiglio degli Stati dovrebbe garantire la partecipazione dei Cantoni alla legislazione federale.

37 Le competenze assegnate alla Confederazione sono per la maggior parte stabilite negli articoli 54-135 della Costituzione federale (cfr. gli articoli 38-40 della Cost. come eccezioni). Secondo la dottrina prevalente, gli obiettivi sociali (art. 41 Cost.) non stabiliscono alcuna competenza federale. Nella misura in cui un compito rientra nelle competenze dei Cantoni, il legislatore cantonale può in linea di principio emanare una legge **direttamente sulla base di una competenza generale sussidiaria**. Una base di competenza nel diritto costituzionale cantonale non è necessaria, a meno che non sia la *stessa* Costituzione cantonale a richiederlo. La competenza generale sussidiaria autorizza i Cantoni direttamente e nella misura in cui il Cantone non è in conflitto con il diritto federale applicabile. I "nuovi" compiti ricadono sotto la responsabilità dei Cantoni senza ulteriori discussioni. Le attribuzioni di competenze ai Cantoni ai sensi della Costituzione federale sono di natura puramente dichiarativa (ad es. art. 62 cpv. 1 e 112 cpv. 1 Cost.).

38 Alcuni studiosi distinguono tra **"competenze" e "compiti"**. Per Biaggini, una competenza contiene l'autorizzazione a prendere una misura o a emanare un regolamento, mentre un compito contiene un dovere corrispondente. Questa

visione è sostenuta anche da Rütsche, per esempio, la cui definizione di "compito pubblico" presuppone necessariamente un mandato del legislatore "in senso ampio e funzionale" (cioè includendo i mandati a livello costituzionale o di ordinanza). Queste opinioni sono condivise in questa sede: Una competenza *diventa* un compito quando è formulata in termini obbligatori. Per ulteriori informazioni, si rimanda alla descrizione differenziata di Biaggini.

L'istituzione di nuove competenze federali deve basarsi principalmente sul **principio di sussidiarietà** (artt. *5a*, 43*a*, 46 cpv. 3 e 47 cpv. 2 Cost.). Secondo l'opinione prevalente, il principio di sussidiarietà non ha un "effetto bloccante" dal punto di vista giuridico, ma è un invito a utilizzare con parsimonia le competenze esistenti e a creare nuove competenze federali solo per motivi convincenti. 39

In genere, una norma di competenza autorizza il governo federale nel suo complesso, come organo costituzionale, e lascia aperta la responsabilità dell'organo. Se una competenza non autorizza un organo specifico, si **parla di "competenza associativa"**, cioè di una competenza che deve essere esercitata dalla Confederazione nel suo complesso (cioè come "associazione"). Il legislatore costituzionale è il primo responsabile (art. 148 cpv. 1 in combinato disposto con 164 Cost.). Le ordinanze di esecuzione, invece, che determinano l'effettiva attuazione della legge, devono essere emanate dal Consiglio federale o dai dipartimenti e dagli uffici federali (artt. 174, 178 cpv. 1 e 182 cpv. 1 Cost.). Tuttavia, l'individuazione dell'organo specificamente responsabile di quali questioni normative è decisa principalmente sulla base del concetto sostanziale di legge (art. 164 cpv. 1 Cost.). 40

In **casi "urgenti" o "straordinari"**, si pone quindi la questione di quando l'Assemblea federale e il Consiglio federale possono scavalcare la divisione delle competenze stabilita dall'art. 3 Cost. Il diritto parlamentare d'urgenza lo consente esplicitamente, in quanto l'art. 165 cpv. 3 Cost. stabilisce che le leggi federali urgenti prive di base costituzionale devono essere adottate dal popolo e dai Cantoni entro un anno dalla loro promulgazione per rimanere valide. Questo principio si applica senza ulteriori indugi anche alle leggi che non rispettano solo parzialmente la tradizionale ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni o le disposizioni sulla separazione orizzontale e verticale dei poteri. 41

42 La situazione giuridica è diversa per le “ordinanze d'urgenza” dell'Assemblea federale (art. 173 cpv. 1 lett. c Cost.) e del Consiglio federale (artt. 184 cpv. 3 e 185 cpv. 3 Cost.). Se - e in caso affermativo, in che misura - gli organi federali possano emanare misure che non rispettano l'ordine costituzionale delle competenze ai sensi dell'art. 3 Cost. è parte della disputa dottrinale se il sistema di diritto d'emergenza del Cost. consenta al Consiglio federale e all'Assemblea federale di emanare le cosiddette **"ordinanze d'emergenza costituzionali** ". Secondo la dottrina prevalente (e a nostro avviso a ragione), non è così. Nella misura in cui le “ordinanze d'emergenza” hanno uno status giuridico sostanziale o costituzionale, devono essere trattate come leggi federali ordinarie per quanto riguarda l'art. 3 Cost. e devono rispettare il principio dell'autorizzazione individuale (cfr. N. 30 e segg.); altre restrizioni alla competenza generale sussidiaria dei Cantoni sono incostituzionali. Data la “natura trasversale” delle ordinanze di emergenza (ad esempio, la regolamentazione dell'economia e del sistema di maschere, vaccinazioni, test e certificazioni durante la pandemia COVID-19), la loro legalità alla luce dell'art. 3 Cost. dipende quindi in larga misura dalla concezione delle misure e dalla loro base giuridica. Poiché questa disposizione riguarda il lato della competenza della “legge sulle ordinanze d'emergenza”, la conformità con l'art. 3 Cost. richiede un'accurata revisione preventiva degli atti giuridici previsti, in particolare per le misure emanate “senza direttive costituzionali”, ma anche per quelle basate su una legge federale (ad esempio la EpG). Il mezzo più importante in questo caso è l'interpretazione delle competenze federali in conformità con la Costituzione (cfr. N. 67).

## 3. Tipologia delle competenze legislative

43 Per quanto riguarda le **tipologie di competenze**, occorre distinguere tra competenze legislative (o competenze legislative) e competenze esecutive (o competenze amministrative).

44 Le competenze legislative della Confederazione possono essere sistematizzate in base alla loro **portata materiale** o al loro **effetto sulla sovranità cantonale**. Il fatto che i Cantoni abbiano un proprio margine di manovra in seguito a misure federali (nella stessa area tematica) deve essere determinato dall'interpretazione. Il tipo di competenza federale e il suo grado di utilizzo sono decisivi per determinare il margine di manovra residuo dei Cantoni.

Eccezionalmente, l'interpretazione costituzionale può anche dar luogo a **competenze** federali **tacite**. La dottrina prevalente distingue tra competenze "in virtù di una connessione di fatto" *(poteri impliciti)* e competenze che spettano alla Confederazione "per natura" o "in virtù della struttura dello Stato federale" *(poteri intrinseci)*. Una competenza in virtù di una connessione fattuale deriva "dalla necessità di essere in grado di svolgere un compito in primo luogo". Ciò include anche le competenze che derivano dal contesto di diverse competenze individuali. Ne è un esempio l'EntG, il cui ingresso elenca non meno di 16 competenze come basi costituzionali. Una competenza in virtù della struttura federale dello Stato, invece, deriva dal principio dello Stato federale per aree che solo il governo federale può regolamentare. Questo tipo di competenza esiste più spesso di quanto si possa pensare: ad esempio, non esistono ancora basi costituzionali esplicite per la LParl (art. 165 cpv. 1 lett. g Cost.), la LOGA, il LPers (entrambi art. 173 cpv. 2 Cost.) e per altre leggi. 45

### a. Ambito materiale delle competenze federali

Ogni competenza stabilisce un ambito giuridico di regolamentazione. Le sue dimensioni possono corrispondere all'area della vita da regolare o essere limitate ad alcuni aspetti di essa. Da questo punto di vista, si può distinguere tra competenze complete, competenze frammentarie e competenze legislative fondamentali o quadro: 46

- **Le competenze federali complete** autorizzano il governo federale a regolamentare tutte le questioni giuridiche fino all'ultimo dettaglio. La materia da disciplinare può essere un *ambito fattuale* (ad esempio, l'art. 74 cpv. 1 Cost.) o un *ambito giuridico* (ad esempio, l'art. 122 f. Cost.). Questo tipo di competenza è la regola.
- **Le competenze federali frammentarie** si riferiscono a determinate sezioni di un settore o di una materia. La Cost. pone quindi restrizioni specifiche all'*ambito* di regolamentazione, ma non all'*intensità* della regolamentazione in questi settori. In altre parole, possono essere regolamentate solo alcune questioni legali, ma queste possono essere regolamentate in modo dettagliato. Esempi importanti sono contenuti nell'art. 118 cpv. 2 Cost. al punto a (manipolazione di determinati oggetti e organismi), al punto b (lotta a determinate malattie) e al punto c (protezione dalle radiazioni ionizzanti).

- **I poteri legislativi di base/quadro** autorizzano la Confederazione a stabilire regole quadro per un settore specifico. Allo stesso tempo, la Confederazione è obbligata a lasciare ai Cantoni il compito di regolamentare le questioni dettagliate. Queste competenze limitano il livello di dettaglio ammissibile di una normativa federale a questioni legali di importanza centrale e nazionale. In pratica, questa forma di legislazione si ritrova soprattutto nei "requisiti minimi del diritto federale" per i sistemi di esecuzione cantonali. Ne sono un esempio l'art. *64a* cpv. 1 Cost. (formazione continua), l'art. 66 cpv. 1 frase 2 Cost. (borse di studio) e l'art. *67a* cpv. 3 Cost. (educazione musicale), l'art. 75 cpv. 2 Cost. (pianificazione territoriale), l'art. 76 cpv. 2 Cost. (acqua), Art. 77 cpv. 2 Cost. (protezione delle foreste), Art. 79 (caccia e pesca), Art. 88 cpv. 1 Cost. (sentieri, percorsi pedonali e piste ciclabili), Art. 89 cpv. 2 Cost. (politica energetica) e Art. 129 cpv. 1 Cost. (armonizzazione fiscale).

### b. Effetti sulle competenze cantonali

47 Le competenze federali possono avere effetti diversi sulle competenze cantonali originarie in materia. Rispetto al *tipo* di competenza, la valutazione dell'effetto sulla sovranità cantonale è una **dimensione aggiuntiva,** per così dire, per la valutazione euristica delle competenze federali. Da questo punto di vista, si può distinguere tra competenze concorrenti, esclusive e parallele:

- **Competenza concorrente** significa che la legge cantonale perde efficacia solo quando entra in vigore la legge federale, e in secondo luogo solo nella misura in cui il legislatore federale ha esaurito la sua competenza (il cosiddetto effetto derogatorio successivo). Finché e nella misura in cui il legislatore federale non ha esaurito le sue competenze, i Cantoni rimangono responsabili della regolamentazione di questo settore del diritto sulla base di poteri generali sussidiari. La competenza generale e concorrente è il caso normale.
- **Le competenze esclusive** significano che il diritto cantonale cessa di essere applicabile non appena viene stabilita la competenza federale (il cosiddetto effetto derogatorio originario). Si tratta di un caso raro. Esempi comuni sono l'art. 54 Cost. (affari esteri), l'art. 99 Cost. (monete, denaro e valuta), l'art. 133 Cost. (dogane). Non esiste una controparte cantonale, nemmeno nel caso particolare dei diritti di ripiano cantonali.

- Le**competenze parallele** sono caratterizzate dal fatto che non hanno effetto sulle competenze cantonali nella stessa area tematica, il che significa che il diritto federale e quello cantonale possono coesistere. Questo tipo di competenza esiste soprattutto quando lo Stato gestisce sistemi di sostegno, ad esempio nel settore della cultura (art. 69 cpv. 1 Cost.), ma anche nel settore dell'imposizione diretta (art. 128 in combinato disposto con l'art. 134 Cost .).

## c. Interpretazione delle competenze legislative

Il catalogo delle competenze della Cost. è una rete non sistematica di singoli compiti che vengono attuati in modo molto diverso e **interpretati** nella pratica in **modo evolutivo** a seconda delle esigenze normative contemporanee. Ciò si basa sulla consapevolezza che le esigenze normative di una società possono cambiare o evolversi nel tempo a fronte di valori mutevoli o di nuove sfide, e che il legislatore costituzionale ha quindi concesso alla Confederazione una competenza normativa "aperta al futuro". Il legislatore non dovrebbe essere ostacolato nelle sue attività da giudizi di valore storico, a meno che non vengano posti chiari limiti legali al contenuto di una norma di competenza. 48

Tuttavia, le **competenze federali** sono spesso **formulate in modo aperto e conciso**. A parte la tipologia (N. 43 e seguenti), i loro limiti sostanziali sono raramente evidenti e devono essere determinati attraverso un'attenta interpretazione. La formulazione costituisce il punto di partenza e di arrivo dell'interpretazione. Tuttavia, poiché questo "non è sempre significativo [...] e non è sempre affidabile", il significato delle parole scelte si basa in particolare sulla prassi applicativa precedente. Tuttavia, anche in questo caso ci sono dei limiti, perché la prassi statale non sempre si basa su un'interpretazione impeccabile dello standard di competenza. Il fattore decisivo è quindi l'interazione di tutti gli elementi interpretativi. 49

Una volta entrate in vigore, le leggi federali non possono più essere modificate o abrogate da un'autorità diversa dall'Assemblea federale stessa. Ciò è dovuto al fatto che le leggi federali non possono essere controllate per verificarne la conformità con la Costituzione nell'ambito della procedura di revisione giudiziaria astratta (art. 189 cpv. 4 frase 1 Cost.; art. 82 lett. b LTF *e contrario*). Le leggi federali emanate in violazione del principio dell'autorizzazione individuale sono vincolanti per i Cantoni (art. 49 cpv. 1 Cost.). Lo stesso vale 50

per il Tribunale federale in relazione alle leggi federali (art. 190 cpv. 1 in combinato disposto con 148 cpv. 1 Cost.). In altre parole, il **legislatore federale determina** definitivamente l'**ambito delle** proprie competenze. Un'attenta interpretazione o una corretta determinazione della portata di una norma di competenza federale sembra quindi essere il mezzo più importante per "proteggere" la sovranità cantonale quando si progetta una nuova legge o una modifica di una legge (cfr. N. 42; N. 67).

51 Queste decisioni relative alla separazione orizzontale e verticale dei poteri non cambiano il fatto che un'interpretazione evolutiva delle competenze federali sia compatibile con il funzionamento dogmatico dell'art. 3 Cost. Tuttavia, il **principio dell'autorizzazione individuale** richiede che i "**nuovi" requisiti normativi** sianoriconducibili **a norme di competenza esistenti**. Altrimenti, la loro regolamentazione richiede una nuova norma di competenza (separata) - o la competenza normativa rimane ai Cantoni in virtù di una competenza generale sussidiaria. Qualsiasi argomentazione contro un'interpretazione (eccessivamente) flessibile-evolutiva delle norme di competenza applicabili deve quindi essere ricavata dalla formulazione, dalla storia e dallo scopo delle competenze stesse in relazione all'art. 3 Cost.

52 L'art. 3 Cost. ha quindi un **effetto di blocco** legale solo se la sussunzione di nuovi fenomeni o esigenze normative sotto le norme di competenza esistenti viola il principio dell'autorizzazione individuale. Solo in questo caso l'art. 3 Cost. vieta di limitare i poteri normativi dei Cantoni (o la loro "sovranità"). Tuttavia, questa **funzione limitativa** è solo un **sottoprodotto** del divieto di gestire le competenze federali in modo da violare la sovranità cantonale, che deriva dal principio dell'autorizzazione individuale. In ogni caso, non è un obiettivo originale dell'art. 3 Cost. impedire l'accentramento di poteri legislativi (comunque definiti) a livello federale. Dal punto di vista dell'art. 3 Cost. qualsiasi accentramento a livello federale o qualsiasi "restrizione di sovranità" dei Cantoni è ammissibile se può essere supportata da una base costituzionale sufficiente (cfr. N. 8; sul problema della protezione giuridica, cfr. N. 57 e seguenti).

53 Si pone quindi la questione se il principio dell'autorizzazione individuale - ad esempio nel contesto di una revisione specifica delle norme - possa essere invocato anche **contro** una **concretizzazione evolutiva delle leggi federali**. È probabile che l'effetto di blocco dell'art. 3 Cost. si estenda anche all'emanazione di ordinanze specifiche o decreti generali (in particolare piani,

registri, inventari ed elenchi), ad accordi contrattuali (ad esempio accordi di programma [art. 46 cpv. 2 Cost.]) o all'emanazione di *leggi non vincolanti*, soprattutto per quanto riguarda l'art. 49 cpv. 1 Cost. In teoria, tale effetto di spillover può essere affermato se nuovi fenomeni normativi vengono riprodotti "sub-legislativamente" per motivi di semplicità, ma la norma di base sulla giurisdizione non copre questi fenomeni in modo giuridicamente sufficiente (cfr. N. 51). In caso di controversia, il governo federale ha l'onere di provare che agisce in conformità con la Costituzione dal punto di vista del "diritto di competenza" (cfr. N. 26). In considerazione della (futura) apertura delle norme di competenza (cfr. N. 48 s.), tuttavia, tali "concretizzazioni sub-legislative" hanno maggiori probabilità di essere incostituzionali per mancanza di una base giuridica sufficiente (art. 164 cpv. 2 Cost.).

## 4. Poteri di esecuzione

54 La competenza legislativa comprende la regolamentazione dell'attuazione (concretizzazione, applicazione, esecuzione e supervisione). La questione di quale organo sia responsabile in che misura si pone non solo dal punto di vista della **separazione** orizzontale ma anche **verticale dei poteri**. In questo caso si applica un ulteriore principio di regola-eccezione: le norme giuridiche della Confederazione dovrebbero in linea di principio essere applicate dai Cantoni (art. 46 Cost.), a meno che la Costituzione o la legge federale non dispongano diversamente. Anche questo "federalismo esecutivo" affonda le sue radici nel XIX secolo.

55 La garanzia di sovranità (art. 3 frase 1 Cost.) dà origine all'**autonomia organizzativa dei Cantoni**, che si applica anche all'attuazione della legislazione federale (cfr. anche 46 cpv. 3 e art. 47 cpv. 2 Cost.). In base a ciò, i Cantoni possono scegliere autonomamente le modalità di attuazione delle disposizioni giuridiche federali (tenendo conto dei vincoli e delle preferenze locali) nella misura in cui la legge federale lascia loro la possibilità di farlo. Un ostacolo primario all'autonomia organizzativa dei Cantoni (sia in relazione all'attuazione del diritto federale che all'esercizio dei poteri legislativi cantonali) è costituito dall'art. 49 cpv. 1 della Cost. federale, secondo cui il diritto cantonale non può violare il significato e lo spirito del diritto federale, e dall'art. 49 cpv. 2 della Cost. federale, secondo cui la Confederazione controlla l'attuazione del diritto federale da parte dei Cantoni (la cosiddetta supervisione federale).

56 Esempi **pratici** illustrativi dell'autonomia organizzativa cantonale (o dei relativi poteri legislativi ed esecutivi) sono, in particolare, le sentenze del Tribunale federale sul rapporto tra le ordinanze federali Covid-19 e le misure dei Cantoni, che si basavano sull'art. 40 EpG direttamente applicabile e/o sul diritto costituzionale o statutario cantonale (ad esempio, le leggi cantonali sulla salute).

## C. Conflitti di giurisdizione tra Confederazione e Cantoni

### 1. Fondamenti

57 Il rapporto tra diritto federale e diritto cantonale può portare a conflitti di giurisdizione in molti modi. Un conflitto di competenze **in senso lato** sussiste se vi è disaccordo su quale autorità locale sia responsabile di legiferare o applicare la legge (cfr. N. 43 e segg., N. 54 e segg.) e in quale misura. Tuttavia, se la causa non risiede in una mera intenzione di regolamentare o agire, ma in un conflitto di norme, si ha un conflitto di competenze **in senso stretto relativo al diritto procedurale** (N. 65 e segg.).

58 Dall'art. 3 Cost. non si può dedurre nulla per la risoluzione dei conflitti di competenza. È possibile dedurre da questa disposizione le regole in base alle quali le competenze della Confederazione devono essere delimitate da quelle dei Cantoni. Tuttavia, l'art. 3 Cost. non stabilisce se le norme federali debbano prevalere su quelle cantonali, né quali norme giuridiche il Tribunale federale possa o meno ignorare. Sulla base dell'art. 3 Cost. la Confederazione e i Cantoni godono quindi di una **"garanzia di competenza" simmetrica**.

59 Tuttavia, questa visione isolata non può essere mantenuta nella struttura costituzionale complessiva. Quando la Confederazione è responsabile della regolamentazione di una materia, la struttura dello Stato federale richiede che i Cantoni si conformino ai suoi ordini. Questa impostazione centrale porta a uno **squilibrio materiale** nella posizione dei Cantoni **a favore della Confederazione** . Le seguenti disposizioni costituzionali ne sono le principali responsabili:

- Il diritto federale conforme alle competenze federali prevale sul diritto cantonale in conflitto (art. 49 Cost.).

- Il diritto federale conforme alle competenze prevale sul diritto cantonale se un decreto federale sostituisce una norma cantonale. Il diritto cantonale perde quindi il suo significato indipendente.
- Le leggi federali emanate in violazione delle competenze o altrimenti incostituzionali devono essere applicate dal Tribunale federale contro il diritto cantonale, a condizione che l'Assemblea federale non abroghi la legge federale corrispondente (o parti di essa) (cfr. in particolare l'art. 190 Cost.).

Questi principi sono norme di conflitto che guidano la risoluzione dei conflitti 60
di giurisdizione tra la Confederazione e i Cantoni. Il Tribunale federale può solo controllare e determinare l'incostituzionalità delle leggi federali (art. 190 Cost.), ma non può abrogarle (art. 189 cpv. 4 frase 1 Cost.). Lo stesso vale per le ordinanze federali, a meno che la legge non preveda eccezioni (art. 189 cpv. 4 frase 2 Cost.). Quanto sopra dimostra che la **tutela giuridica dei Cantoni** nei confronti della Confederazione è piuttosto **debole** nel diritto svizzero (rispetto, ad esempio, alle competenze delle corti costituzionali della Germania o degli Stati Uniti).

Secondo il diritto svizzero, i conflitti di giurisdizione tra la Confederazione e i 61
Cantoni possono essere risolti **in due modi**: Da un lato, attraverso la mediazione o l'"accordo" (N. 62 e segg.) e, dall'altro, attraverso un'azione legale, in cui il Tribunale federale stabilisce una violazione dell'art. 3 Cost. da parte della Confederazione e ne lascia la rettifica all'Assemblea federale (N. 64 e segg.).

## 2. Risoluzione cooperativa dei conflitti di giurisdizione

Ai sensi dell'art. 44 cpv. 3 Cost. "le controversie tra i Cantoni o tra i Cantoni e 62
la Confederazione [...] sono risolte, se possibile, mediante trattative e mediazione". Il termine "controversia" comprende sia i conflitti giuridici che le divergenze politiche.

Questo meccanismo di risoluzione consensuale delle controversie è 63
un'espressione del federalismo "cooperativo" in Svizzera (art. 44 cpv. 1 Cost.). La Confederazione e i Cantoni devono trovare insieme una soluzione anche nelle situazioni di conflitto - nella misura in cui queste sorgono in primo luogo come risultato della partecipazione dei Cantoni al processo decisionale della Confederazione (art. 45 Cost.) - tenendo conto dei loro reciproci interessi.

64 Il ricorso al Tribunale federale (cfr. N. 65 s.) dovrebbe essere possibile solo se la risoluzione amichevole dei conflitti è fallita.

### 3. Protezione giuridica dei Cantoni in relazione all'art. 3 Cost.

65 I Cantoni hanno diritti procedurali per tutelare i loro diritti costituzionali nei confronti della Confederazione. L'art. 89 cpv. 2 lett. c LTF conferisce alle "autorità locali" un diritto di ricorso indipendente nell'ambito dell'art. 82 LTF per "denunciare violazioni delle garanzie loro riconosciute dalla Costituzione cantonale o federale" (cfr. art. 189 cpv. 1 lett. e Cost.). Una **riduzione della sovranità cantonale** a causa di una legge federale emanata in violazione delle competenze è coperta da questo senza ulteriori indugi. Inoltre, gli organi cantonali, ad esempio il governo, possono essere legittimati ad agire in giudizio per salvaguardare importanti interessi pubblici in caso di controversie intercantonali, ai sensi dell'art. 89 cpv. 1 LTF.

66 Inoltre, i conflitti di giurisdizione tra la Confederazione e i Cantoni o tra due o più Cantoni possono essere portati direttamente davanti al Tribunale federale mediante **ricorso** (art. 189 cpv. 2 Cost.; art. 120 cpv. 1 lett. a LTF). A differenza dei ricorsi in materia di diritto pubblico (artt. 82 e segg. LTF), in questo caso è possibile un'impugnazione "astratta" della legge federale, svincolata da un singolo atto specifico. Tuttavia, le limitazioni alle competenze del Tribunale federale sopra descritte si applicano anche ai ricorsi in materia di diritto costituzionale (cfr. N. 50, N. 60).

67 Il mezzo più efficace che i Cantoni possono utilizzare per "proteggere" la loro sovranità è l'**interpretazione costituzionale**. Essa si applica sia quando il Tribunale federale esamina la costituzionalità del diritto cantonale (controllo astratto delle norme), sia quando esamina la costituzionalità del diritto federale *in via preliminare* in un procedimento di controllo concreto delle norme.

68 Nel caso di una revisione **astratta** del diritto cantonale, l'interpretazione costituzionale ha una **funzione protettiva** perché, secondo la prassi consolidata, il Tribunale federale annulla i decreti cantonali solo se non possono essere interpretati in modo conforme alla Costituzione. Nel caso di una **revisione specifica del** diritto federale, invece, l'interpretazione costituzionale ha una **funzione di ricorso** nei confronti del decreto federale su cui si basa il singolo atto contestato. Stabilendo che il legislatore federale (o

il Consiglio federale) ha superato i suoi poteri in modo incostituzionale e rifiutando di applicare la norma pertinente in un caso individuale, il Tribunale federale richiama l'attenzione delle autorità federali su un errore e suggerisce loro di modificare la legge. Per l'interazione tra gli artt. 49, 189 cpv. 4 e 190 Cost. si rimanda ai rispettivi commenti individuali.

*Gli autori*

*MLaw Noah Rohner è assistente di ricerca e dottorando presso la cattedra di Diritto, Medicina e Tecnologia dell'Università di Zurigo.*

*Prof. Dr iur. et Dr med. Kerstin Noëlle Vokinger, LL.M., è professore e titolare della cattedra di Diritto, Medicina e Tecnologia presso l'Università di Zurigo e il Politecnico di Zurigo.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Auer Andreas, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Benoît Anne, Le partage vertical des compétences ent tant que le garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Genf 2009.

Biaggini Giovanni, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen. Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags, in: ZSR 142 (2023) II, S. 5–150.

Blumer Johann Jakob/Morel Joseph, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Erster Band, 2. Aufl., Schaffhausen 1877.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Erster Theil. Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Zweiter Theil. Das Bundesstaatsrecht, Zürich 1878.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt am Main 1974.

Hangartner Yvo, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: ZSR 131 (2012) I, S. 145–157 (zit. Eigenständigkeit).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 127–144.

Imboden Max, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 175–197.

Knapp Blaise, Le fédéralisme, in: ZSR 125 (1984) II, S. 275–430.

Kley Andreas, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis).

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil. Göttingen 2020, Tübingen 2021.

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf 1999, Basel 1999.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in ZSR 125 (1984) II, S. 431–590.

## BIBLIOGRAFIA

Aemisegger Heinz/Scherrer Reber Karin, Kommentierung zu Art. 82, in: Niggli Marcel Alexander/ Uebersax Peter/ Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Aubert Jean-François, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Band 1, Basel 1991.

Auer Andreas, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann Robert, Bricht Bundesrecht kantonales Recht?, in: ZBl 117 (2016) 12, S. 643–658.

Benoît Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Genf 2009.

Biaggini Giovanni, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen» Gesetzesverwirklichung am

Beispiel des schweizerischen Bundesstaates und vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, Habil. Basel 1996 (zit. Theorie und Praxis).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 3, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Biaggini).

Biaggini Giovanni, Vorbemerkungen zu den Art. 42–135, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini, Vor Art. 42–135).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 44, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. zit. OFK BV-Biaggini, Art. 44).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 47, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini, Art. 47).

Biaggini Giovanni, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen. Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags, in: ZSR 142 (2023) II, S. 5–150 (zit. Bundesstaat).

Blumer Johann Jakob/Morel Joseph, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Erster Band, 2. Aufl., Schaffhausen 1877.

Bodin Jean, Les six Livres de la République (deuxième réimpression de l'édition de Paris 1598), Darmstadt 1977.

Bradford Anu, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York 2020.

Breitenmoser Stefan, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich et al. 2020, S. 639–666.

Bundesrat, Föderalismus im Krisentest: Die Lehren aus der Covid-19-Krise ziehen. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 20.4522 Cottier

vom 16. Dezember 2020, veröffentlicht am 15. Dezember 2023, https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/fuehrungsunterstuetzung/krisenmanagement.html,(besucht am 19.7. 2024).

Bundesrat, Wasserversorgungssicherheit und Wassermanagement – Grundlagenbericht. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3610 Rieder vom 15.6.2018, veröffentlicht am 15.12.2021, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88853.html, (besucht am 19.7.2024).

Burckhardt Walther, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Walther Burckhardt. Aufsätze und Vorträge 1910–1938, Bern 1970, S. 219–234 (zit. Abgrenzung).

Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

Burckhardt Walther, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in: Zaccaria Giacometti/Dietrich Schindler (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, S. 59–74 (zit. FS Fleiner).

Buser Denise, Föderalistischer Flickenteppich? Die Zusammenarbeit der Kantone in der Corona-Pandemie – unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsbereichs, in: ZBl 122 (2021) 10, S. 535–557.

Brühl-Moser Denise, Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 565–594 (zit. VRdCH I-Brühl-Moser).

Dominice Christian, Fédéralisme coopératif, in: ZSR NF 88 (1969) II, S. 743–894 (zit. Dominicé).

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Erster Theil. Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878 (zit. Dubs, I).

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Zweiter Theil. Das Bundesstaatsrecht, Zürich 1878 (zit. Dubs, II).

Dubs Jakob, Die Schweizerische Demokratie in ihrer Fortentwicklung (Nachdruck des Originals von 1868), Paderborn 2012.

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 42, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Egli, Art. 42).

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 46, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Egli, Art. 46).

Egli Patricia/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 41, Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Egli/Schweizer).

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band III: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1677–1698.

Ehrenzeller Kaspar, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch. Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Diss. St. Gallen 2020 (zit. Ehrenzeller K.).

Ehrenzeller Bernhard/Portmann Roland., Kommentierung zu Art. 54, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Ehrenzeller B./Portmann).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949 (zit. Fleiner/Giacometti).

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone. Subnationale Interessenvertreter im Schweizer Föderalismus. Diss. Bern 2023.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil St. Gallen, Bern/Frankfurt am Main 1974 (zit. Kompetenzverteilung).

Hangartner Yvo, Art. 3 BV, in: Alexander Ruch/Gérard Hertig/Urs Ch. Nef (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit. Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 155–170 (zit. Art. 3 BV).

Hangartner Yvo, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: ZSR 131 (2012) I, S. 145–157 (zit. Eigenständigkeit).

Hangartner Yvo/Kley Andreas/ Braun Binder Nadja/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023.

Holenstein Rolf, Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte, 2. Aufl., Basel 2023.

Huber Hans, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, Diss. Bern 1926.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Giacometti Zaccaria, Über die Tragweite des Prinzips «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Alfred Kölz (Hrsg.), Ausgewählte Schriften, Zürich 1994, S. 149–156.

Griffel Alain, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen. Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE vom 17.2.2017, https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/die-grundsatzgesetzgebungskompetenz-gemass-art-75-abs-1-bv-tragweite-und-grenzen.pdf.download.pdf/Gutachten_Grundsatzgesetzgebung_final.pdf, besucht am 19.7.2024.

Haller Walter/Kölz Alfred/Gächter Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2020.

Hettich Peter, Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage, in: ZBl 123 (2022) 12, S. 650–659.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, in: ZSR NF 88 (1969) II, S. 549–741.

Hänni Peter, Kommentierung zu Art. 61*a*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Hänni).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 127–144 (zit. Bedeutung).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 175–197 (zit. Föderalismus).

Imboden Max, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich 1940 (zit. Bundesrecht).

Imboden Max, Der nichtige Staatsakt, Habil. Zürich 1944 (zit. Staatsakt).

Imboden Max, Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 93–110 (zit. Souveränitätslehre).

Imboden Max, Rousseau und die Demokratie, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 75–92 (zit. Rousseau).

Imboden Max, Die politischen Systeme, Basel 1964 (zit. Systeme).

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: AJP 22 (2013) 5, S. 774–781.

Jagmetti Riccardo, Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom Pouvoir Constituant auf das Schweizerische Verfassungsrecht, Diss. Zürich 1920.

Kelsen Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1928), S. 30–88.

Kley Andreas, § 10 Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, Zürich/St. Gallen, S. 129–141 (zit. BGK, § 10).

Kley Andreas, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler

Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Geschichte).

Kley Andreas, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis).

Kley Andreas, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Verfassungsgeschichte).

Kley Andreas, Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive, in: recht 17 (1999) 6, S. 189–201 (zit. Bundeskompetenzen).

Knapp Blaise, Le fédéralisme, in: ZSR 125 (1984) II, S. 275–430 (zit. Knapp).

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2015.

Kölz Alfred, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Band 2: Ihre Grundlinien im Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004.

Ulrich Lampert, Das schweizerische Bundessstaatsrecht. Systematische Darstellung mit dem Text der Verfassung im Anhang, Zürich 1918.

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil. Göttingen 2020, Tübingen 2021.

Looser Martin E., Kommentierung zu Art. 190, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Looser).

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen 2011 (zit. Rechtskontrolle).

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art.

120 BGG). Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen, Diss. Freiburg i. Ü, Bern 2022.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit Constitutionnel suisse, Band 1: l'état, 4. Aufl., Bern 2021.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Martenet, Art. 3).

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 190, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Martenet, Art. 190).

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf 1999, Basel 1999 (zit. Autonomie).

Müller Jörg Paul/Biaggini Giovanni, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, in: ZBl 116 (2015) 5, S. 235–250.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zu den Art. 42–135, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Müller, Vor Art. 42–135).

Nawiasky Hans, Allgemeine Staatslehre. Teil 3: Staatsrechtslehre, Einsiedeln u.a. 1956.

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 42, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv42 (zit. OK BV-Neier, Art. 42).

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 43*a*, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv43a, zit. OK BV-Neier, Art. 43*a*).

Niedermann Dieter J., Zur Föderalismusreform – ein Diskussionsbeitrag aus kantonaler Sicht, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schaffhauser René/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor

neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 697–712.

Pfisterer Thomas, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, in: AJP 18 (2009) 6, S. 706–726.

von Planta Peter Conradin, Die Schweiz und ihre Entwicklung zum Einheitsstaate, Zürich 1877.

Poledna Tomas/Rütsche Bernhard, Kommentierung zu Art. 118, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Poledna/Rütsche).

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/ Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2021, S. 153–167 (zit. BGK, § 12).

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, S. 168–173 (zit. BGK, § 13).

Reich Johannes, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 333–335 (zit. VRdCH 2020 I-Reich).

Reich Markus/Weidmann Markus, Kommentierung zu Art. 7, in: Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 4. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK StHG-Reich/Weidmann).

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Basel 2000.

Rousseau Jean-Jacques, Du contrat social. Présentation, notes, bibliographie et chronologie par Bruno Bernardi (= Nachdruck des Originals [« Du contrat social ou principes du droit politique »] aus dem Jahr 1762), Paris 2001.

Ruch Alexander/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 49, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Ruch/Errass).

Ruck Erwin, Verfassungsrecht und Verfassungsleben, Berlin 1925.

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 31 (2013) 4, S. 153–162 (zit. Aufgaben).

Rütsche Bernhard, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, in: ZBl 106 (2005) 6, S. 273–304 (zit. Normenkontrollen).

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in ZSR 125 (1984) II, S. 431–590 (zit. Autonomie).

Saladin Peter, Kommentierung zu Art. 3, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zu Bundesverfassung vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. Komm. aBV-Saladin, Art. 3).

Saladin Peter, Art. 2 Ue-Bst., in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zu Bundesverfassung vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. Komm. aBV-Saladin, Art. 2 Ue-Bst.).

Saxer Urs/Brunner Florian, Kommentierung zu Art. 185, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Saxer/Brunner).

Schindler Benjamin, Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, in: VVDStRL 78 (2019), S. 119–202 (zit. Schindler B., Mehrebenensystem).

Schindler Benjamin, Alte und neue Fragen zum Bestattungs- und Friedhofsrecht, in: ZBl 124 (2023) 11, S. 571–593 (zit. Schindler B., Bestattungs- und Friedhofsrecht).

Schindler Dietrich, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 5. Aufl., Zürich 1970 (zit. Schindler D.).

Schmid Gerhard, Souveränität, Staatlichkeit und Identität der Kantone, in: ZBl 85 (1984), S. 104–111 (zit. Schmid G.)

Schmid Stefan G., Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 287–316 (zit. VRdCH 2020 I-Schmid S.)

Schollenberger Johann, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berlin 1905.

Schuppert Gunnar Folke, Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003.

Schürmann Leo, Revision der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Allgemeinen, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Band 9: Die Stellung der Kantone im Bund, Einsiedeln/Köln 1947, S. 41–58.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 3, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (SGK BV-Schweizer).

Senn Marcel, Rechtsgeschichte. Ein Kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (CH-Stiftung), Monitoringbericht Föderalismus 2017–2021, Parlamentarische Vorstösse in den eidgenössischen Räten vom 12.2.2021, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Anhang_Bericht_Parlamentarische_Vorstoesse-DE.pdf, besucht am 19.7.2024 (zit: Ch-Stiftung, 2021).

Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (CH-Stiftung), Monitoringbericht Föderalismus 2017–2021, Politischer Synthesebericht vom 18.8.2022, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/

Synthesepapier_Monitoring_2017-2021-DE-Print.pdf, besucht am 19.7.2024 (zit. Ch-Stiftung, 2022).

Tiefenthal Jürg, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? – Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021 (zit. Vielfalt).

Tiefenthal Jürg, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Polizeirecht).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Usteri Johann Martin, Die Theorie des Bundesstaates. Ein Beitrag zur Allgemeinen Staatslehre, ausgearbeitet am Beispiel der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1953.

Waitz Georg, Das Wesen des Bundesstaates, in: Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur, 1853, S. 494–530.

Waldmann Bernhard, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Zürich/St. Gallen 2021, S. 1–48 (zit. Herausforderungen).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 89, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BV-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Bundesrecht bricht kantonales Recht, in: Markus Rüssi/Julia Hänni/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen. Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 533–547 (zit. Bundesrecht).

Waldmann Bernhard, Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 715–736 (zit. VRdCH I-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik?, in: AJP 22 (2013) 9, S. 1332–1336 (zit. Symbolik).

Waldmann Bernhard/Kraemer Raphael, Kommentierung zu Art. 44, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (SGK BV-Waldmann/Kraemer).

Walther Reto, Art. 5*a*, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a (zit. OK BV-Walther).

## I MATERIALI

Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8.4.1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848 (zit. Bericht BV 1848).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 5a Cost.

Un commentario di Reto Walther

CITAZIONE SUGGERITA

Reto Walther, Commentario all'art. 5a Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Walther, art. 5a Cost. N. XXX.

**Art. 5a Sussidiarietà**

Nell'assegnazione e nell'adempimento dei compiti statali va osservato il principio della sussidiarietà.

# STRUTTURA

I. Panoramica ..... 47
II. storia delle origini ..... 47
A. Radici concettuali e ideologiche del principio di sussidiarietà ..... 47
B. Incorporazione del principio di sussidiarietà nella Costituzione federale ..... 50
III. Contesto ..... 53
IV. Commento in senso stretto ..... 58
A. Ambito di applicazione ..... 58
B. Scopo e funzionamento ..... 60
C. Contenuto normativo ..... 61
D. Mancanza di giustiziabilità ..... 62
Letture consigliate ..... 63
Bibliografia ..... 64

# I. PANORAMICA

Il principio di sussidiarietà viene talvolta definito un principio "abbagliante", cioè difficile da capire. Il motivo è che non esiste "il" principio di sussidiarietà. Esiste una moltitudine di concezioni del principio di sussidiarietà. L'idea di sussidiarietà viene utilizzata in molti modi diversi e può vantare una storia lunga, estremamente ricca e variegata. A causa dell'importanza giuridico-pratica piuttosto modesta dell'Art. 5a Cost. (Sezione IV.), qui c'è spazio sufficiente per apprezzare debitamente il significato storico-ideologico del principio di sussidiarietà non solo, ma naturalmente anche nel contesto della Costituzione federale svizzera (in particolare la Sezione III.). Questa ponderazione corrisponde al carattere del principio di sussidiarietà, che è più un'idea politica guida che un principio giuridico applicabile ai singoli casi. 1

# II. STORIA DELLE ORIGINI

## A. Radici concettuali e ideologiche del principio di sussidiarietà

Da un lato, il concetto di sussidiarietà risale al latino "subsidium", che significa aiuto e più specificamente forze militari di riserva. D'altra parte, i teologi cattolici hanno tradotto il termine greco "hypo taxis" nel latino "sub sedeo". Ispirandosi alle clausole subordinate della grammatica greca, hanno descritto la società come pluralistica, come un'organizzazione costruita su molte comunità subordinate e superiori di supporto. È così che è nato il termine "subsidiarium", sussidiarietà. Questa origine della parola è significativa perché sottolinea la struttura di base della realtà sociale che sta alla base dell'idea di sussidiarietà: per sua natura, ogni attività sociale a più livelli è sempre subordinata a quella degli individui coinvolti o interessati da essa o delle loro associazioni in gruppi come famiglie, associazioni, comunità, ecc. Per questo motivo, la struttura multilivello (federale) dello Stato è stata definita anche un principio di ordine precostituzionale. 2

Tommaso d'Aquino sviluppò l'idea che le società umane sempre più complesse emergono attraverso molti livelli di organizzazione, ciascuno con i propri scopi (famiglie, villaggi, ecc.). Secondo l'Aquinate, il ruolo dello Stato è solo quello di garantire le condizioni (ordine, bene comune) necessarie affinché le associazioni umane prosperino al di sotto del livello dello Stato. 3

Questa idea si riflette nel principio costituzionale di sussidiarietà. A mio avviso, l'idea può essere applicata anche ai sistemi statali multilivello, in una forma leggermente modificata: Gli articoli 47 e 50 della Costituzione federale, ad esempio, potrebbero essere intesi in questo senso: Il primo garantisce l'autonomia dei Cantoni nello Stato federale (paragrafo 1) e assicura loro compiti, fonti di finanziamento e autonomia organizzativa sufficienti (paragrafo 2); il secondo protegge i Comuni almeno in una certa misura (vedi sotto, n.26).

4 Mentre l'Aquinate aveva anticipato la comprensione odierna della sussidiarietà come principio di ordine politico, Johannes Althusius, conosciuto come il padre del federalismo, rappresentava una comprensione del rapporto tra il centro e i membri che si discostava dall'ordine della costituzione federale. Althusius voleva concedere ai membri un diritto di veto contro le misure di centralizzazione, come è noto dalla confederazione di Stati e dal diritto tradizionale dei trattati internazionali. Al contrario, i singoli Cantoni dello Stato federale non hanno un diritto di veto contro le misure di centralizzazione. Solo, ma comunque, i cambiamenti di status e di territorio richiedono il consenso dei Cantoni interessati e della loro popolazione (Art. 53, par. 2-3 Cost.). Anziché l'immunità da un accentramento indesiderato, le considerazioni sull'efficacia e sull'efficienza caratterizzano il federalismo a livello federale (cfr. Art. 43a commi 1-2 e 5 Cost.).

5 Nel recente passato, è stato soprattutto l'insegnamento sociale cattolico di Papa Pio XI (1931) a formare il concetto di sussidiarietà. Secondo l'insegnamento sociale cattolico, ogni azione di una comunità presuppone che sia al servizio del gruppo più piccolo di persone, fino all'individuo: sebbene la società si organizzi in gruppi, l'individuo deve rimanere il più possibile un individuo. Proteggendo e promuovendo una società diversificata (pluralista), si protegge anche lo sviluppo dell'individuo. Il principio costituzionale di sussidiarietà si basa in ultima analisi anche sull'idea che "i compiti [dovrebbero] essere assegnati alle comunità più piccole per quanto ragionevolmente possibile", a condizione che "si voglia preservare la comunità più piccola". È proprio questo desiderio che costituisce il principio di sussidiarietà: Esprime una preferenza per lasciare le responsabilità all'unità più piccola, in modo che rimanga un'entità (parzialmente) autonoma.

6 In effetti, la popolarità che la sussidiarietà come principio di ordine politico nei sistemi multilivello ha conosciuto negli ultimi decenni è guidata

principalmente da timori più o meno pronunciati di un'espansione strisciante dell'influenza del livello superiore o centrale ("mission creep"). Questo è diventato chiaramente visibile quando i media e gli studiosi di diritto hanno riferito che il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea avrebbe potuto essere 'salvato' solo inserendovi il principio di sussidiarietà. Il principio di sussidiarietà è stato incluso anche nella Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU) (considerando 6 del preambolo) per soddisfare gli Stati membri per i quali la Corte Europea dei Diritti Umani (CEDU) era diventata troppo influente. Come elemento di interpretazione di un trattato internazionale, l'aggiunta al preambolo della CEDU è in linea di principio giuridicamente significativa. Tuttavia, la decisione politica di ancorare il principio di sussidiarietà nella CEDU ha già inviato un segnale efficace: È stato sufficiente, come dimostra la ricerca giuridica empirica, per indurre la Corte europea dei diritti dell'uomo a giudicare con maggiore cautela in anticipo - prima dell'entrata in vigore dell'emendamento alla Convenzione. Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale federale è fondamentalmente motivato in modo simile ai principi di sussidiarietà nel diritto europeo. L'eventuale adesione della Svizzera all'UE è stata una delle ragioni per ancorare il principio di sussidiarietà nella Costituzione.

Questa prospettiva porta in primo piano l'idea liberale di autodeterminazione. 7
Gli interessi individuali e comuni possono presumibilmente essere perseguiti meglio in comunità relativamente piccole e omogenee, piuttosto che da un'autorità centrale sovraordinata. Così come può sembrare giustificato proteggere gli Stati membri dalla centralizzazione, tuttavia, può anche essere giustificato stabilire meccanismi centrali che proteggano l'individuo dalle violazioni dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri; ad esempio, se nei singoli Stati membri persistono pratiche discriminatorie che sono già state superate a livello nazionale. Ad esempio, il catalogo costituzionale federale dei diritti fondamentali e il Tribunale federale hanno da tempo protetto le persone contro le violazioni dei diritti fondamentali da parte delle autorità cantonali. Certo, questa è solo una ragione legittima per la centralizzazione, tra le altre.

Queste osservazioni mostrano che il principio di sussidiarietà è un principio 8
complesso che può manifestarsi in modi diversi. Il riferimento letterale al "principio di sussidiarietà" nell'Articolo 5a della Costituzione federale non può

quindi determinare adeguatamente la distribuzione delle competenze nello Stato federale svizzero.

## B. Incorporazione del principio di sussidiarietà nella Costituzione federale

9 Contrariamente a quanto potrebbe suggerire il lungo radicamento del principio di sussidiarietà nella storia delle idee, l'Art. 5a Cost. sembra essere relativamente insignificante quando la disposizione viene considerata in termini di storia e prassi costituzionale. Il principio di sussidiarietà era assente dalle costituzioni federali del 1848 e del 1874, e nemmeno la revisione costituzionale del 1999 ha incluso il termine "sussidiarietà" nel testo costituzionale. Solo dopo la revisione del 2004 del sistema di perequazione finanziaria e dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NFA), l'articolo 5a è stato introdotto nella Costituzione federale e con esso il riferimento esplicito all'idea di sussidiarietà.

10 Prima di entrare nel dettaglio di questo sviluppo piuttosto recente, occorre sottolineare che lo Stato federale svizzero ha sempre seguito implicitamente la logica della sussidiarietà (cfr. Art. 3 Cost. 1848/Cost. 1874: "I Cantoni sono sovrani nella misura in cui la loro sovranità non è limitata dalla Costituzione federale, e in quanto tali esercitano diritti che non spettano al potere federale"): La "competenza generale" non è mai stata della Confederazione, che in passato, come oggi, poteva agire solo sulla base di un esplicito fondamento costituzionale (cfr. Art. 3 e Art. 43a comma 1 Cost.). Oggi, come in passato, la Confederazione può agire solo se il legislatore costituzionale, ossia la maggioranza non solo del popolo svizzero, ma anche dei Cantoni (art. 142, comma 2, in combinato disposto con l'art. 140, comma 1, let. a Cost.), lo ritiene opportuno, utile, desiderabile o simile (cfr. il 2° capitolo del 3° titolo dell'attuale Cost. e l'enumerazione delle competenze federali nella Costituzione federale del 1874). Da un punto di vista storico, lo Stato federale non serve a unire il più possibile i Cantoni, ma a preservare la loro autonomia e indipendenza, per cui al federalismo costituzionale viene attribuito un carattere 'statico-difensivo'.

11 Queste radici storiche costituzionali del principio di sussidiarietà nell'idea dell'enumerazione, ossia la denominazione esplicita e conclusiva, di tutte le competenze federali (principio dell'autorizzazione individuale limitata o concreta, cfr. Art. 3, 42 Cost.) solleva la questione della relazione tra i principi

di enumerazione e di sussidiarietà. Da una prospettiva che tiene conto della natura fondamentale del principio di sussidiarietà, questa relazione spesso non sufficientemente chiarita (si veda, ad esempio, il n. 12 qui sotto) appare come una relazione mezzo-fine: l'enumerazione delle competenze federali pone la Confederazione entro "limiti enumerati" nei confronti dei Cantoni, il che serve a garantire la sussidiarietà della Confederazione. Questo assegna chiaramente il compito di concretizzare la sussidiarietà della Confederazione nei confronti dei Cantoni attraverso le corrispondenti attribuzioni di competenze (cfr. n. 30) al legislatore costituzionale federale e quindi a un attore politico (cfr. n. 37). Inoltre, garantire la sussidiarietà della Confederazione mediante "barriere enumerate" consente di stabilire una certa certezza giuridica sulle competenze assegnate al livello sussidiario. In considerazione della grande vaghezza del principio di sussidiarietà (cfr. infra N.13 e segg., 34 e segg.), questo è prezioso in termini di Stato di diritto.

12 In considerazione della lunga tradizione costituzionale della sussidiarietà della Confederazione (sopra, n. 10), non sorprende che all'inizio della revisione totale della Costituzione federale negli anni '60 ci fosse un accordo fondamentale sulla sussidiarietà della Confederazione. Ciò che è stato contestato è la misura in cui il principio di sussidiarietà è in grado di acquisire un significato giuridico pratico. Il progetto di costituzione della Commissione di esperti sotto il Consigliere federale Furgler (1977) includeva l'idea di sussidiarietà nell'articolo 53, paragrafo 1, ma senza menzionare esplicitamente il concetto di sussidiarietà. Lo studio modello "Come potrebbe essere una nuova Costituzione federale" del Dipartimento federale di giustizia e polizia (1985) conteneva una disposizione simile nell'articolo 55 (vedere anche l'articolo 54, paragrafi 2-3). Infine, il progetto preliminare (1995) voleva ancorare l'idea di sussidiarietà federale almeno indirettamente nell'articolo 32, paragrafo 1 ("I Cantoni sono responsabili di tutti i compiti che non sono assegnati alla Confederazione dalla Costituzione federale"). Tuttavia, la Conferenza dei Governi Cantonali (KdK) ha chiesto che il principio di sussidiarietà fosse esplicitamente scritto: Il KdK ha chiesto che la Confederazione "intervenga nel diritto dei Cantoni di far rispettare... solo se ciò è inevitabile". Di conseguenza, il progetto di Costituzione del 1996 ha menzionato per la prima volta l'idea di sussidiarietà (articolo 34, paragrafo 3: "La Confederazione osserva il principio di sussidiarietà"). Questa disposizione era intesa a prendere in considerazione le preoccupazioni dei governi cantonali "nella misura più ampia possibile".

13 È interessante notare, tuttavia, che la menzione esplicita del principio di sussidiarietà è stata poi eliminata nel Consiglio degli Stati, ossia dai deputati cantonali. Il rifiuto da parte del Consiglio degli Stati del progetto di Art. 34 comma 3, che menziona esplicitamente la sussidiarietà, viene solitamente attribuito ai voti di Rhinow, che all'epoca era membro del Consiglio degli Stati. Rhinow, membro del Consiglio degli Stati (e professore di diritto costituzionale e amministrativo), ha messo in guardia contro l'inclusione di nuovi termini poco chiari e ambigui nel testo costituzionale e ritiene che l'idea e la filosofia della sussidiarietà siano troppo poco chiare e vaghe per dedicare una disposizione costituzionale al principio di sussidiarietà. Il Consiglio Nazionale ha ceduto solo nella Commissione di unificazione. Il risultato è stata la disposizione secondo la quale la Confederazione "assume solo i compiti che richiedono una regolamentazione uniforme" (Art. 42 comma 2 Cost. 1999).

14 Secondo Rhinow, il Consiglio degli Stati ha "ampliato" il principio di sussidiarietà nella formulazione appena citata. Alla luce della complessa e variegata storia delle idee del concetto di sussidiarietà, da un lato, e del breve Art. 42 comma 2 Cost. 1999, dall'altro, questa sembra essere un'esagerazione; la disposizione è stata poi anche criticata per essere fuorviante. Solo pochi anni dopo, in occasione della riorganizzazione della perequazione finanziaria e della divisione dei compiti tra la Confederazione e i Cantoni, è stato già integrato nuovamente, vale a dire che la Confederazione non si occupa solo dei compiti che richiedono una regolamentazione uniforme, ma anche di (altri) compiti che superano il potere dei Cantoni. L'attuale Art. 43a comma 1 Cost. recita: "La Confederazione assume solo i compiti che eccedono le competenze dei Cantoni o che richiedono una regolamentazione uniforme da parte della Confederazione".

15 Oltre a varie disposizioni sul rapporto tra la Confederazione e i Cantoni, la revisione costituzionale dell'ANF così affrontata comprendeva anche l'attuale "articolo sulla sussidiarietà" (Art. 5a Cost., secondo il messaggio ancora Art. 3a) e quindi la decisione di includere il principio di sussidiarietà come "massima di politica statale" nella Costituzione federale. A differenza del 1999, nel 2004 il Consiglio degli Stati era ampiamente d'accordo sull'ancoraggio esplicito del principio di sussidiarietà nel testo costituzionale. L'unico punto di contesa era la collocazione dell'attuale Art. 5a nel sistema costituzionale. La maggioranza della Commissione consultiva ha votato per includere il principio di

sussidiarietà nelle Disposizioni generali all'inizio del testo costituzionale, in modo che si applichi in linea di principio a tutti e tre i livelli di governo. La minoranza, tuttavia, ha lamentato che il principio di sussidiarietà dovrebbe essere correttamente incluso nell'articolo 42, paragrafo 2, perché regola solo il rapporto tra la Confederazione e i Cantoni, ma non il rapporto tra un Cantone e i suoi Comuni, che è caratterizzato dall'autonomia comunale ai sensi del diritto cantonale (si veda il successivo n. 26).

Anche nel Consiglio Nazionale, durante le deliberazioni sull'ANF, era 16
indiscusso che un articolo sulla sussidiarietà dovesse essere incluso nel testo costituzionale. Come nel Consiglio di Stato, il dibattito si è incentrato sulla collocazione della disposizione. La commissione che preparò il rapporto voleva inserire il principio di sussidiarietà nell'Art. 43a, ma la maggioranza del Consiglio Nazionale seguì quella del Consiglio degli Stati (e la minoranza della commissione del Consiglio stesso), il che significava che l'Art. 5a Cost., che è rimasto invariato da allora, era un affare fatto - soggetto al referendum costituzionale obbligatorio. In conformità con l'appartenenza sistematica dell'Art. 5a alle Disposizioni generali del Cost., il principio di sussidiarietà deve ora essere considerato (a differenza del precedente Art. 42, paragrafo 2, del Cost.) come una regola generale dell'organizzazione statale che riguarda tutti e tre i livelli dello Stato (si veda a questo proposito il n. 26 e seguenti).

## III. CONTESTO

L'articolo sulla sussidiarietà della Costituzione federale appartiene all'ordine 17
costituzionale del federalismo. Ciò si evince dal fatto che l'Art. 5a della Costituzione federale è stato inserito nella Costituzione in occasione della riforma del federalismo (si veda il precedente punto II.B.). In particolare, tuttavia, l'Art. 43a comma 1 Cost. "Principi per l'assegnazione e l'adempimento dei compiti dello Stato" illumina il significato dell'Art. 5a Cost. (almeno un po'): Secondo l'Art. 43a comma 1 Cost., la Confederazione "assume solo i compiti che eccedono le competenze dei Cantoni o che richiedono una regolamentazione uniforme da parte della Confederazione". È questa disposizione - una sorta di cerniera tra i principi di sussidiarietà e di enumerazione (cfr. n. 11 sopra) - che chiarisce in primo luogo ciò che l'Art. 5a Cost. intende effettivamente con "il principio di sussidiarietà deve essere rispettato" quando i compiti vengono assegnati e svolti nello Stato federale. Tuttavia, al contrario, l'Art. 5a Cost. illumina anche l'Art. 43a Cost., in

particolare nella misura in cui alcuni limiti per l'Art. 43a Cost. derivano dalla preferenza del principio di sussidiarietà a favore del livello decentralizzato di regolamentazione: La Confederazione non può agire solo perché ritiene che vi sia la necessità di una regolamentazione uniforme, né si può concludere automaticamente dalla necessità di una regolamentazione uniforme che la regolamentazione federale debba essere imposta ai Cantoni. Queste due considerazioni permettono di contestualizzare ulteriormente l'Art. 5a Cost.

18 La prima idea, secondo la quale la Confederazione non può agire solo perché ritiene che sia necessaria una competenza federale, porta all'articolo 3 Cost., secondo il quale i Cantoni sono sovrani nella misura in cui la loro sovranità non è limitata dalla Costituzione federale. La seconda parte di questa disposizione afferma che l'azione federale deve sempre basarsi su una norma costituzionale di competenza (cfr. II.B. sopra con riferimento alla letteratura). Il principio dell'autorizzazione individuale si applica alla Confederazione: Ciascuna delle sue competenze deve essergli stata trasferita individualmente nella Costituzione. Ciò significa anche che ogni competenza federale non si basa solo su un voto popolare, ma anche sulla maggioranza dei Cantoni e non solo sulla volontà degli organi federali. Al contrario, i Cantoni sono responsabili in linea di principio - cioè anche senza una corrispondente disposizione costituzionale - a meno che una competenza non sia stata trasferita esclusivamente alla Confederazione. A volte si parla di competenza generale "sussidiaria" dei Cantoni. Tuttavia, questa espressione è fuorviante, in quanto la Confederazione è sussidiaria. È la Confederazione che "fa le veci" dei Cantoni (cfr. le radici storiche del termine sopra, n. 2 e segg.) se ciò appare necessario o almeno sensato in un ambito di azione statale, non viceversa. Sarebbe quindi corretto parlare di una competenza generale residua dei Cantoni, come nella letteratura francofona sul diritto costituzionale svizzero.

19 Va inoltre notato che, anche se la sovranità normativa spetta alla Confederazione, si applica il principio del federalismo esecutivo o attuativo: di norma, i Cantoni attuano il diritto federale, per cui mantengono una certa influenza che consente loro di tenere conto delle peculiarità cantonali (art. 46, comma 1 Cost.). Il concetto di sussidiarietà incoraggia inoltre la Confederazione a rispettare le particolarità cantonali e il maggior margine di manovra cantonale possibile (art. 46, comma 3 Cost.). Tuttavia, la Confederazione deve garantire che i Cantoni rispettino (uniformemente) il diritto federale, che ha la priorità (Art. 49 comma 1 Cost.) (Art. 49 comma 2

Cost.). La tensione tra diversità e unità che il principio di sussidiarietà cerca di superare è qui chiaramente evidente.

Per quanto riguarda la seconda considerazione menzionata al n. 17, secondo la 20
quale la Confederazione non può agire solo perché una questione richiede una regolamentazione uniforme, occorre notare quanto segue: In linea di principio, i Cantoni possono coordinarsi tra loro in modo indipendente, anche se non sempre agevole, se c'è bisogno di una regolamentazione uniforme. In linea di principio, la Confederazione non è necessaria per questo: Art. 48 f. Cost. prevedono esplicitamente accordi intercantonali. Ad esempio, il concordato sulle misure contro la violenza durante gli eventi sportivi ("Concordato Hooligan") è ben noto al grande pubblico. Correlato al coordinamento intercantonale attraverso tali accordi è lo strumento delle competenze federali (sospensivamente) condizionate e, in questo senso, sussidiarie, ossia competenze legislative alle quali il Governo federale ha diritto solo a condizione temporale e fattuale: temporalmente solo quando i Cantoni non hanno agito (con successo); fattualmente solo nella misura in cui i Cantoni non hanno agito (o hanno fallito). L'articolo 62, paragrafo 4, della Costituzione federale sull'armonizzazione del sistema scolastico è esemplificativo (si veda anche l'articolo 63, paragrafo 5, della Costituzione federale sul coordinamento dell'istruzione superiore). La Confederazione si assume questo compito di armonizzazione solo a condizione che i Cantoni non raggiungano alcuna armonizzazione o solo un'armonizzazione parziale.

Infine, per quanto riguarda l'Art. 43a comma 1 Cost., occorre chiarire, alla luce 21
della sua formulazione, che un compito non eccede il "potere dei Cantoni" solo perché la Confederazione potrebbe svolgerlo in modo più efficiente dal punto di vista economico. Il primo argomento contro un criterio di efficienza comparativa è che questo contraddirebbe lo spirito del principio di sussidiarietà: i criteri di efficienza minacciano di promuovere la centralizzazione piuttosto che di frenarla. Come dimostra l'inefficace principio di sussidiarietà del diritto dell'UE, questo non dovrebbe sorprendere, soprattutto quando il livello normativo centrale è autorizzato a confrontare l'efficienza di una regolamentazione centralizzata e di una decentralizzata. Il pensiero dell'efficienza comparativa è contrario ai valori del pluralismo e dell'autodeterminazione. Sono serviti dal principio di sussidiarietà (cfr. II.A. sopra). Se questi valori vengono sottovalutati, ciò può distruggere anche i presunti guadagni di efficienza delle fasi di

centralizzazione: le fasi di centralizzazione "imposte" rischiano di fallire regolarmente a causa della loro mancanza di accettazione sociale.

22 Il principio di sussidiarietà non può essere applicato meccanicamente. Proprio come il federalismo include forme di cooperazione 'cooperativa' tra i livelli di governo basate sulla buona volontà e sul partenariato, anche la sussidiarietà 'vissuta' gioca un ruolo non trascurabile nello Stato federale. Ne sono un esempio le competenze federali che il Governo federale non esercita, esercita solo parzialmente o solo con un certo ritardo. Inoltre, una (moderata) "ricantonalizzazione", ossia un rafforzamento delle competenze cantonali, è in linea di principio sempre possibile, come è accaduto anche quando l'Art. 5a Cost. è stato inserito nella Costituzione. Al contrario, il passato ha dimostrato che i Cantoni a volte amano lasciare al Governo federale le decisioni che altrimenti dovrebbero prendere. L'oscillazione risultante tra centralizzazione e decentralizzazione aiuta a trovare soluzioni ampiamente accettate; in questo senso, la sussidiarietà è anche un meccanismo di mediazione. Il rovescio della medaglia è rappresentato, ad esempio, da responsabilità poco chiare, da un mosaico normativo e dalla mancanza di capacità di agire quando il tempo è fondamentale.

23 Una considerazione conclusiva sul contesto dell'Art. 5a Cost. deve infine chiedersi se l'idea di sussidiarietà in quanto tale - l'Art. 5a Cost. dovrebbe al massimo avere un effetto analogo - possa e non debba guidare anche le relazioni estere della Svizzera. La Svizzera si è data una costituzione "nel tentativo di... rafforzare la libertà e la democrazia, l'indipendenza e la pace nella solidarietà e nell'apertura verso il mondo". Anche in questo caso, emerge la tensione tra la sovranità o l'autonomia e l'integrazione in strutture centrali o sovraordinate, per cui si deve discutere (politicamente) a quali condizioni la Svizzera debba essere coinvolta e integrata a livello internazionale e in che misura. Le idee di base del principio di sussidiarietà possono probabilmente essere applicate anche a questo problema. In effetti, la Svizzera è stata una forza trainante quando si è trattato di ancorare il principio di sussidiarietà nella CEDU (si veda il precedente n. 6). Se ci si rende conto che il principio di sussidiarietà ai sensi della Convenzione regola principalmente il rapporto tra il tribunale internazionale e gli Stati in quanto commonwealth politicamente autogovernati, questo non può certo sorprendere. La tradizione costituzionale svizzera assegna un ruolo relativamente forte alla democrazia politica rispetto al controllo della Corte costituzionale. La discussione sulla sussidiarietà del

livello europeo del sistema di convenzioni suggerisce quindi quanto segue: In particolare, gli Stati che tradizionalmente attribuiscono grande importanza al processo democratico, per il momento insisteranno nel concedere solo un ruolo decisamente sussidiario - subordinato agli Stati membri - alle organizzazioni internazionali a cui aderiscono. Infatti, la legittimità democratica dei sistemi giuridici internazionali e il controllo politico su di essi continueranno a derivare principalmente dagli Stati, a causa della mancanza di una democrazia sovranazionale sviluppata.

La domanda è cosa significhi questo per il rapporto della Svizzera con 24
l'Unione Europea. In ogni caso, si sta intensificando la discussione sull'appropriata distribuzione delle competenze in relazione al rapporto con un sistema giuridico che si considera non tanto inter- quanto sovra-nazionale e la cui legge rivendica il primato di applicazione rispetto alla legge nazionale. La Brexit del Regno Unito e lo scetticismo della Svizzera nei confronti dell'UE indicano che gli Stati con una forte tradizione di supremazia parlamentare o di democrazia popolare (indiretta) attribuiscono particolare importanza a una sussidiarietà dell'UE pronunciata ed efficace. D'altra parte, bisogna tenere conto di quanto segue: L'attuale fase di sviluppo dell'UE la rende un'organizzazione sui generis, alla quale la logica della sussidiarietà, che sembra appropriata per altre organizzazioni intergovernative, non può presumibilmente essere applicata in modo significativo. È improbabile che i meccanismi conosciuti dal diritto costituzionale degli Stati federali per la conservazione della sussidiarietà federale siano adatti anche all'UE, a causa della sua mancanza di carattere federale. Questo dimostra ancora una volta che il principio di sussidiarietà può assumere forme diverse in contesti diversi ed è altamente suscettibile di cambiamenti. Per questo motivo, è difficilmente ipotizzabile che l'inclusione del principio di sussidiarietà nelle future disposizioni dei trattati sulle relazioni bilaterali Svizzera-Europa sia in grado di rompere il nodo gordiano delle 'linee rosse' nazionali ed europee: a causa della sua grande indeterminatezza, è probabile che entrambe le parti siano caute nell'accantonare punti controversi facendo riferimento al principio di sussidiarietà. Tuttavia, la Svizzera potrebbe utilizzare l'idea di sussidiarietà interna per strutturare la discussione interna sul rapporto con l'UE. Il principio di sussidiarietà potrebbe aiutare a interpretare gli argomenti centrali a favore e contro un'ulteriore integrazione nelle strutture sovranazionali del progetto europeo.

# IV. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Ambito di applicazione

25 Secondo la sua formulazione, l'ambito di applicazione dell'Art. 5a Cost. è limitato ai compiti statali. Copre l'esecuzione dei compiti dello Stato in tutte le fasi della creazione e dell'attuazione delle leggi. Anche gli "Affari esteri" (art. 54 e segg. Cost.) sono coperti, poiché la Confederazione e i Cantoni devono collaborare anche in questo ambito (cfr. art. 55 Cost.) e rispettare le rispettive competenze e interessi (cfr. in particolare l'art. 56, par. 1-2 Cost.).

26 Come parte delle Disposizioni generali della Costituzione federale, l'Art. 5a Cost. si rivolge a tutti e tre i livelli di governo. Almeno in linea di principio, riguarda anche i Comuni o il rapporto dei Cantoni con essi. L'argomentazione secondo cui le relazioni tra un Cantone e i suoi Comuni non possono rientrare nel principio costituzionale federale di sussidiarietà, in quanto sono modellate dall'autonomia comunale ai sensi del diritto cantonale (si veda sopra il n. 15 in fine) non è del tutto conclusiva. La Costituzione federale (art. 50, comma 1) garantisce l'autonomia comunale come diritto costituzionale giustiziabile, il cui significato e scopo presuppone una struttura statale tripartita e quindi l'esistenza dei Comuni, anche se non chiarisce completamente la questione se un Cantone possa rinunciare completamente al livello comunale. Certo, i Comuni godono "solo" dell'autonomia secondo il diritto cantonale, ma sono comunque riconosciuti come un livello dello Stato con competenze proprie (ma non individualmente nella loro esistenza) in virtù del diritto federale o, a mio avviso, addirittura protetti secondo la visione più convincente. Questa protezione è al servizio di una preoccupazione, la democrazia comunitaria, la pratica della democrazia più vicina al cittadino nello Stato federale tripartito, che è in linea con la logica generale dell'idea di sussidiarietà. Di conseguenza, si deve seguire l'opinione secondo cui l'Art. 50 comma 1 della Costituzione federale (anche) attua il principio di sussidiarietà. Ciò non nega il fatto che spetti alla legge cantonale determinare la portata dell'autonomia comunale. La panoramica del diritto cantonale in Bellanger lo conferma: I principi di sussidiarietà delle costituzioni cantonali coincidono in larga misura con l'interpretazione dell'Art. 5a Cost. in questo contesto, per cui ne consegue un obbligo politico di giustificare le estensioni di competenza cantonali (cfr. infra, n. 35).

L'individuo e la società non sono trattati dall'Art. 5a Cost.. Il principio di sussidiarietà di cui all'Art. 5a Cost. è applicabile solo all'azione statale (vedere sopra N. 25 f.). A differenza del principio di sussidiarietà che riguarda i livelli statali (e sovranazionali) di regolamentazione, a volte si parla di un principio di sussidiarietà 'socio-politico', che si riferisce alla relazione dell'individuo e della società civile con lo Stato e prevede che lo Stato intervenga solo se gli sforzi della società civile sono insufficienti. Se si fa riferimento agli articoli 6 e 41 comma 1 della Costituzione federale, che sottolineano la responsabilità di ogni persona per se stessa e il suo contributo allo Stato e alla società, l'ancoraggio giuridico di questo principio socio-politico di sussidiarietà è facilmente riconoscibile. Tuttavia, nominare altre disposizioni, come le pari opportunità (art. 2, comma 3, Cost.), come aspetti di un principio costituzionale di sussidiarietà, rischia di esagerare. Se si assume (e questo dovrebbe essere indiscutibile) che lo Stato debba in ultima analisi servire sempre l'individuo, ogni azione statale deve essere radicata in una "necessità di aiutare" gli individui ampiamente intesa. Quindi, praticamente ogni disposizione costituzionale può essere collocata nel contesto dell'idea di sussidiarietà, compresi i diritti fondamentali come principi dello Stato costituzionale liberale che limitano lo Stato a favore dell'iniziativa individuale. Questo ci ricorda che l'idea di sussidiarietà si basa su una concezione della struttura di base della realtà sociale (vedi sopra n. 3). Tuttavia, il beneficio normativo di un uso eccessivo del concetto di sussidiarietà per tutti i tipi di accordi costituzionali è probabilmente ridotto, se non negativo. 27

D'altra parte, il principio di sussidiarietà è pertinente alla questione se e, in caso affermativo, entro quale quadro lo Stato debba diventare attivo in un settore in futuro: Designa, almeno in linea di principio, il livello di governo responsabile di valutare e decidere se l'azione pubblica è necessaria. Tuttavia, ciò non deve essere inteso come una preferenza del principio di sussidiarietà sancito dall'Art. 5a Cost. per la promozione dell'autoregolamentazione privata, la delega di compiti statali a soggetti privati o strategie simili di ritiro da parte dello Stato: L'Art. 5a Cost. non si esprime a questo proposito (ma cfr. l'Art. 6 Cost., su questo punto sopra al n. 27, e, per quanto riguarda l'economia, l'Art. 94 Cost. con la sua decisione fondamentale a favore di un ordine di mercato libero, privato e orientato alla concorrenza). 28

## B. Scopo e funzionamento

29 Il principio di sussidiarietà in generale e nell'Articolo 5a Cost. è al servizio dell'autodeterminazione e del pluralismo (cfr. n. 3 e seguenti). Nello Stato costituzionale svizzero, mira quindi a proteggere la democrazia decentralizzata e quindi la libertà politica e la vicinanza ai cittadini, la diversità culturale, linguistica ed etnica, nonché la (concomitante) concorrenza di diverse sedi economiche, sistemi fiscali, ecc.

30 A tal fine, l'Articolo 5a Cost. stabilisce innanzitutto una regola per la distribuzione delle competenze, che serve ad assegnare i compiti ai livelli dello Stato. Certo, l'Art. 5a, come l'Art. 43a Cost., è stato redatto in modo troppo aperto per poter "mettere a punto" la distribuzione dei compiti nello Stato federale (vedi sotto n. 34 e seguenti).

31 Contrariamente alle radici concettuali della sussidiarietà (vedi sopra n. 2), l'Art. 5a Cost. non prevede un dovere (ausiliario) della Confederazione di assumere compiti dai Cantoni (vedi sotto n. 36). Oltre alla questione di "se" una competenza federale sia appropriata, l'Art. 5a Cost. riguarda anche la questione di "come" una competenza federale debba essere strutturata ed esercitata. La disposizione è quindi anche una regola per l'esercizio delle competenze che guida la discrezionalità e deve essere osservata nell'adempimento dei compiti. In particolare, il principio di sussidiarietà richiede che la Confederazione o i suoi organi esercitino le proprie competenze con la massima parsimonia possibile: Le competenze federali esclusive devono essere evitate se la Confederazione può svolgere un compito in modo competitivo o parallelo alle competenze cantonali o se è sufficiente una competenza federale di base. Tuttavia, l'Art. 5a, anche in combinazione con l'Art. 43a Cost., non è abbastanza specifico da funzionare come una barriera "dura" (simile a un divieto) all'esercizio delle competenze (cfr. infra, n. 34 e seguenti).

32 Infine, è importante notare cosa non è l'Art. 5a Cost. Il principio di sussidiarietà non è una regola di interpretazione indipendente che scavalca gli elementi tradizionali dell'interpretazione costituzionale e generalmente richiederebbe un'interpretazione restrittiva delle competenze federali. Tuttavia, il concetto di sussidiarietà, come conseguenza della struttura federale dello Stato svizzero, deve essere preso in considerazione nel determinare la portata delle competenze federali. Se una norma sulle

competenze può essere interpretata in modi diversi, può essere consigliabile dare la preferenza all'interpretazione che meglio soddisfa l'Art. 5a della Costituzione federale. In generale, l'Art. 5a Cost. deve essere preso in considerazione come parte del contesto generale della Costituzione federale quando si stabilisce una concordanza pratica all'interno delle disposizioni costituzionali.

Va notato che il principio di sussidiarietà riguarda sia il livello sussidiario che quello primario: In Svizzera, è (tanto) responsabilità dei Cantoni (e dei Comuni) quanto della Confederazione (e dei Cantoni) impedire la centralizzazione. L'idea di sussidiarietà può avere successo solo se funziona secondo una logica sia negativa (inibitoria) che positiva (potenziante). 33

## C. Contenuto normativo

Il principio di sussidiarietà di cui all'Art. 5a della Costituzione federale non è solo un principio programmatico. L'Art. 5a Cost. stabilisce un principio giuridico, anche se aperto in termini di contenuto, che è altamente aperto all'interpretazione e che le autorità politiche devono precisare (vedi sotto n. 35 e seguenti). Questo non è stato quasi mai fatto fino ad oggi; in particolare, l'Art. 43a Cost., che concretizza l'Art. 5a Cost., è di per sé troppo aperto per poter fornire questo servizio in modo adeguato. Le questioni di quando una questione richiede una regolamentazione uniforme da parte della Confederazione o quando il potere dei Cantoni non è sufficiente per adempiere a un compito statale in modo soddisfacente sono questioni di valore che, in ultima analisi, possono trovare risposta solo a livello politico. Pertanto, è difficile aspettarsi una concretizzazione giuridica generale del principio di sussidiarietà dell'Art. 5a Cost. in futuro. 34

Proprio per questo motivo, probabilmente c'è accordo sul fatto che il principio di sussidiarietà sia un principio procedurale o istituzionale: Non impone alcun requisito sostanziale, ma pone gli organi a cui si rivolge - in primo luogo il legislatore federale e gli organi costituzionali e legislativi cantonali (cfr. n. 26 sopra) - sotto un maggiore "obbligo di giustificare e motivare". Il suo significato principale risiede quindi nel fatto che le proposte alle autorità che rientrano nell'ambito di applicazione dell'Art. 5a Cost. (cfr. sopra N. 25 f.) richiedono una speciale giustificazione politica. Inoltre, le decisioni di centralizzare un compito o il suo adempimento devono essere esaminate periodicamente per verificarne la continua giustificazione. 35

36 Il legislatore costituzionale federale, il popolo e i Cantoni, non sono vincolati dall'Articolo 5a della Costituzione federale in un senso che renderebbe questa disposizione un ostacolo agli emendamenti costituzionali consentiti. Ciononostante, il costituente fa bene a prendere in considerazione il principio di sussidiarietà come una 'massima politica dello Stato', quando si sforza di ottenere un ordine costituzionale complessivo coerente che rispetti allo stesso modo i vari principi strutturali dell'ordine costituzionale. La maggioranza dei Cantoni richiesta per le modifiche costituzionali (Art. 140 comma 1 let. a e Art. 142 comma 2 Cost.) impedisce anche di creare ulteriori competenze federali contro la volontà della maggioranza dei Cantoni e quindi di compiere passi verso la centralizzazione.

37 Nei singoli casi, l'applicazione dell'Art. 5a Cost. è una questione politica (cfr. infra, n. 38). Il destinatario principale è il legislatore federale, che deve trasferire le competenze costituzionali federali nel diritto federale in modo da non invadere le competenze cantonali. Tuttavia, è libero di farlo solo nella misura in cui la Costituzione gli impone di esercitare e modellare le competenze federali (ad esempio, nel caso di competenze legislative federali di base o di competenze federali concorrenti). Per il legislatore federale subordinato al legislatore federale, lo stesso vale in linea di principio. Per il legislatore costituzionale federale, l'Art. 5a Cost. non può rappresentare più di una sorta di dichiarazione politica: Come qualsiasi disposizione costituzionale, dal punto di vista del legislatore costituzionale, l'Art. 5a Cost. agisce semplicemente come un obbligo auto-vincolante (vedi sopra n. 26). A livello cantonale, molte autorità sono già tenute, in base alla legge cantonale, a rispettare il principio di sussidiarietà. Molte costituzioni cantonali hanno un articolo sulla sussidiarietà (vedi sopra n. 26), oppure riconoscono implicitamente l'idea centrale della sussidiarietà. In assenza di una disposizione corrispondente, questo silenzio deve essere inteso come un riferimento all'Art. 5a Cost.. Di conseguenza, ogni Cantone deve basare le sue relazioni con i Comuni sul principio di sussidiarietà.

## D. Mancanza di giustiziabilità

38 Il principio di sussidiarietà dell'Art. 5a Cost. è generalmente considerato non giustiziabile. Il suo contenuto è troppo vago per prestarsi a una valutazione giudiziaria. I tribunali non possono controllare la sua osservanza da parte delle autorità federali; l'Art. 5a Cost. non conferisce alcun diritto applicabile.

Ciò è in linea con la decisione di politica costituzionale generale della Svizzera a favore della supremazia parlamentare. Anche se si seguissero le isolate opinioni dottrinali a favore della giustiziabilità dell'Art. 5a Cost., l'Art. 190 Cost. precluderebbe il controllo della Corte costituzionale sul legislatore federale; anche al Tribunale federale è vietato non applicare le leggi federali se, a suo giudizio, sono incostituzionali ("requisito di applicazione"). Almeno, l'Art. 190 della Costituzione federale consente al Tribunale federale di rivedere le leggi federali per verificarne la costituzionalità senza conseguenze legali (nessun "divieto di revisione"). Anche alla domanda se il Tribunale federale possa trovare una violazione del principio di sussidiarietà in risposta a un reclamo di autonomia da parte di un Comune, si deve rispondere negativamente. L'Art. 5a Cost. può essere inteso come il fondamento programmatico dell'autonomia comunale dell'Art. 50 comma 1 Cost., ma la giustiziabilità del principio di sussidiarietà non deriva dalla combinazione di queste due disposizioni; la concretizzazione dell'autonomia comunale sotto la guida della sussidiarietà come massima politica statale rimane responsabilità politica dei Cantoni. Il Tribunale federale potrebbe quindi al massimo fare un appello morale ai leader politici affinché tengano sufficientemente conto del principio di sussidiarietà dell'Articolo 5a della Costituzione federale. Alla luce di quanto sopra, non sorprende che l'Art. 5a della Costituzione federale non sia stato quasi mai preso in considerazione nella prassi del Tribunale federale.

Per il momento, l'applicazione del principio di sussidiarietà rimane una questione politica. Almeno le scienze possono assisterli. 39

*L'autore*

*Reto Walther, Dr. iur., giurista, Ufficio federale di giustizia, ha pubblicato e insegnato in diritto costituzionale, amministrativo e internazionale. Attualmente, sta lavorando sulla base della sua tesi al progetto di libro «Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights» per Oxford University Press.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 475 ff.

Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014.

Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity (Nomos LV), New York 2014.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169 ff.

Millon-Delsol Chantal, L'État subsidiaire – Ingérence et non-ingérence de l'Etat: Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, Paris 1992.

Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 49 ff.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984-II), S. 433 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Abderhalden Ursula, Die Geschichte des schweizerischen Bundesstaates, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 5 ff.

Aroney Nicholas, Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 9 ff.

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, S. 3 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Bates Ed, Activism and Self-Restraint: the Margin of Appreciation's Strasbourg Career... Its "Coming of Age"?, Human Rights Law Journal 36 (2016), S. 261 ff.

Baumgartner Alois, «Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär»: Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität, in: Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 13 ff.

Bellanger François, Communes et villes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 753 ff. (zit. Communes).

Bellanger François, Kommentar zu Art. 5a, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Belser Eva Maria, Kommentar zu Art. 2, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Besson Samantha, The Authority of International Law – Lifting the State Veil, Sydney Law Review 31 (2009), S. 343 ff.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 43a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 5a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: von Bogdandy Armin/Grabenwarter Christoph/Huber Peter M. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, S. 573 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV Kommentar).

Bigler-Eggenberger Margrith/Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 41, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Boadway Robin/Shah Anwar, Fiscal Federalism: Principles and Practice of Multiorder Governance, Cambridge 2009.

Broude Tomer/Shany Yuval, Introduction, in: Broude Tomer/Shany Yuval (Hrsg.), The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity, Oxford 2008, S. 1 ff.

Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

Cahill Maria, Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach, International Journal of Constitutional Law 15 (2017), S. 201 ff.

Cass Deborah Z., The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community, Common Market Law Review 29 (1992), S. 1107 ff.

Chaplin Jonathan, Subsidiarity and Social Pluralism, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 65 ff.

Craig Paul, Subsidiarity: A Political and Legal Analysis, Journal of Common Market Studies 50 (2012), S. 72 ff.

Droege Michael, Subsidiarität (J.), in: Heun Werner et al. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon: Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 2415–2422.

Egli Patricia, Kommentar zu Art. 46, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Kommentar zu Art. 62, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna et al. (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 31 ff.

Ehrenzeller Bernhard/Sahlfeld Konrad, Kommentar zu Art. 63a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1994, S. 9 ff.

Fabbrini Federico/Granat Katarzyna, "Yellow Card, but no Foul": The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission

Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, Common Market Law Review 50 (2013), S. 115 ff.

Feichtner Isabel, Subsidiarity: in Peters Anne/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, zuletzt aktualisiert: Oktober 2007, Oxford, <www.mpepil.com>, besucht am 22. August 2022

Finnis John, Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, Oxford 1998.

Fleiner Thomas/Misic Alexander, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 429 ff.

Føllesdal Andreas, Survey Article: Subsidiarity, Journal of Political Philosophy 6 (1998), S. 190 ff. (zit. Subsidiarity).

Føllesdal Andreas, Competing Conceptions of Subsidiarity, in: Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity, Nomos LV, New York 2014, S. 214 ff. (zit. Competing Conceptions).

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2021.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 88 (1969-II), S. 549 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Hüglin Thomas O., Föderalismus und Subsidiarität, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 325 ff.

Isensee Josef, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 129 ff.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, S. 774 ff.

Kägi-Diener Regula, Kommentar zu Art. 50, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Knapp Blaise, Die Aktualität des Föderalismus und die Notwendigkeit seiner Modernisierung, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, S. 79 ff.

Koller Heinrich, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St. Gallen/Lachen 1998, S. 675 ff.

Konferenz der Kantonsregierungen, Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997.

Lambrecht Sarah, Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?, European Public Law 2015 (21), S. 257 ff.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011.

Madsen Mikael Rask, Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?, Journal of International Dispute Settlement 9 (2018), S. 199 ff.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 56, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Mastronardi Philippe, Kommentar zu Art. 7, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel: Eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, Diss. St. Gallen 2010 (zit. Gemeindeautonomie).

Meyer Kilian, Kommentar zu Art. 50, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Milner David, Protocols No. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform: A Long and Winding Road, ZEuS 17 (2014), S. 19 ff.

Moens Gabriël A./Trone John, Subsidiarity as Judicial and Legislative Review Principles in the European Union, in: Evans/Zimmermann (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht 2014.

Morell Reto/Vallender Klaus A., Kommentar zu Art. 74, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Müller Jörg Paul, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1167 ff.

Neier Christina et al., Back to Beginnings: Revisiting the Preambles of European Treaties, Swiss Review of International and European Law 31 (2021), S. 687 ff.

Papaux Alain/Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 2, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Papst Pius XI, Quadragesimo Anno: Enzyklika über die Wiederherstellung der gesellschaftlichen Ordnung, 15. Mai 1931.

Rhinow René A., Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Richli Paul, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 117 (1998-II), S. 139 ff. (zit. Zweck).

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR (2007), S. 47 ff. (zit. Gehalt).

Saladin Peter, Kommentar zu Art. 3, in: Aubert Jean-Françcois et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987.

Schütze Robert, EU Competences: Existence and Exercise, in: Chalmers Damian/Arnull Anthony (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015.

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 3, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff. (zit. Verteilung).

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 43a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 5a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Seiler Hansjörg, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 491 ff.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Diss. Fribourg 1951.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsföderalismus als zeitgemässe Fortentwicklung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 202 ff.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 56 ff. (zit. Stellung).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas et al. (Hrsg.), BV – CF 2000 Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149 ff. (zit. Subsidiaritätsprinzip).

Thévenaz Alain, Kommentar zu Art. 50, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Vest Hans, Kommentar zu Art. 123, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Voyame Joseph, Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons, in: Müller Georg et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 121 ff.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 151 ff.

Waldmann Bernhard/Borter Emanuel, Kommentar zu Art. 46, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Walther Reto, Subsidiarity: The ECHR Between Law and Politics, Diss., Zürich 2022.

Wiederkehr René/Mächler August, Kommentar zu Art. 135, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Würtenberger Thomas, Subsidiarität als verfassungsrechtliches Auslegungsprinzip, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 199 ff.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 6 Cost.

Un commentario di Johan Rochel

CITAZIONE SUGGERITA

Johan Rochel, Kommentierung zu Art. 6 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Breve citazione: OK-Rochel, art. 6 FC N. XXX.

**Art. 6 Responsabilità individuale e sociale**

Ognuno assume le proprie responsabilità e contribuisce secondo le proprie forze alla realizzazione dei compiti dello Stato e della Società.

# STRUTTURA

I. Introduzione ..... 75
II. La genesi ..... 76
III. Commento vero e proprio ..... 79
A. Funzioni e ambito giuridico ..... 80
1. Tre funzioni ..... 80
2. Ambito di applicazione giuridico ..... 82
3. La giurisprudenza ..... 83
B. Prima componente: la responsabilità individuale ..... 84
1. La definizione di libertà ..... 85
2. Le competenze necessarie per esercitare la libertà ..... 87
3. Rapporto con il principio di sussidiarietà ..... 88
4. Il caso specifico dell'assicurazione ..... 90
C. Seconda componente: la responsabilità sociale ..... 91
1. Aree di contributo derivanti dalla responsabilità sociale ..... 91
2. La distinzione tra Stato e società ..... 93
3. Secondo i suoi punti di forza ..... 95
IV. Conclusione ..... 96
Letture consigliate ..... 97
Bibliografia ..... 99

# I. INTRODUZIONE

L'articolo 6 della Costituzione federale (Cost.) si trova nelle disposizioni generali della Costituzione (Titolo 1). Precede immediatamente il Titolo 2, che tratta dei diritti fondamentali, della cittadinanza e degli obiettivi sociali. 1

L'articolo 6 Cost. è considerato dalla maggior parte degli studiosi di diritto un articolo programmatico. Fornisce informazioni su una dimensione importante del concetto di individuo (Menschenbild) che sta alla base del testo costituzionale. Per quanto riguarda la giurisprudenza, il Tribunale federale e il Tribunale amministrativo federale fanno sporadicamente riferimento all'articolo 6 della Costituzione. Questo riferimento è spesso utilizzato per ricordare l'importanza della responsabilità individuale, in particolare nel campo delle assicurazioni sociali. 2

Il presente commento tratta nell'ordine la genesi, le funzioni e la portata giuridica dell'articolo, quindi le sue due componenti nell'ordine in cui compaiono: la responsabilità individuale, quindi la responsabilità sociale. In generale, l'articolo 6 della Costituzione contiene concetti di difficile interpretazione. Ad esempio, il concetto di responsabilità e i suoi legami con la libertà individuale sollevano immediatamente questioni filosofiche sull'interpretazione di questo articolo. Il presente commento adotta quindi un approccio filosofico alla legge, attingendo alle risorse della filosofia politica. Queste risorse dovrebbero consentire di evidenziare la ricchezza interpretativa del concetto di responsabilità e di sottolineare le questioni normative che esso apre. Come sottolinea Häberle (infra, n. 21), il potenziale dell'art. 6 Cost. deve essere sfruttato dal legislatore e dagli studiosi di diritto, ad esempio utilizzando un approccio di filosofia del diritto, come nel caso in esame. 3

A titolo orientativo, il presente commento cerca di mostrare come il concetto di responsabilità e quello correlato di libertà individuale determinino l'interpretazione del contenuto dell'art. 6 Cost. Quest'ultimo sembra essere una norma centrale di una costituzione liberale, una norma la cui interpretazione cristallizza le riflessioni sull'individuo nella società, sui suoi diritti fondamentali e sulle aspettative della società. Più che una posizione pro o contro il liberalismo, l'interpretazione dell'art. 6 Cost. ci riporta alla questione del tipo di liberalismo presupposto nell'ordinamento costituzionale. 4

## II. LA GENESI

5 L'articolo 6 Cost. è emerso nella sua forma attuale durante le deliberazioni parlamentari sulla revisione totale della Costituzione federale. I parlamentari hanno discusso sia l'idea della responsabilità dell'individuo per se stesso, per gli altri o per la società, sia l'idea dei doveri fondamentali o dei doveri di cittadino. Come spiegato di seguito (infra, n. 12), i parlamentari alla fine rifiutarono l'idea dei doveri fondamentali organizzati in forma di catalogo. Rimasero i concetti di responsabilità individuale e di contributo all'adempimento dei compiti dello Stato e della società (responsabilità sociale), che oggi costituiscono l'art. 6 della Cost.

6 La Costituzione federale del 1874 conteneva un articolo generale sull'adempimento di un "dovere civico". Questo articolo aveva già suscitato un dibattito critico. All'inizio del processo di revisione costituzionale, la proposta di modello di Costituzione elaborata dal Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) nel 1985 conteneva una serie di doveri fondamentali. Questo catalogo è apparso subito dopo quello dei diritti fondamentali. La prima proposta del Consiglio federale (1996) non contiene articoli equivalenti. Il Consiglio federale ha abbandonato questo catalogo di doveri fondamentali per due ragioni principali: la difficoltà di scegliere quali doveri meritano di essere elevati a rango costituzionale e i problemi legati alle sanzioni in caso di mancato rispetto di questi doveri. Nel suo messaggio, il Consiglio federale scrive che l'assenza di un catalogo di doveri fondamentali "non significa tuttavia che gli abitanti di questo Paese non abbiano doveri nei confronti della comunità" (...). Afferma che alcuni doveri fondamentali "mantengono il loro pieno significato" (ad esempio, l'obbligo di frequentare la scuola, di prestare il servizio militare e di pagare le tasse), anche se non sono elencati in un catalogo.

7 La lettura dei dibattiti parlamentari evidenzia il passaggio dai doveri fondamentali all'idea di responsabilità individuale e sociale. Nel corso di questi dibattiti, i parlamentari fanno un uso non sistematico dei concetti di doveri fondamentali (Grundpflichten), doveri civici (Bürgerpflichten) e responsabilità individuale e sociale. Dall'analisi dei lavori parlamentari emergono tre considerazioni rilevanti per spiegare la formulazione finale dell'art. 6 Cost.

In primo luogo, l'appello alla responsabilità individuale appare nel contesto di una riflessione critica sui contorni dello Stato sociale. Il relatore della Commissione del Consiglio nazionale dell'epoca, il futuro consigliere federale Samuel Schmid (UDC), osservò che le prestazioni sociali venivano estese. A suo avviso, lo Stato non aveva né la vocazione né i mezzi per risolvere tutti i problemi della popolazione svizzera. L'idea dei doveri e/o della responsabilità individuale viene presentata come un necessario correttivo. 8

In secondo luogo, il progetto di Costituzione del Consiglio federale del 1996 ha formalizzato il catalogo dei diritti fondamentali e ha fissato una serie di obiettivi sociali. Di fronte a questo sviluppo, alcuni parlamentari si sono chiesti se una logica di reciprocità non richiedesse la menzione dei doveri fondamentali. L'idea sembrava essere nell'aria all'epoca, come dimostra l'iniziativa del Consiglio d'Interazione guidato dall'ex cancelliere tedesco Helmut Schmidt. Nel 1997, insieme a 25 capi di governo, ha presentato al Segretario generale delle Nazioni Unite Kofi Annan la Dichiarazione universale delle responsabilità umane. Come spiega il commento introduttivo a questa dichiarazione, l'idea della reciprocità tra diritti e doveri è centrale: "Il riconoscimento dei diritti uguali e inalienabili di tutti i popoli richiede un fondamento di libertà, giustizia e pace - ma questo richiede anche che ai diritti e alle responsabilità sia data la stessa importanza per stabilire una base etica in modo che tutti gli uomini e le donne possano vivere pacificamente insieme e realizzare il loro potenziale". 9

In terzo luogo, il dibattito sulla responsabilità riguarda le aspettative riposte negli individui all'interno di un gruppo sociale. Il contenuto dell'art. 6 della Costituzione, in particolare la dimensione della responsabilità sociale, viene presentato nei dibattiti parlamentari come una risposta alla constatazione che la società è atomizzata e individualista. La responsabilità consiste quindi nel prendersi cura degli altri membri della società. L'autore di una delle proposte che sarebbero diventate l'idea di responsabilità sociale nell'articolo 6 della Costituzione, Hans Danioth (PDC), membro del Consiglio degli Stati, ha parlato di dovere civico (Bürgerpflicht). Egli lo definisce come uno standard etico che serve a ricordare l'obbligo di impegnarsi per la comunità. La sua proposta è stata inizialmente classificata come diritto politico, prima di essere spostata durante i dibattiti successivi. 10

Durante questi dibattiti, il Consigliere federale Arnold Koller (PDC) ha parlato a nome delle argomentazioni del Consiglio federale. In particolare, ha 11

sottolineato che il concetto di essere umano alla base della Costituzione include già l'idea di responsabilità e di doveri: se gli esseri umani hanno la capacità di autonomia nelle loro scelte, allora si assumono la responsabilità che ne deriva. Secondo Koller, questa idea è alla base dei grandi progetti costituzionali del XIX secolo. Egli rimane aperto a un'evocazione più diretta dei doveri degli individui, come dimostra il suo riferimento al famoso appello di John F. Kennedy, pronunciato durante il suo discorso inaugurale nel 1961 ("E così, miei concittadini americani: non chiedetevi cosa il vostro Paese può fare per voi - chiedetevi cosa potete fare voi per il vostro Paese"). Da un punto di vista semantico, il discorso di Koller si riferiva ai doveri dei cittadini (Bürgerpflichten) e ai doveri in generale (Pflichten) nel contesto della discussione di un articolo sulla responsabilità individuale.

12 Alla fine dei dibattiti parlamentari, il concetto di responsabilità individuale e sociale prevalse su quello di doveri fondamentali o civici. L'Assemblea federale ha rinunciato a un catalogo di doveri per la difficoltà di integrarli nella struttura della nuova Costituzione, ma anche per una certa ripetitività rispetto a doveri citati altrove nel testo costituzionale, come l'obbligo di prestare servizio o l'obbligo di frequentare la scuola dell'obbligo. Né il riferimento esplicito a un dovere generale di rispettare l'ordine giuridico ha trovato una maggioranza politica alla fine dei lavori parlamentari.

13 Al di là della dimensione storica dei dibattiti parlamentari, si è fatta strada un'importante distinzione concettuale tra doveri fondamentali e responsabilità individuale. Uno dei punti di discussione tra questi due concetti riguarda la capacità di tradurre la norma costituzionale in obblighi giuridici concreti. Secondo lo studioso di diritto costituzionale Andreas Kley, un dovere fondamentale ha quattro elementi costitutivi: 1) un dovere di natura legale, 2) sancito da una costituzione, 3) di importanza fondamentale per l'esistenza dello Stato, 4) che un individuo deve adempiere nei confronti dello Stato. Secondo Kley, mentre la responsabilità è principalmente programmatica e fornisce indicazioni normative di carattere generale, i doveri fondamentali devono essere chiaramente specificati sotto forma di obblighi giuridici. Torneremo su questa questione quando considereremo la portata giuridica dell'art. 6 Cost (infra, n. 21).

14 Gli autori accademici hanno individuato diverse fonti di ispirazione per i dibattiti intorno all'art. 6 della nuova Costituzione. La Costituzione di Weimar e la Costituzione italiana vengono citate per il loro esplicito riferimento ai

doveri degli individui. Allo stesso modo, i preamboli del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e del Patto internazionale sui diritti civili e politici menzionano chiaramente questa idea di responsabilità, ricordando che "l'individuo ha dei doveri nei confronti degli altri individui e della comunità a cui appartiene, e ha il dovere di adoperarsi per la promozione e l'osservanza dei diritti riconosciuti nel presente Patto". In Svizzera, secondo Chatton, la Costituzione del Cantone di Berna (1993) ha certamente svolto un ruolo decisivo. L'art. 8, collocato subito prima del catalogo dei diritti fondamentali, stabilisce in termini generali i doveri (Pflichten) delle persone residenti nel Cantone. Secondo il par. 1, ognuno è tenuto ad adempiere ai doveri che gli derivano dalla Costituzione e dalla legislazione ad essa conforme. Il par. 2 afferma che ognuno è responsabile per se stesso, per gli altri esseri umani e per garantire alle generazioni future il diritto di determinare il proprio futuro. L'ultima Costituzione cantonale completamente rivista, quella del Cantone di Ginevra (2012), contiene un articolo intitolato "responsabilità individuale" (art. 13 Cost./GE), il cui cpv. 1 riguarda un dovere generale ("ognuno è responsabile per se stesso, per gli altri esseri umani e per garantire alle generazioni future il diritto di determinare il proprio futuro"). 1 riguarda un dovere generale ("tutti devono rispettare l'ordine giuridico") e il cpv. 2 definisce la responsabilità individuale e sociale. 2 definisce la responsabilità individuale e sociale. Anche la bozza della nuova Costituzione del Canton Vallese contiene un articolo simile, intitolato "Doveri e responsabilità individuali" (art. 10). Il paragrafo 1 fa riferimento al dovere generale di adempiere ai doveri imposti dalla Costituzione e dalla legislazione, mentre il paragrafo 2 si riferisce alle responsabilità di tutti gli individui nei confronti di se stessi, della comunità e delle generazioni attuali e future. Il cpv. 3 chiede a tutti di garantire un'adeguata protezione della salute. 3 invita tutti a garantire un uso appropriato dei beni e dei servizi pubblici e delle risorse naturali.

## III. COMMENTO VERO E PROPRIO

Come accennato nell'introduzione (supra, n. 3), l'interpretazione dell'art. 6 Cost. implica la considerazione di questioni di teoria giuridica e filosofia politica relative ai concetti di responsabilità e libertà. Il presente commento si occupa, nell'ordine, delle funzioni e della portata giuridica dell'articolo e dei riferimenti all'art. 6 Cost. in alcune decisioni del Tribunale federale e del

15

Tribunale amministrativo federale (A.), quindi delle due componenti dell'art. 6 Cost., ossia la responsabilità individuale e la responsabilità sociale (B.).

## A. Funzioni e ambito giuridico

16 L'articolo 6 Cost. è collocato alla fine del Titolo 1 sulle disposizioni generali. È seguito dal Titolo 2 sui diritti fondamentali e gli scopi sociali. Questa collocazione indica che l'ambizione normativa dell'art. 6 è di natura generale. In quanto disposizione generale, è destinata a far luce sull'intero testo della Costituzione. L'articolo 6 Cost. è considerato una disposizione principalmente programmatica. Per la maggior parte dei giuristi, la sua portata giuridica si limita a fornire un aiuto all'interpretazione di altre norme costituzionali. Ai fini di un'ulteriore analisi, è possibile distinguere tre funzioni generali dell'art. 6 Cost.

### 1. Tre funzioni

17 In primo luogo, l'art. 6 Cost. viene spesso utilizzato nel tentativo di comprendere il concetto di individuo (Menschenbild) che sta alla base del testo costituzionale. Questo tentativo di costruzione ermeneutica si basa sul preambolo (in particolare sulla consapevolezza della responsabilità verso il Creato e sul dovere di assumersi la responsabilità verso le generazioni future) e chiarisce questa visione facendo riferimento alle due componenti dell'art. 6 della Costituzione (responsabilità individuale e responsabilità sociale). In combinazione con altre norme più specifiche, l'interpretazione dell'art. 6 Cost. contribuisce così a far emergere una concezione il più possibile coerente dell'individuo a cui la Costituzione si rivolge. Questa concezione dell'individuo nella società può poi essere utilizzata per interpretare altre disposizioni costituzionali.

18 In secondo luogo, e direttamente collegato a questa concezione dell'individuo nella società, l'art. 6 Cost. può essere utilizzato come norma contestuale per i vari doveri identificabili nelle altre disposizioni costituzionali. Ad esempio, ogni cittadino svizzero è soggetto a un dovere civico (servizio militare, servizio civile o pagamento di una tassa, art. 59 cpv. 1 Cost.) e tutti i bambini devono ricevere un'istruzione di base (art. 62 cpv. 2 Cost.). In termini di responsabilità sociale, la Costituzione prevede anche meccanismi che possono essere letti alla luce dell'art. 6, come l'assicurazione per la vecchiaia (art. 112 c. 2 Cost.), il principio della previdenza professionale (art. 113 c. 2

Cost.) e l'iscrizione all'assicurazione contro la disoccupazione per i lavoratori dipendenti (art. 114 c. 2 Cost.). Häberle e Winistörfer collegano inoltre l'art. 6 della Costituzione federale alle norme che regolano il funzionamento di un'economia di mercato liberale, come il postulato della responsabilità individuale. In questo contesto, Häberle vede la responsabilità sociale come un richiamo all'integrazione dell'individuo in un gruppo sociale e un rifiuto di quello che definisce "Ökonomismus", ossia l'assolutizzazione della ricerca del profitto individuale.

19 In terzo luogo, la storia parlamentare e la posizione dell'art. 6 Cost. nell'architettura costituzionale ci ricordano la sua funzione di contestualizzazione critica dei diritti fondamentali e degli obiettivi sociali. Come nella Costituzione del Cantone di Berna, il riferimento esplicito alla responsabilità individuale e sociale precede il catalogo dei diritti fondamentali. L'articolo 6 Cost. sembra fare da contrappeso agli obblighi positivi che sempre più spesso vengono posti a carico dello Stato. Il principio di sussidiarietà che deriva dalla responsabilità individuale (infra, n. 38) è così simbolicamente sottolineato dall'ordine degli articoli. L'articolo 6 Cost. viene prima a sottolineare la responsabilità degli individui. Così, l'art. 41 cpv. 1 Cost. sugli obiettivi sociali afferma chiaramente che "La Confederazione e i Cantoni si impegnano, oltre alla responsabilità individuale e all'iniziativa privata, a (...)" (corsivo aggiunto).

20 Queste tre funzioni chiariscono meglio la questione di chi debbano essere i destinatari dell'art. 6 Cost. Questa è l'unica disposizione del Titolo 1 (Disposizioni generali) che si rivolge direttamente agli individui (utilizzando l'espressione "qualsiasi persona"). L'espressione "qualsiasi persona" comprende tutte le persone fisiche, non solo i cittadini svizzeri. Inoltre, dopo un'analisi delle versioni linguistiche e dei lavori preparatori, Chatton difende l'ipotesi che le persone giuridiche debbano, a priori, essere incluse nella cerchia dei destinatari della norma. A suo avviso, l'impatto positivo e negativo che le persone giuridiche possono avere sul loro ambiente naturale, culturale, sociale ed economico giustifica l'applicazione ad esse, per analogia, di un dovere di responsabilità.

21 Questa questione dei destinatari non va confusa con la portata giuridica dell'art. 6 della Costituzione (cfr. infra, n. 21). A titolo di esempio, Biaggini considera le persone fisiche come i destinatari che appaiono in primo piano (vordergründig) dell'art. 6 Cost. A suo avviso, tuttavia, il destinatario principale

è il legislatore. Ma il riferimento al legislatore (e più in generale alle autorità pubbliche) sembra derivare più dalla necessità di determinare la portata giuridica, e non direttamente dalla questione dei destinatari. Questa distinzione rende più chiaro che l'art. 6 Cost. è rivolto a tutti, ma che ha effetti giuridici anche sul legislatore e, più in generale, sui poteri pubblici.

## 2. Ambito di applicazione giuridico

22 La portata giuridica dell'art. 6 Cost. è considerata modesta dalla maggior parte degli autori accademici. In generale, l'articolo viene descritto come un richiamo morale destinato a servire come promemoria simbolico delle aspettative della comunità nei confronti degli individui, ma in gran parte privo di effetti giuridici tangibili. Biaggini legge l'art. 6 Cost. come un richiamo costituzionale volto a sottolineare l'etica della responsabilità individuale, oltre ad altre norme (ad esempio, il Preambolo Cost. e l'art. 41 cpv. 1 Cost.). Tuttavia, Häberle vede un interessante potenziale normativo da sviluppare attraverso l'interpretazione di altre norme costituzionali o attraverso l'attuazione legislativa. A suo avviso, il potenziale dell'art. 6 Cost. deve semplicemente essere approfondito dal legislatore e dagli studiosi di diritto, ad esempio attraverso un approccio comparativo.

23 In generale, Chatton vede in queste interpretazioni caute una difficoltà generale a comprendere le norme programmatiche. A suo avviso, il contenuto morale della norma, l'assenza di sanzioni e l'assenza di diritti e obblighi che possono essere dedotti dall'art. 6 Cost. non devono trasformare questa norma in una disposizione a-legale. L'articolo 6 Cost. ha una portata giuridica minima come ausilio all'interpretazione di disposizioni aperte. Inoltre, secondo Chatton, la norma deve essere presa in considerazione quando si interpretano le condizioni per la restrizione di un diritto fondamentale, in particolare nel caso di un obbligo positivo, in cui si tratta di trovare un equilibrio tra l'obbligo dello Stato di venire in aiuto a un individuo e le aspettative riposte in quell'individuo circa la sua capacità di provvedere ai propri bisogni con i propri mezzi. Tuttavia, l'art. 6 Cost. non può essere utilizzato per creare ex novo condizioni che non sono previste da una legge e/o da altre disposizioni costituzionali.

## 3. La giurisprudenza

Il Tribunale federale (TF) si è occupato solo sporadicamente dell'art. 6 Cst. Il diritto delle assicurazioni sociali è particolarmente colpito dai pochi riferimenti a questo articolo. Nel 2005, in un caso relativo all'obbligo di stipulare un'assicurazione sanitaria, il Tribunale federale ha ritenuto che l'articolo 6 della Costituzione non avesse "una particolare portata normativa, ma essenzialmente un valore declamatorio e segnaletico". Il TF collega il principio di sussidiarietà all'art. 6 Cost. Prendendo ad esempio l'assistenza sociale, il principio fondamentale di sussidiarietà è "l'espressione dell'obbligo di corresponsabilità e di solidarietà nei confronti della comunità, obbligo sancito dall'art. 6 della Costituzione. L'esistenza di un diritto all'assistenza sociale deve essere considerata alla luce di questo principio di sussidiarietà". Questo riferimento all'art. 6 della Costituzione tende a dimostrare che il Tribunale federale considera questa norma come un principio costituzionale che può essere invocato dagli individui in questo contesto e quindi, secondo Chatton, parzialmente giustiziabile. In un altro caso di welfare (sostegno a una famiglia svizzera emigrata in Nuova Zelanda con un figlio disabile), il Tribunale amministrativo federale ha ritenuto che l'art. 6 della Costituzione contenesse un principio etico fondamentale di rango superiore. Secondo questo principio, una persona che si trova in una situazione di disagio è obbligata a cercare di uscirne da sola con i mezzi a sua disposizione. 24

Il Tribunale federale e il Tribunale amministrativo federale fanno riferimento all'art. 6 Cost. nel contesto della qualificazione degli sforzi che ci si può legittimamente aspettare dagli individui. In un caso che riguardava la fornitura di informazioni sulla SUVA attraverso una bacheca nei locali del personale, il Tribunale ha interpretato le disposizioni in vigore invocando l'art. 6 Cost. come espressione dell'aspettativa di responsabilità individuale. Sulla base dell'art. 6 Cost. la Corte sviluppa la sua visione di un individuo maggiorenne (mündig) e capace di informarsi sull'assicurazione da stipulare prima di un soggiorno all'estero. Analogamente, il Tribunale federale ritiene che gli enti di assicurazione per l'invalidità non siano tenuti a spiegare come funzionano e come interagiscono i vari rami dell'assicurazione sociale. Secondo la Corte, questo compito spetta a ogni singolo assicurato. Secondo l'ipotesi difesa più avanti (infra, n. 35), questo livello di sforzo richiesto dovrebbe essere integrato in un approccio contestuale alle competenze necessarie per l'autoresponsabilità. 25

26 Nei casi di naturalizzazione, il TAF ha utilizzato l'art. 6 Cost. per contestualizzare alcune condizioni. In un caso riguardante la buona reputazione fiscale del richiedente, il TAF fa riferimento all'art. 6 Cost. come una delle fonti rilevanti per garantire che un individuo onori i suoi obblighi nei confronti dello Stato. Questo caso illustra anche la combinazione di obblighi specifici (ad esempio, il pagamento delle imposte) con l'art. 6 Cost. Analogamente, nel contesto di un caso di ricongiungimento familiare, il Tribunale amministrativo federale ha interpretato il requisito dell'indipendenza finanziaria facendo riferimento all'art. 6 della Costituzione. In tal modo, il Tribunale ha qualificato ciò che sembrava essere esigibile facendo riferimento all'aspettativa di responsabilità individuale formulata nell'art. 6 Cost.

27 In ambito penale, l'art. 6 della Costituzione è stato richiamato in un ricorso relativo alle spese processuali in un caso di contrabbando transfrontaliero di sigarette. Il tribunale di primo grado aveva sostenuto che il comportamento riprovevole del ricorrente, in particolare la sua presunta violazione del dovere di responsabilità individuale nei confronti dello Stato (art. 6 Cost.), aveva dato origine a costi aggiuntivi e che le spese del procedimento dovevano essere sostenute da lui, anche se era stato assolto. Nella sua decisione, il Tribunale federale ha sottolineato che il legislatore non intendeva utilizzare questo articolo per stabilire un reato.

28 In un caso riguardante l'esercizio non autorizzato di un'attività di servizi finanziari, il Tribunale amministrativo federale ha ritenuto che la responsabilità individuale di cui all'articolo 6 Cost. giustificasse il fatto che la persona che aveva esercitato illegalmente la propria attività dovesse accettare (zumutbar) la divulgazione di informazioni rilevanti su tali attività, al fine di ripristinare la fiducia degli altri operatori del settore. L'assunzione delle conseguenze di un comportamento liberamente scelto è al centro dell'interpretazione del TAF di questa responsabilità scelta. Pertanto, lo Stato non deve nascondere informazioni per aiutare questa persona.

## B. Prima componente: la responsabilità individuale

29 La prima componente dell'articolo 6 della Costituzione riguarda la responsabilità individuale: "Ognuno è responsabile di se stesso (...)". Questa componente riguarda la responsabilità di ogni persona verso se stessa. Il pensiero liberale si basa sul presupposto che l'individuo è libero, in grado di

scegliere e rivedere le proprie scelte di vita alla luce dei valori e degli obiettivi che ritiene rilevanti. Come dimostrano i casi citati, la questione della responsabilità si pone come un correlato della questione della libertà. L'interpretazione del concetto di responsabilità nell'art. 6 Cost. richiede quindi un'interpretazione del concetto di libertà individuale. Data la portata del compito, l'obiettivo principale di questo commento è quello di illustrare la necessità di coerenza tra le dimensioni della libertà e della responsabilità individuale. Nel costruire un "Menschenbild", l'esegesi costituzionale deve mirare a raggiungere questa coerenza. Con questo obiettivo, la discussione si concentra su due punti: la questione della definizione generale della libertà individuale e la questione dei poteri necessari per esercitare tale libertà. Vedremo che questi due punti hanno un effetto sul concetto di responsabilità nell'art. 6 Cost.

## 1. La definizione di libertà

In primo luogo, il modo in cui viene definita la libertà individuale ha importanti conseguenze sul concetto di responsabilità individuale. A titolo di esempio, si possono utilizzare due concezioni di libertà. Da un lato, la libertà può essere definita come ampiamente indipendente dal gruppo umano in cui l'individuo si trova. Per analogia, possiamo pensare al concetto di libertà di un individuo su un'isola solitaria (Robinson Crusoe, per esempio). Robinson è libero in un modo che ignora gli altri esseri umani. Non ci sono limiti alla sua libertà di scelta. Qualsiasi limitazione (ad esempio da parte della legge o dello Stato) è vista a priori come una perdita di libertà. Questa concezione ispira una certa visione del contratto sociale, in cui diversi Robinson si riuniscono e decidono di delegare parte della loro libertà a un'autorità, per garantire la loro sicurezza (si veda, ad esempio, il Leviatano di Thomas Hobbes). 30

D'altra parte, la libertà individuale può essere definita in modo relazionale, ancorando la persona a un gruppo umano. L'individuo è libero nel contesto delle interazioni con altri esseri umani e con l'ambiente. L'individuo non è mai solo; non vederlo come parte di un gruppo umano lascia nell'ombra una riflessione sulle condizioni e le minacce alla libertà (cfr. infra, n. 42). Per i sostenitori di questa visione relazionale, l'esistenza di un quadro giuridico non è a priori una minaccia per la libertà (può tuttavia diventarlo), ma piuttosto la sua condizione primaria. 31

32 Ciascuna di queste due concezioni della libertà, qui delineate, conduce a un diverso concetto di responsabilità individuale. In una prima accezione, minimale, "ogni persona è responsabile di se stessa" può significare l'obbligo dell'individuo di assumersi la responsabilità delle proprie scelte e delle loro conseguenze. Questa definizione minima assomiglia a un riflesso dell'imputabilità, che vieta soprattutto ogni tentativo di "scaricare la responsabilità" su altri (la mia libera scelta => la mia responsabilità). Nel caso dell'esercizio non autorizzato di un'attività di servizi finanziari di cui sopra (supra, n. 27), la persona che ha commesso la colpa è responsabile e, in quanto tale, deve accettare le conseguenze delle sue azioni. Non può scaricare la responsabilità su altri. Il TAF ritiene quindi che la persona responsabile debba accettare la divulgazione delle informazioni relative alla sua cattiva condotta e che debba accettare di dover ricostruire la propria reputazione.

33 Tuttavia, questo concetto minimo non è sufficiente. La responsabilità per se stessi va oltre la semplice logica dell'imputabilità alla persona libera. In una concezione relazionale del diritto, la prima componente dell'art. 6 Cost. deve essere interpretata come un'esigenza di ciascuno di individuare le conseguenze delle proprie scelte. Stabilire un requisito costituzionale di responsabilità verso se stessi equivale a pretendere che ciascuno tenga conto, quanto meno, degli altri.

34 Ma tenere conto degli altri (senza alcun obbligo di comportarsi in modo specifico) non è ancora sufficiente. L'articolo 6 Cost. può quindi essere inteso come un invito a controllare le conseguenze negative delle proprie scelte per gli altri. In questo senso, essere responsabili di se stessi significa soprattutto assicurarsi di non diventare fonte di conseguenze negative (definite in senso lato) per il proprio ambiente. A questo proposito, l'articolo 12 della Costituzione sul diritto di ottenere assistenza in situazioni di disagio afferma chiaramente che le persone possono essere sostenute se "non sono in grado di provvedere a se stesse". Questa condizione riflette l'esigenza della persona di evitare innanzitutto di dover ricorrere all'assistenza della collettività (con conseguenze negative sulle finanze pubbliche). La giurisprudenza citata in precedenza in materia di naturalizzazione o di ricongiungimento familiare solleva esattamente la stessa questione: di fronte a un individuo libero e responsabile per se stesso, quale assenza di effetti negativi (ad esempio, un costo sociale) o quale contributo positivo la comunità ha il diritto di aspettarsi e pretendere?

Interpretata in senso relazionale, l'autoresponsabilità ai sensi dell'art. 6 Cost. consiste quindi nel presumere che ogni individuo abbia la competenza di controllare il proprio impatto sull'ambiente. Tuttavia, questa presunzione solleva immediatamente due grandi questioni: come garantire che gli individui siano competenti per essere liberi, e quindi per essere responsabili per se stessi (infra N. 35)? E cosa fare nelle situazioni in cui, nonostante il tentativo di mantenere il controllo, le azioni di una persona hanno comunque effetti negativi sugli altri? Questa domanda sarà affrontata nella componente legata alla responsabilità sociale (N. 47). 35

## 2. Le competenze necessarie per esercitare la libertà

In secondo luogo, la questione delle competenze necessarie per esercitare la libertà, e quindi la responsabilità verso se stessi, è centrale per il concetto sostenuto dall'art. 6 della Costituzione. A meno che non si parta dall'idea che la libertà si acquisisca alla nascita e si sviluppi senza interventi (visione spesso associata alla libertà alla Robinson Crusoe), va detto che la libertà richiede un insieme di competenze. L'esempio più paradigmatico è certamente l'istruzione di base (articoli 19 e 62 della Costituzione). Senza queste competenze di base, un individuo non può dirsi libero nel senso della concezione relazionale e, di conseguenza, non può esercitare pienamente la propria responsabilità nel senso richiesto dall'art. 6 Cost. 36

Oltre alle competenze di base, dobbiamo considerare altri aspetti della capacità di assumersi la responsabilità per se stessi, come i fattori sociali, fisiologici e altri fattori contestuali. Se è più facile essere responsabili di se stessi quando si è giovani, ricchi e in buona salute, la richiesta di responsabilità dovrebbe quindi essere accompagnata dall'impegno a combattere gli ostacoli alla libertà e alla capacità di essere responsabili. Questo vale in particolare per i determinanti sociali che possono essere modificati dalle politiche pubbliche. Espressi nel contesto di una richiesta di uguaglianza e di lotta alla discriminazione, alcuni di questi determinanti sono menzionati nell'art. 8 al. 2 Cost. Inoltre, questa considerazione va letta insieme al requisito delle pari opportunità (art. 2 cpv. 3 Cost.). 37

La questione è più difficile per i pochi determinanti fisiologici (genetici, ad esempio) che non possono essere ridotti a determinanti sociali (almeno direttamente). Nella prima parte dell'art. 6 Cost. non esiste un equivalente del concetto di "secondo le proprie capacità", che si trova nella seconda parte 38

(infra, n. 59). Questo concetto ha il merito di ricordarci che non siamo tutti uguali quando si tratta del requisito della responsabilità sociale. L'argomentazione qui proposta consiste nel riconoscere lo stesso limite per l'autoresponsabilità: non siamo uguali quando si tratta della capacità di essere responsabili per noi stessi. La giurisprudenza citata sopra (supra, n. 23) può quindi essere letta alla luce di questa (in)uguaglianza in termini di capacità di essere responsabili per se stessi. Questa osservazione dovrebbe essere particolarmente rilevante per le questioni di esecutività (Zumutbarkeit). Quando l'art. 6 Cost. viene citato nel contesto degli sforzi richiesti a una madre affetta da problemi di salute per provvedere ai propri familiari, il requisito della responsabilità per se stessi deve essere interpretato contestualmente. Le competenze che consentono di esercitare la libertà e la responsabilità nel caso specifico dell'individuo e della sua situazione devono essere mobilitate per interpretare il livello di esenzione alla luce dell'art. 6 Cost.

## 3. Rapporto con il principio di sussidiarietà

39 L'articolo 6 Cost. viene spesso utilizzato nel contesto di una discussione sul principio di sussidiarietà. Anche se la dottrina sembra essere ampiamente condivisa dalla dottrina della sussidiarietà indotta dall'art. 6 della Costituzione, è comunque importante distinguere due livelli di analisi.

40 Un'avvertenza prima di procedere: la dimensione della sussidiarietà derivante dal primato della responsabilità verso se stessi non deve essere confusa con la sussidiarietà istituzionale dell'art. 5a Cost. Sul rapporto tra l'art. 5a Cost. e l'art. 6 Cost. Gächter e Renold-Burch osservano che l'art. 5a Cost. va inteso come una norma di competenze all'interno dello Stato federale, mentre l'art. 6 Cost. riguarda le relazioni tra individui, Stato e società. La sussidiarietà di cui all'art. 41 cpv. 1 Cost. è più vicina all'art. 6 Cost.

41 A un primo livello di analisi, l'art. 6 Cost. stabilisce certamente una sussidiarietà generale per l'azione dello Stato contro gli individui. La responsabilità individuale sembra prevalere sull'azione dello Stato, che interviene solo in via sussidiaria. A un secondo livello, e questo è un punto spesso trascurato nei commenti a questa disposizione costituzionale, i poteri necessari per la libertà e la responsabilità presuppongono l'azione dei poteri pubblici. Come spiegato in precedenza, le persone non nascono libere e

responsabili; lo diventano attraverso l'acquisizione di determinate competenze, da un lato, e l'eliminazione di alcuni fattori limitanti.

Questo secondo legame con la sussidiarietà comprende poi diverse fasi che è 42
importante distinguere perché possono essere oggetto di critiche diverse. A) La responsabilità dell'individuo per se stesso è primaria. B) Non tutti gli individui sono uguali nella loro capacità di essere responsabili. C) È necessario mettere in atto un processo di equiparazione della capacità di autoresponsabilità e adottare un approccio contestuale, capace di cogliere le reali capacità degli individui prima di giudicare se certi comportamenti sono necessari. D) Si pone la questione della responsabilità di guidare questo processo di equiparazione. Chi ha la responsabilità di aiutare gli individui ad assumersi la responsabilità di se stessi? Lo Stato (autorità pubbliche), la società civile (associazioni) o anche gli individui (ad esempio i familiari) possono essere identificati come potenziali responsabili. E) Supponendo che lo Stato abbia almeno una parte di questa responsabilità, deve agire attraverso l'educazione di base e la prevenzione di alcuni determinanti sociali (ad esempio, combattendo la discriminazione ai sensi dell'art. 8 della Costituzione) al fine di garantire la massima uguaglianza di opportunità possibile (art. 2 cpv. 3 della Costituzione).

Se si accetta questa tesi, si può allora ritenere che il principio di sussidiarietà 43
(primo livello) richieda e presupponga un'azione dello Stato sulle condizioni di libertà e responsabilità (secondo livello, condizioni di possibilità e di equiparazione della capacità di essere responsabili di se stessi). Ad esempio, è possibile stabilire un nuovo tipo di collegamento normativo tra il diritto all'istruzione di base (art. 19 Cost.), l'istruzione obbligatoria (art. 62 Cost.) e l'art. 6 Cost. L'attuazione dell'art. 19 Cost. e dell'art. 62 Cost. può essere vista come una precondizione per il ricorso all'art. 6 Cost. (primo livello). Se l'istruzione non è più obbligatoria e gratuita, gli individui vedono drasticamente ridotta la loro capacità di libertà e responsabilità, e l'idea del primato di questa stessa responsabilità individuale diventa quindi più difficile da difendere. Lo stesso tipo di condizionalità si riscontra nell'approccio contestuale all'esenzione di cui sopra (infra, n. 37). In una situazione particolare, ad esempio nei casi di naturalizzazione, è importante giudicare se l'individuo è in grado di essere responsabile per se stesso, e questo richiede di prendere in considerazione sia la traiettoria personale che il contesto di vita (cioè le strutture sociali) dell'individuo.

## 4. Il caso specifico dell'assicurazione

44 Una questione interessante si pone nel contesto degli effetti negativi che una scelta fatta da una persona ha sugli altri. La difficoltà principale non è tanto l'effetto negativo diretto e immediato e le sue conseguenze (ad esempio, l'omicidio), quanto piuttosto l'effetto indiretto e diffuso attraverso le istituzioni di solidarietà messe in atto (ad esempio, l'impatto di un comportamento sui costi dell'assicurazione sanitaria obbligatoria). La rilevanza dell'art. 6 della Costituzione per l'assicurazione sociale obbligatoria è quindi particolarmente importante. Nell'ambito dell'assistenza sanitaria, ad esempio, le scelte libere e responsabili dei singoli possono avere un impatto negativo, soprattutto in termini finanziari, sulla comunità solidale. Secondo il concetto relazionale sopra esposto, lo Stato obbliga gli individui a proteggere se stessi e gli altri da alcune delle esternalità negative che il loro comportamento provoca. Possiamo quindi distinguere due casi a seconda dell'oggetto della responsabilità.

45 In primo luogo, se un individuo si impegna in un'attività particolarmente pericolosa (nota come "impresa temeraria") per se stesso, come il base-jumping, può essere obbligato a sottoscrivere un'assicurazione speciale per coprire le spese sanitarie (per evitare che la comunità paghi per la sua scelta). In secondo luogo, se un individuo rischia di avere un impatto negativo su terzi, può essere obbligato a stipulare un'assicurazione per la responsabilità civile, come nel caso degli automobilisti. In questo caso, l'assicurazione svolge il ruolo di autoresponsabilità per la capacità di un individuo di causare danni ad altri. Sullo sfondo della pandemia di Covid, Riemer-Kafka invita le autorità a considerare l'estensione ai lavoratori autonomi della previdenza professionale obbligatoria, dell'assicurazione contro la disoccupazione e degli infortuni. A suo avviso, l'esperienza della pandemia ha dimostrato l'incapacità dei singoli di rispondere a certe emergenze e la necessità che lo Stato intervenga mobilitando fondi pubblici. Per analogia con il base-jump, questa estensione dell'obbligo permetterebbe di costringere gli autonomi a proteggersi da soli, garantendo così la loro capacità di essere responsabili per se stessi.

46 Una delle questioni normative aperte relative all'art. 6 Cost. riguarda quindi la qualificazione delle condizioni in cui lo Stato deve e/o può intervenire per stabilire l'obbligo per gli individui di proteggersi da soli (l'esempio dei lavoratori autonomi e dei base-jumpers) e di proteggere gli altri dalle loro

scelte (l'esempio degli automobilisti). Da un punto di vista relazionale, lo Stato costringe gli individui ad assumersi la responsabilità di se stessi, li obbliga a "farsi carico". L'articolo 6 Cost. non può essere utilizzato per rispondere a questa domanda, poiché è in gioco proprio la qualificazione della sua prima parte.

È essenziale non confondere la dimensione sociale della responsabilità individuale (la prima componente dell'art. 6 Cost.) con la seconda componente dell'art. 6 Cost. La seconda componente si riferisce chiaramente alle aspettative riposte in tutti gli individui per quanto riguarda il loro contributo ai compiti dello Stato e della società, al di là dell'obbligo di essere responsabili per se stessi. 47

## C. Seconda componente: la responsabilità sociale

La seconda componente dell'art. 6 Cost. riguarda la responsabilità sociale: "Ogni individuo (...) contribuisce secondo le proprie capacità all'adempimento dei compiti dello Stato e della società". In generale, i legami tra le due componenti dell'art. 6 Cost. dipendono in larga misura dal concetto di libertà e responsabilità che viene difeso. Da un punto di vista relazionale, essere responsabili di se stessi significa prevenire un impatto negativo sugli altri e quindi, in un certo senso, contribuire già ai compiti dello Stato. Tuttavia, la seconda componente dell'art. 6 Cost. va oltre la prevenzione da parte degli individui degli effetti negativi delle loro azioni. Copre situazioni che l'individuo non ha contribuito a provocare, ma in cui ha la responsabilità di agire. Come spiegato di seguito, la dottrina tratta questa dimensione della responsabilità con il concetto di solidarietà. Vedremo anche che la menzione esplicita della "società" come luogo in cui si realizza la responsabilità sociale è importante e contribuisce alla costituzionalizzazione del concetto di società (civile) (infra, n. 56). 48

### 1. Aree di contributo derivanti dalla responsabilità sociale

Il requisito generale della responsabilità sociale di cui all'art. 6 Cost. riguarda il contributo dell'individuo all'adempimento dei compiti dello Stato e della società. Questo contributo può essere definito in termini più o meno impegnativi. Al limite, può essere definito come il dovere di ogni individuo di rispettare i propri obblighi legali, tornando così all'idea di un dovere fondamentale di applicazione generale. Il contributo degli individui si limita 49

quindi al rispetto della legge. Come già detto nella discussione delle argomentazioni del Consiglio federale, l'argomento soffre di una certa circolarità (obbligo legale di rispettare la legge) (supra, n. 12). All'estremo opposto, aiutare a svolgere i compiti dello Stato e della società può quasi diventare sinonimo di adempiere a questi stessi compiti. Questo tipo di interpretazione massimalista è difficilmente compatibile con una costituzione liberale e una società pluralista.

50 Come si può trovare una via praticabile tra questi due estremi? Sembra opportuno distinguere tra i tipi di compiti in cui ci si può legittimamente aspettare che l'individuo contribuisca a sostenere lo Stato e la società e il livello di richiesta di tale contributo. Il livello di richiesta verrà esaminato più avanti, quando discuteremo il concetto di "secondo le proprie forze" (infra, n. 59).

51 Per identificare i tipi di compiti, si possono interpretare altre norme costituzionali per comprendere le dimensioni di questa responsabilità sociale. Chatton individua quattro dimensioni di questa responsabilità sociale, basandosi in particolare su una lettura del preambolo della Costituzione: una responsabilità verso il Creato, uno spirito di solidarietà e di apertura al mondo, una responsabilità verso le generazioni future e una responsabilità di solidarietà sociale verso i più deboli e svantaggiati. Alcuni di questi elementi si ritrovano anche nell'art. 40 cpv. 2 della Costituzione, che tratta dei diritti e dei doveri degli Svizzeri all'estero. Questo articolo menziona (senza distinguere chiaramente tra diritti e doveri) l'esercizio dei diritti politici a livello federale, lo svolgimento del servizio militare e del servizio alternativo, l'assistenza alle persone bisognose e le assicurazioni sociali. Nel loro insieme, queste disposizioni permettono di individuare i tipi di compiti in cui la responsabilità sociale degli individui è particolarmente coinvolta.

52 Tuttavia, la gamma di compiti possibili è ancora molto ampia. Per affinare l'analisi, possiamo tentare un'incursione nella teoria morale. Da una prospettiva consequenzialista, la responsabilità sociale dovrebbe essere particolarmente marcata laddove A) i bisogni sono maggiori e più urgenti e B) dove, collettivamente, gli individui sono in grado di apportare un cambiamento significativo (da qui l'uso del termine "contribuire"). In breve, le aree coperte dall'art. 6 Cost. verrebbero definite ponendo la questione della massima utilità possibile dei contributi dei singoli.

La difficoltà maggiore rimane il rischio di uno Stato che strumentalizza i suoi residenti. Lo Stato richiederebbe un impegno agli individui e, inoltre, determinerebbe le aree prioritarie in cui essi dovrebbero impegnarsi. Entrambe le dimensioni presentano una tensione con l'idea di libertà individuale e di pluralismo. Vale la pena sottolineare che il requisito del contributo formulato in questa seconda componente potrebbe essere correlato alle condizioni di libertà e responsabilità della prima componente. Una possibile costellazione potrebbe essere quella di incoraggiare le persone (privatamente o come parte di un'azienda) a integrare le persone svantaggiate in un'attività economica, rafforzando così la loro capacità di essere liberi e responsabili per se stessi. 53

La questione della responsabilità politica si pone in questo contesto di definizione delle priorità. L'articolo 6 Cost. può essere letto come un invito a partecipare politicamente (votare/eleggere), ma anche come un invito a contribuire ai compiti dello Stato e della società attraverso la politica. In un sistema di milizia, ha senso che le persone siano chiamate a contribuire al buon funzionamento delle istituzioni. L'attuale crisi della democrazia comunale, in particolare la difficoltà di trovare candidati alle cariche elettive, viene spesso discussa in termini di responsabilità sociale dei cittadini. L'articolo 6 della Costituzione potrebbe quindi essere inteso come un richiamo all'impegno politico, che sarebbe quindi uno dei compiti a cui i singoli sono invitati a contribuire. È importante notare, tuttavia, che la Costituzione federale non contiene un obbligo esplicito di partecipazione alla politica, a differenza, ad esempio, della Costituzione di Sciaffusa, che richiede la partecipazione alle votazioni e alle elezioni. 54

## 2. La distinzione tra Stato e società

La seconda componente dell'art. 6 Cost. distingue tra Stato e società ("l'adempimento dei compiti dello Stato e della società"). Secondo la dottrina maggioritaria, questa distinzione non è centrale e mira soprattutto ad adottare una prospettiva il più possibile inclusiva. Secondo Chatton, preso qui come esempio della dottrina maggioritaria, la "diversificazione e la crescente complessità dei compiti e delle interazioni" depongono a favore dell'assenza di una chiara distinzione tra Stato e società in questo articolo. Tuttavia, sembra possibile opporsi a questa lettura con due argomenti. L'esplicita 55

menzione dello Stato e della società suggerisce che lo strumento costituente volesse operare una distinzione.

56 In primo luogo, l'idea di responsabilità sociale (l'obbligo per gli individui di contribuire all'adempimento dei compiti) non compare nello stesso contesto se si parla di compiti svolti dallo Stato o dalla società (civile). Nel contesto dell'azione statale, la responsabilità sociale degli individui assume alcune forme specifiche, ad esempio l'idea di rispettare gli obblighi legali, fiscali o militari. Non ci si aspetta che gli individui lavorino a fianco dei membri delle amministrazioni cantonali e federali per aiutarli a svolgere i loro compiti. Questa interpretazione centrata sullo Stato avvicina la responsabilità sociale all'idea dei doveri fondamentali. Il caso già citato dell'adempimento degli obblighi fiscali come condizione per la naturalizzazione (alla luce dell'art. 6 della Costituzione) illustra questo avvicinamento tra la responsabilità sociale e il dovere di adempiere agli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico. In questo caso, la sfida consiste nel mantenere una distinzione tra la responsabilità sociale e gli obblighi già individuati (ad esempio, gli obblighi fiscali). La situazione è diversa nel contesto della società, ad esempio nelle associazioni. In questo contesto, l'art. 6 Cost. invita gli individui a contribuire alla vita della società attraverso il coinvolgimento al di fuori delle strutture statali.

57 In secondo luogo, il riferimento esplicito alla società nell'art. 6 Cost. contribuisce a stabilire l'esistenza indipendente della società civile, in opposizione allo Stato. Come spiega Besson nella sua analisi della Costituzione di Friburgo, la società civile è un concetto relazionale, una cinghia di trasmissione: "In breve, e in termini molto generali, la società civile comprende tutte le relazioni sociali e volontarie che non sono di competenza dello Stato o della politica, né del mercato o dell'economia (società borghese), né della famiglia o della sfera privata". La Costituzione federale cita la parola "società" solo tre volte (artt. 6, 65 (statistica) e 118b (ricerca sull'essere umano) Cost. - i riferimenti alla società per azioni non sono considerati in questa sede). L'articolo 6 Cost. conferisce un'esplicita esistenza costituzionale a questa "società" e alla sua importanza come luogo in cui si realizza e si incarna la responsabilità sociale.

58 In sintesi, il requisito di cui all'art. 6 Cost. deve essere interpretato in modo circoscritto al contributo ai compiti dello Stato (tipo di compiti). Si tratta soprattutto di un invito a contribuire in determinati modi istituzionalizzati, ad

esempio attraverso l'impegno civico. Nel contesto dei compiti della società, l'appello alla responsabilità sociale può assumere forme più inventive.

In questi due ambiti (Stato e società), il livello delle richieste fatte agli individui può variare. In una lettura massimalista, ogni persona appare responsabile nel contesto dello Stato (obblighi istituzionalizzati e minimi, quasi simili ai doveri fondamentali) e in quello della società (obblighi più diversificati nella forma e più aperti nel livello di richiesta). Come già accennato, c'è il rischio considerevole che lo Stato sia troppo esigente. Per ragioni di rispetto della libertà individuale e della pluralità di opinioni, la Costituzione non dovrebbe richiedere agli individui di diventare né supplenti dello Stato né servi della comunità. 59

## 3. Secondo i suoi punti di forza

Di fronte al pericolo di uno Stato potenzialmente troppo esigente nei confronti di individui che si trovano a loro volta in situazioni molto diverse, l'art. 6 Cost. afferma che ciascuno è chiamato ad assumere la propria responsabilità sociale "secondo le proprie forze". Questa nozione introduce un parametro essenziale per determinare la portata della responsabilità sociale degli individui. Non tutti devono impegnarsi allo stesso modo o secondo gli stessi requisiti, ma secondo le proprie forze. 60

L'articolo 6 della Costituente introduce quindi un principio di equità, il cui concetto principale deve essere definito, ovvero quello di "punti di forza" (Kräfte, forze). In generale, il concetto di punti di forza sembra essere usato qui come sinonimo di capacità. Ci si aspetta che gli individui si impegnino in base alle loro capacità, che possono essere fisiche, psicologiche, intellettuali, finanziarie o legate a una particolare fase della vita (ad esempio, la pensione). 61

In questo contesto, l'individuo capace - cioè forte - si contrappone a quello che non può contribuire alla realizzazione dei compiti. Häberle collega questo concetto all'adagio "non si può fare l'impossibile". Se l'individuo non è in grado di farlo, non è giustificato aspettarsi da lui l'impegno previsto dall'art. 6 della Costituzione. Questa questione di equità è presente in molti dibattiti politici. Ad esempio, la questione di rendere l'età pensionabile più flessibile in relazione alla natura faticosa delle occupazioni potrebbe essere affrontata dal 62

punto di vista del contributo che ci si aspetta dagli individui nell'adempimento dei compiti dello Stato e della società.

63 Per analogia con la discussione sulle competenze necessarie per assumersi la responsabilità di se stessi (supra, n. 35), la determinazione dei "punti di forza" (cioè delle capacità) rilevanti solleva anche questioni morali. È importante sapere quali tipi ed entità di capacità sono presupposti o, in altre parole, quali capacità sono considerate "normali". Questa determinazione permette poi di distinguere tra gli individui che non possono e quelli che non vogliono (ma potrebbero teoricamente) contribuire all'esecuzione del compito.

64 Questo dibattito sulla "normalità" è legato alla discussione generale sulla definizione di disabilità e sugli assunti della società in merito all'abilismo e al validismo. A questo proposito, definire quali punti di forza (abilità) sono considerati una posizione di default richiede di chiarire i contorni di questa normalità e la sua rilevanza nell'interpretazione della responsabilità sociale "in base ai propri punti di forza" di cui all'art. 6 Cost.

65 Questa limitazione ai soli capaci non risolve, tuttavia, la difficile questione di quanto ci si aspetta da loro. L'articolo 6 Cost. sembra basarsi su un principio generale di graduazione, secondo il quale maggiore è la forza (la capacità) di un individuo, più ci si aspetta che contribuisca ai compiti comuni. Il limite inferiore è definito dall'esistenza della capacità. Esiste un limite superiore a questo principio? Ogni individuo dovrebbe contribuire "il più possibile" (nessun limite superiore) o, al contrario, "fino a X" (X è il limite superiore)? La definizione di un limite massimo sarebbe una risposta alle critiche di richieste esagerate che possono essere mosse all'art. 6 della Costituzione. In generale, questa domanda tocca una complessa questione di teoria morale, in cui l'obiettivo è determinare la giusta quota che ci si aspetta dagli individui di fronte a una sfida generale (come il cambiamento climatico). La complessità deriva in particolare dal fatto che ciò che ci si aspetta da un certo individuo può dipendere dal comportamento di altri individui.

## IV. CONCLUSIONE

66 Il presente commento offre un approccio strutturato al contenuto dell'art. 6 della Costituzione, la cui interpretazione richiede la mobilitazione delle risorse della teoria giuridica e della filosofia politica. Anche se la portata

giuridica diretta dell'art. 6 Cost. è modesta secondo la maggior parte dei giuristi, la sua funzione di orientamento e integrazione nell'ordinamento costituzionale si basa su una necessaria chiarificazione dei concetti di libertà e responsabilità (per le persone fisiche, ma potenzialmente anche per le persone giuridiche). In quanto tale, l'interpretazione dell'art. 6 Cost. cristallizza i presupposti e le aspettative formulate nei confronti degli individui che vivono all'interno di una società. La sua esistenza richiede un costante chiarimento normativo, come nel caso della questione se siano richiesti determinati sforzi individuali. In questo senso, l'interpretazione proposta dell'art. 6 Cost. riunisce e, in un certo senso, racconta elementi essenziali della nostra visione dell'individuo e delle aspettative riposte in lui in una società liberale.

*Ringraziamenti*

*Desidero ringraziare i due revisori anonimi, Odile Ammann, Stefan Schlegel, Audrey Boussat e Martine Rouiller per il loro feedback sulle precedenti bozze del testo.*

*L'autore*

*Johan Rochel è un filosofo del diritto. Attualmente è ricercatore presso il Collège des Humanités (EPFL), specializzato in diritto ed etica della tecnologia, e docente presso l'Università di Friburgo (filosofia del diritto) e l'Università di Losanna (governance di Internet). È inoltre affiliato al Centro di etica dell'Università di Zurigo. Ha conseguito un dottorato in diritto presso l'Università di Friburgo e due master presso l'Università di Berna (filosofia politica e diritto). È stato membro dell'Assemblea costituente del Vallese dal 2018 al 2023. Contatto: johan.rochel@gmail.com.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Audard Catherine, Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société, Paris 2009.

Bertschi Martin/Gächter Thomas, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Bertschi Martin/Gätcher Thomas, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, pp. 3-32.

Biaggini Giovanni, Verfassungsreform in der Schweiz – Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von «Verfassungsnachführung» und Verfassungspolitik, ZöR 1999, pp. 433-474.

Chatton Gregor T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Zürich et al. 2013.

Gächter Thomas, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2018, pp. 693–706.

Häberle Peter, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. éd., Berlin 2008.

Haldemann Frank, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die Schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989.

Koch Markus, Eigenverantwortung als staatsrechtliches Problem, Diss., Luzern 2004.

Nussbaum Martha, Women and Human Development: The Capabilities Approach, Cambridge 2000.

Pärli Kurt, Das Kreuz mit der Selbstverantwortung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 62/2018, pp. 707-722.

Richli Paul, Staatsziele, Staatsaufgaben und Staatsverwaltung – Streifzug durch neue Kantonsverfassungen und durch den Luzerner Verfassungsentwurf, ZBJV Lucerne 2004, pp. 801 ss.

Riemer-Kafka Gabriela, Die Pflicht zur Selbstverantwortung: Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Fribourg 1999.

Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern et al. 1984.

Schweizer Rainer J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Rüssli et al. (éd), Festschrift für Tobias Jaag, 2012.

Sen Amartya, Human Rights and Capabilities, Journal of Human Development 6(2), 151-166, 2005.

Winiger Benedict et al., (éd.), Recht und Verantwortung/Droit et responsabilité, Stuttgart, 2012.

## BIBLIOGRAFIA

AGILE, Handicap et politique, 2021, https://www.agile.ch/_files/ugd/3b62ac_b03291ee1aa6459292da3c902985ff9c.pdf?index=true, consulté le 16.5.2023.

Aubert Jean-François, Droits et devoirs de l'homme et du citoyen : une symétrie ?, RDAF 1997 I, 1 ss.

Audard Catherine, Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société, Paris 2009.

Bertschi Martin/Gächter Thomas, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Bertschi Martin/Gätcher Thomas, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, pp. 3-32.

Besson Samantha, La Constitution de la société civile, Revue fribourgeoise de jurisprudence, no spécial, 2005.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 6, in: Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. éd., Zürich 2017.

Chatton Gregor T., Art. 6, in Martenet Vincent et Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, Bâle 2021.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I, 1 ss.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, Kommentierung zu Art. 6, in: Waldmann Bernhard/ Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015.

Gächter Thomas, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2018, pp. 693–706.

Häberle Peter, Kommentierung zu Art. 6, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3. Auf., Zürich, 2014.

Haldemann Frank, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die Schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003.

Hobbes Thomas, Léviathan, Paris 2000 (parution originale 1651).

Hohl Sabine/Roser Dominik, Stepping in for the Polluters? Climate Justice under Partial Compliance, Analyse und Kritik (33) 2011, pp. 477-500.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989.

Mahon Pascal, Art. 6, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003.

Müller Markus, Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin/Zelger Ulrich/ Thürer Daniel (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Zurich, 2020.

Müller Markus, Von Freiheit, Überforderung und Bumerangen, ZBl 123 (2022), pp. 1-2.

Müller Andreas/Adler Tibère (éd.), Etat citoyen et citoyens dans l'Etat, Avenir Suisse, 2015.

Murphy Liam, Moral Demands in Nonideal Theory, Oxford 2000.

Ost François, Droits et devoirs de l'homme, in: Hertig Randall Maya/ Hottelier Michel (Hrsg.), Introduction aux droits de l'homme, Genève et al. 2014.

Piecek Martina/Tabin Jean-Pierre/Perrin Céline/ Probst Isabelle, La normalité en société capacitiste - Une étude de cas (assurance invalidité suisse), SociologieS (en ligne) 2017, https://doi.org/10.4000/sociologies.6412.

Rhinow René, Die Bundesverfassung, 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2016.

Riemer-Kafka Gabriela, Beurteilung des AHV-Erwerbsstatus bei Dreiecksverhältnissen, Urteilsbesprechung 9C_589/2019, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2020.

Robeyns Ingrid/Morten Fibieger Byskov, The Capability Approach, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023, https://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/, consulté le 16.5.2023.

Schmidt Helmut, Auf der Suche nach einer öffentlichen Moral, 4. éd., Stuttgart 1998.

Schweizer Rainer J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Rüssli et al. (éd), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012.

Studer Melanie, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Zürich 2021.

Swaton Sophie, Pour un revenu de transition écologique, Paris 2018.

Waechter Kay, Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten, Der Staat 1999, pp. 279 ss.

Winistörfer Marc M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung in Schmid Jörg (Hrsg.), Grundrecht und Grundsatz im Lichte
der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021.

Young Iris Marion, Responsibility and Global Justice: a Social Connection Model, Social Philosophy and Policy 23(1), 2006, pp. 102-130.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 10 Cost.

Un commentario di Corina Heri

CITAZIONE SUGGERITA

Corina Heri, Commentary of art. 10 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Heri, art. 10 FC N. XXX

**Art. 10 Diritto alla vita e alla libertà personale**

[1] Ognuno ha diritto alla vita. La pena di morte è vietata.

[2] Ognuno ha diritto alla libertà personale, in particolare all'integrità fisica e psichica e alla libertà di movimento.

[3] La tortura nonché ogni altro genere di trattamento o punizione crudele, inumano o degradante sono vietati.

# STRUTTURA

I. Introduzione e storia delle origini ..... 105
II. Contesto di diritto internazionale ..... 106
III. Ambito personale di protezione ..... 107
IV. Paragrafo 1: Diritto alla vita e divieto di pena di morte ..... 109
A. Ambito materiale di tutela ..... 109
B. Ricorsi mediati ..... 111
1. Rivendicazioni della difesa ..... 111
2. Doveri positivi di protezione ..... 113
3. Obblighi di indagine ..... 118
4. Il divieto della pena di morte ..... 119
V. Paragrafo 2: Diritto alla libertà personale ..... 119
A. Fondamenti ..... 119
B. Ambito sostanziale di tutela ..... 121
1. Diritto all'integrità corporea ..... 121
2. Libertà di movimento ..... 125
3. Diritto all'integrità mentale, all'autodeterminazione e allo sviluppo personale ..... 129
C. Rivendicazioni mediate ..... 132
D. Restrizioni ..... 133
VI. Paragrafo 3: Il divieto di tortura ..... 133
A. Fondamenti ..... 133
B. Ambito di applicazione ..... 134
C. Rivendicazioni mediate ..... 138
VII. Il divieto di traffico di esseri umani, lavoro forzato e schiavitù ..... 139
A. Fondamenti ..... 139
B. Ambito materiale di protezione ..... 139
C. Rivendicazioni mediate ..... 140
Letture consigliate ..... 140
L'autore ..... 142
Bibliografia ..... 142

# I. INTRODUZIONE E STORIA DELLE ORIGINI

L'articolo 10 della Cost. protegge aspetti elementari dello sviluppo della personalità e dell'integrità fisica e mentale: il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale e il divieto di tortura. Vengono toccati aspetti fondamentali dell'esistenza umana, il che significa che questa disposizione è intesa come una "garanzia di base per la protezione della personalità". 1

Con l'art. 10 della Costituzione federale, nel 1999 il legislatore costituzionale ha incorporato nella Costituzione federale le rivendicazioni del diritto internazionale e il diritto costituzionale non scritto. In particolare, sono state codificate le garanzie dei diritti umani e i diritti fondamentali alla vita e alla libertà personale (riconosciuti come diritti costituzionali non scritti nella precedente giurisprudenza del Tribunale federale). Il fatto che questi diritti siano stati codificati in un'unica disposizione costituzionale (art. 10 Cost.) sottolinea le interrelazioni tra i diritti parziali. Così, il diritto alla vita e il divieto di tortura tutelano aspetti fondamentali dell'integrità corporea e quindi della libertà personale. Il divieto della pena di morte (art. 10 cpv. 1 frase 2 Cost.) e il divieto della tortura e di qualsiasi altra forma di trattamento o punizione crudele, inumana o degradante (art. 10 cpv. 3 Cost.) costituiscono il contenuto centrale del diritto alla libertà personale. 2

Nelle Costituzioni del 1848 e del 1874 non esisteva alcuna disposizione antecedente all'attuale art. 10 Cost. Tuttavia, questa disposizione continuava implicitamente i precedenti divieti del reato di debito (art. 59 cpv. 2 Cost. 1874) e delle punizioni corporali (art. 65 cpv. 2 Cost. 1874). Inoltre, la prima Costituzione federale conosceva già il divieto della pena di morte per i reati politici (art. 54 Cost. 1848). 3

Alcuni elementi del diritto alla libertà personale non si riflettono nell'articolo 10 della Cost. ma in altre disposizioni costituzionali. Di conseguenza, l'art. 10 Cost. si sovrappone a queste disposizioni. Ad esempio, i bambini e gli adolescenti hanno diritto a una protezione speciale della loro integrità ai sensi dell'articolo 11 della Cost. Altri contenuti parziali sono stati codificati nella protezione della privacy nell'art. 13 Cost., nella dignità umana nell'art. 7 Cost. e nelle garanzie relative alla privazione della libertà nell'art. 31 Cost. 4

## II. CONTESTO DI DIRITTO INTERNAZIONALE

5 Il diritto alla libertà personale è collegato a diversi trattati internazionali, in particolare a quelli sui diritti umani. Con le sue varie componenti, l'art. 10 Cost. combina diversi diritti umani indipendenti. Ad esempio, la CEDU tutela il diritto alla vita (art. 2 CEDU), i divieti di tortura (art. 3 CEDU) e di schiavitù e lavoro forzato o obbligatorio (art. 4 CEDU) e il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 CEDU), ciascuno separatamente. Inoltre, l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) protegge vari elementi del diritto costituzionale alla libertà personale, ad esempio l'integrità fisica e mentale, l'autodeterminazione, le relazioni sociali e il desiderio di avere figli o di rimanere senza figli.

6 Il testo originale della CEDU non contemplava il divieto della pena di morte. Quando la CEDU fu aperta alla firma il 4 novembre 1950, la pena di morte non era ancora generalmente considerata problematica dal diritto internazionale. Con il 6° Protocollo aggiuntivo alla CEDU, entrato in vigore nel 1985, gli Stati firmatari si sono successivamente impegnati ad abolire la pena di morte in tempo di pace. Con il 13° Protocollo aggiuntivo alla CEDU, entrato in vigore nel 2003, questo divieto è stato esteso anche al tempo di guerra. Oggi il 6° Protocollo aggiuntivo si applica a tutti i 46 Stati membri del Consiglio d'Europa; anche la Svizzera lo ha ratificato nel 1987. Oltre all'Armenia e all'Azerbaigian, tutti gli attuali Stati membri del Consiglio d'Europa hanno ratificato il 13° Protocollo aggiuntivo, compresa la Svizzera. Alla luce di questi sviluppi, il divieto della pena di morte è considerato in dottrina come diritto internazionale regionale obbligatorio, che continuerebbe ad applicarsi, ad esempio, dopo una denuncia della CEDU o in caso di conflitto armato.

7 Il Patto ONU II contiene anche diverse disposizioni per la protezione della libertà personale. Tra le disposizioni rilevanti vi sono il diritto alla vita (art. 6), il divieto di tortura (art. 7), il divieto di schiavitù e di lavoro forzato o obbligatorio (art. 8), il diritto alla libertà personale e alla sicurezza (art. 9), il diritto a un trattamento umano in caso di privazione della libertà (art. 10), il divieto di detenzione per debiti (art. 11) e la libertà di movimento (art. 12). Sebbene il Patto ONU II non proibisca la pena di morte in toto, le sue possibili applicazioni sono limitate (art. 6 cpv. 2-6). Inoltre, nell'ambito di questa Convenzione esiste anche un protocollo opzionale sull'abolizione della pena di morte, che la Svizzera ha ratificato nel 1994. Inoltre, secondo il

Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, la pena di morte non può essere reintrodotta; la sua abolizione non può quindi essere annullata.

Varie parti dell'art. 10 della Cost. fanno riferimento ad altri accordi regionali e internazionali. Sono particolarmente rilevanti la Convenzione ONU contro la tortura del 1984, la Convenzione europea contro la tortura del 1987, la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica del 2011 e le Regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa. 8

## III. AMBITO PERSONALE DI PROTEZIONE

Tutte le persone fisiche viventi, indipendentemente dalla loro nazionalità, hanno diritto alla protezione ai sensi dell'articolo 10 della Cost. La delimitazione di questo ambito di protezione, in particolare per quanto riguarda l'inizio e la fine della vita umana, solleva diverse e talvolta controverse questioni. 9

Il momento dell'inizio della vita non è definito dal diritto costituzionale e dai diritti umani. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha lasciato questa decisione alla discrezionalità degli Stati. Anche la Corte Suprema Federale non ha ancora risposto in modo definitivo a questa domanda, il che porta a opinioni dottrinali divergenti. È fondamentalmente accettata l'idea che i diritti costituzionali del futuro bambino possano avere un certo (pre)effetto già prima della nascita e che si applichino al più tardi dal momento della nascita. Questo aspetto è discusso in modo più dettagliato ai punti 16-17. 10

La libertà personale di cui all'art. 10 cpv. 2 Cost. può avere effetto anche dopo la morte. Non si tratta di un vero e proprio "diritto fondamentale post mortem", ma piuttosto di una protezione dell'autodeterminazione e in particolare delle decisioni prese in vita sul destino del proprio corpo, che ha un effetto temporale oltre la morte. La protezione di queste decisioni prevale sui desideri dei parenti ed è legata alla tutela della dignità umana (art. 7 Cost.). In assenza di istruzioni esplicite da parte della persona deceduta, la volontà dei parenti deve essere presa in considerazione in via sussidiaria. I loro desideri godono della protezione dell'art. 10 cpv. 1 Cost. e di una certa protezione ai sensi della legge sui diritti umani attraverso l'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata e familiare) e l'art. 9 CEDU (libertà di pensiero, coscienza e religione). Nei singoli casi è necessaria una ponderazione degli interessi. 11

12 L'autodeterminazione sul destino del proprio corpo include anche le decisioni relative all'eventuale donazione di organi. Nel referendum del 15 maggio 2022 è stata adottata una "soluzione di obiezione" in questo contesto. In futuro, in linea di principio, gli organi e i tessuti di qualsiasi persona potranno essere prelevati a scopo di trapianto dopo la morte, a condizione che la persona deceduta non abbia espresso la propria obiezione in vita e che i parenti non sappiano o sospettino l'esistenza di tale obiezione. Il consenso esplicito al prelievo di organi non è quindi più necessario. Questa soluzione di obiezione "estesa" dovrebbe continuare a garantire la protezione post mortem della libertà personale della persona deceduta. Tuttavia, non include la volontà dei parenti.

13 Le persone giuridiche non sono in linea di principio portatrici dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 10 Cost. Baldegger critica questo atteggiamento sprezzante della dottrina prevalente. La Corte Suprema Federale ha riconosciuto i diritti fondamentali delle persone giuridiche per quanto riguarda la tutela della buona reputazione o dell'onore, che attualmente, tuttavia, è piuttosto un'applicazione del diritto alla protezione della privacy ai sensi dell'art. 13 Cost. Inoltre, anche le associazioni di persone possono invocare la libertà personale.

14 Sembra discutibile che anche gli animali possano essere portatori di diritti fondamentali di libertà personale. Sebbene oggi sia chiaro che gli animali hanno alcune capacità che un tempo erano considerate esclusivamente parte dell'essere umano (ad esempio i sentimenti di empatia), gli animali non sono considerati portatori di diritti fondamentali dal diritto costituzionale. Tuttavia, i Cantoni possono andare oltre gli standard minimi della Cost. e della CEDU in termini di diritti fondamentali e umani. Pertanto, possono riconoscere anche ai primati non umani il diritto alla vita e all'integrità fisica e mentale. Al contrario, i sistemi di intelligenza artificiale, ad esempio i robot umanoidi, non hanno diritto ai diritti fondamentali, in quanto mancano - almeno al momento - delle necessarie emozioni umane. L'inesistenza di una vulnerabilità e di una mortalità simili a quelle umane può anche essere contraria all'applicabilità del diritto fondamentale in questo caso. Pertanto, l'applicabilità a tali sistemi non sembra essere né significativa né necessaria.

# IV. PARAGRAFO 1: DIRITTO ALLA VITA E DIVIETO DI PENA DI MORTE

## A. Ambito materiale di tutela

Il diritto alla vita è il punto di partenza e il prerequisito per tutti gli altri diritti fondamentali. È un diritto fondamentale che comprende "la totalità delle funzioni biologiche e psicologiche che caratterizzano l'essere umano in quanto essere vivente". Questo diritto è una delle norme perentorie del diritto internazionale e una delle garanzie della CEDU che è ferma in uno stato di emergenza. 15

Come discusso al n. 10, il Cost. e la CEDU lasciano aperto il momento dell'inizio della vita (e quindi il momento dell'inizio della tutela costituzionale del diritto alla vita). Il momento in cui inizia la protezione della vita in attesa in base ai diritti fondamentali è controverso. Questo momento può essere di grande importanza, soprattutto per quanto riguarda gli aborti e le questioni di medicina riproduttiva e ingegneria genetica. La dottrina oggi prevalente ritiene che la vita prenatale abbia diritto a una certa protezione costituzionale, anche se la natura di questa protezione non è stata chiarita. In questo senso, ci si discosta dall'approccio di diritto privato secondo cui la vita o la personalità iniziano con la nascita completa. Secondo Biaggini, i diritti individuali effettivi non esistono fino alla nascita, ma i doveri di protezione dello Stato possono entrare in vigore già prima della nascita e il legislatore ha un notevole margine di manovra. Hertig Randall/Marquis condividono questo punto di vista e notano che la vita in attesa non può essere equiparata a una cosa. Tschentscher la vede in modo un po' diverso: secondo il suo punto di vista, la protezione della vita prenatale "cresce costantemente dal concepimento fino all'ambito di protezione pienamente sviluppato dalla nascita"; tuttavia, non vi è alcun diritto ai "corsi di azione che portano allo stato di essere vivi (procreazione, nascita)". 16

L'idea di un certo effetto anticipato dei diritti del futuro bambino sulla fase prenatale, senza quindi concedere al nascituro un vero e proprio diritto alla vita, permette al legislatore di tenere conto della complessità di queste questioni e del necessario bilanciamento degli interessi. Così, nell'ambito dell'aborto, il diritto all'autodeterminazione della gestante viene soddisfatto, 17

tra l'altro, prevedendo una soluzione a tempo. Il Tribunale federale è tenuto ad applicare questa regolamentazione (penale) dell'aborto.

18 Anche il Cost. non specifica il momento della fine della vita. A questo proposito, la giurisprudenza federale fa riferimento alla "morte cerebrale". Già negli anni '70, la Corte Suprema Federale ha riconosciuto che non esiste una vita umana non degna di essere vissuta, ma che una persona deve essere considerata morta non appena le funzioni corporee vitali cessano completamente e in modo irreversibile. I criteri di demarcazione pertinenti devono essere determinati dalla scienza medica, che si basa inequivocabilmente sulla morte cerebrale. Una disposizione corrispondente è stata inserita nella legge sui trapianti nel 2004: Secondo l'art. 9 cpv. 1 di questa legge, la morte si verifica quando le funzioni cerebrali umane, comprese quelle del tronco encefalico, sono "irreversibilmente cessate". Tuttavia, alcuni aspetti del diritto alla vita hanno ancora effetto dopo la morte. Ad esempio, nel caso di morti sospette, esiste un diritto fondamentale e umano a un'indagine da parte dello Stato anche dopo la morte.

19 Secondo il Dispaccio sulla Costituzione federale, l'art. 10 cpv. 1 frase 1 protegge "assolutamente" dagli attacchi intenzionali alla vita. Tuttavia, questo punto di vista è discutibile. Secondo Biaggini, ad esempio, questo diritto non può essere inteso come assoluto - contrariamente a quanto sostenuto dal Consiglio federale nel messaggio sulla Costituzione federale - poiché le uccisioni sono ammissibili in determinate circostanze, ad esempio (e a determinate condizioni) nel contesto di operazioni di polizia e situazioni di guerra. La prassi dei tribunali federali sembra confermare questo punto di vista. Non tutte le uccisioni intenzionali costituiscono una violazione dei diritti fondamentali o umani. Il diritto alla vita prevede eccezioni per gli atti di guerra leciti, un'eccezione - da intendersi in senso stretto - al monopolio dello Stato sull'uso della forza per autodifesa (art. 15 StGB) e una disposizione per le uccisioni eccezionalmente consentite dalla polizia o dai militari in situazioni estreme. Inoltre, esistono uccisioni intenzionali da parte di privati che non comportano una violazione dei diritti fondamentali o umani da parte dello Stato, poiché i doveri di protezione, investigazione e punizione dello Stato sono stati rispettati.

20 La questione della validità assoluta di un diritto si pone indipendentemente dalla determinazione del suo ambito di tutela. Il diritto alla vita non rivendica una validità assoluta nella misura in cui consente di bilanciare gli interessi.

Tuttavia, la posizione talvolta sostenuta in dottrina secondo cui le restrizioni al diritto alla vita dovrebbero essere valutate in base all'articolo 36 della Cost. è problematica. È ipotizzabile un'applicazione analoga di questa disposizione, in base alla quale va condivisa l'opinione di Hertig Randall e Marquis, secondo cui in particolare i requisiti dell'interesse pubblico giustificante e della proporzionalità non possono essere applicati senza ulteriori indugi. Questi requisiti devono essere interpretati in modo restrittivo in considerazione dell'importanza fondamentale del diritto alla vita, oppure devono essere sottoposti a requisiti particolarmente elevati. Pertanto, non tutti gli interessi pubblici possono giustificare un'uccisione e l'atto corrispondente deve essere assolutamente necessario.

Inoltre, alcuni elementi del diritto alla vita rivendicano senza ambiguità una validità assoluta. Ciò vale, ad esempio, per il divieto della pena di morte. Il concetto di pena di morte si riferisce alle sentenze capitali pronunciate come sanzione nel corso di un procedimento penale. Queste sono assolutamente vietate all'interno del Consiglio d'Europa (cfr. n. 6) e la loro proibizione costituisce parte del contenuto centrale del diritto alla vita. In Svizzera, anche il divieto della pena di morte costituisce un ostacolo materiale alla revisione costituzionale. La giustificazione è il carattere imperativo del divieto, che talvolta viene anche definito in dottrina come diritto internazionale imperativo "regionale" o ius cogens europeo. È quindi inammissibile la reintroduzione della pena di morte attraverso una revisione costituzionale. Questo divieto avrebbe impedito anche la convalida dell'iniziativa del 2010 (già fallita in fase di raccolta) per l'introduzione della "pena di morte per omicidio con abusi sessuali". 21

## B. Ricorsi mediati

### 1. Rivendicazioni della difesa

Il diritto alla vita garantisce una rivendicazione difensiva contro la violenza letale dello Stato. Ciò non significa che ogni uso della forza da parte dello Stato che provochi la morte sia una violazione di questo diritto. L'uso della forza da parte della polizia o dell'esercito, compreso l'uso di armi da fuoco, è consentito a condizioni rigorose, anche se comporta un rischio di morte. 22

A livello federale, la Legge sull'uso della forza (ZAG) stabilisce i principi dell'uso ammissibile della coercizione da parte della polizia. L'uso della 23

coercizione è consentito solo dopo un addestramento speciale e solo per mantenere o ripristinare uno stato di cose lecito e deve essere soggetto a un rigoroso test di proporzionalità. L'uso delle armi deve essere sempre un'ultima ratio, che deve soddisfare i requisiti dell'avvertimento e dello sparo. Il Tribunale federale ha concretizzato i principi applicabili con riferimento ai latitanti sospettati di gravi reati. L'uso delle armi da fuoco in questi casi deve sempre essere appropriato e proporzionato alle circostanze. Ciò significa che la persona in fuga deve essere particolarmente pericolosa o violenta. Questi requisiti sono specificati più dettagliatamente nella legislazione cantonale. Ne consegue che le armi da fuoco possono essere utilizzate per impedire la fuga solo se la persona in fuga è armata o se è sospettata di un reato che ha ferito o messo in pericolo la vita, l'incolumità o la salute di altre persone e se si teme che questo potenziale di violenza si realizzi anche durante la fuga.

24 I requisiti descritti nel paragrafo precedente derivano anche dall'art. 2 della CEDU (o dalla corrispondente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo). Gli Stati aderenti alla Convenzione devono disporre di un quadro giuridico (amministrativo) adeguato che descriva le circostanze in cui è consentito l'uso della forza e in particolare delle armi da fuoco da parte delle autorità preposte all'applicazione della legge. È richiesto un test di proporzionalità in ogni singolo caso, che deve essere basato sulla natura del presunto reato e sulla pericolosità della persona interessata. Inoltre, la legislazione nazionale deve prevedere un sistema di garanzie adeguate ed efficaci contro l'arbitrio, l'abuso di forza e gli incidenti evitabili nelle operazioni di polizia.

25 A differenza della cosiddetta "tortura di salvataggio" (vedi n. 71), il controverso cosiddetto "colpo di salvataggio finale" o "colpo mortale" è considerato ammissibile in determinate circostanze dalla giurisprudenza. Il problema è l'uccisione intenzionale da parte delle forze di sicurezza. Il caso dello sparatore di Coira viene qui utilizzato come esempio principale, in cui il Tribunale cantonale dei Grigioni ha assolto il comandante della polizia responsabile. Tuttavia, l'assoluzione penale della persona che ha agito non significa necessariamente che non si sia verificata una violazione dei diritti umani o fondamentali. Tali violazioni possono verificarsi, ad esempio, a causa di un'indagine inadeguata o di un quadro giuridico carente. I requisiti si applicano anche alla pianificazione dell'operazione in questione. Le forze di sicurezza devono essere adeguatamente informate e istruite, in modo da

tenere sufficientemente conto del diritto alla vita delle persone interessate, perché si tratta di una grave interferenza con il diritto alla vita, ammissibile solo come ultima ratio e in situazioni di pericolo acuto. Hertig Randall e Marquis escludono una definizione astratta di quando l'uccisione intenzionale da parte delle forze di sicurezza sia ammissibile. Ciò non è compatibile con l'orientamento filosofico di questa disposizione o con la sua natura fondamentale. D'altra parte, essi ritengono lecito trattare astrattamente le situazioni in cui è consentito l'uso della forza che potrebbe causare la morte. Questa visione è convincente: impedisce una normalizzazione delle uccisioni e tratta la forza letale come ultima ratio.

Secondo Moeckli, la costellazione del colpo di salvataggio deve essere distinta 26
dalla questione se la disposizione relativa all'uso delle armi contro gli aeromobili di cui all'art. 92a del Codice militare permetta l'abbattimento di un aereo civile dirottato (un cosiddetto volo "rinnegato"). In un caso del genere (finora teorico in Svizzera), sarebbero sacrificati anche i terzi, il che significa che l'ammissibilità deve essere negata. Tschentscher è d'accordo con questo punto di vista, poiché la vita dei passeggeri e dei membri dell'equipaggio diventerebbe altrimenti parte di un "calcolo utilitaristico" che non sarebbe compatibile con la dignità umana. Il messaggio del Consiglio federale sull'articolo 92a della legge militare è degno di nota a questo proposito. In esso si legge: "Un simile abbattimento di un aereo non solo viola il contenuto centrale del diritto alla vita (art. 10 Cost.). Un bilanciamento di 'vita contro vita', in cui lo Stato sacrifica persone per salvare eventualmente un numero maggiore di innocenti, degrada allo stesso tempo i passeggeri dell'aereo a oggetti dell'azione dello Stato, violando così anche la dignità umana".

## 2. Doveri positivi di protezione

Il diritto alla vita comprende anche i doveri di protezione dello Stato. 27
Secondo questi cosiddetti obblighi positivi, lo Stato deve adottare misure preventive di protezione se esiste un pericolo per la vita umana. Questo obbligo si applica a tutte le fonti di pericolo. Include, tra l'altro, le minacce da parte di individui (Corte europea dei diritti dell'uomo, Osman v. Regno Unito, lesioni a un alunno minorenne e uccisione di suo padre da parte di un ex insegnante), nel contesto del sistema sanitario (Corte europea dei diritti dell'uomo, Lopes de Sousa Fernandes v. Portogallo, morte di un paziente in seguito a negligenza medica dopo un'operazione), in contesti istituzionali

(Corte europea dei diritti dell'uomo, Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, morte di un giovane rom gravemente disabile e sieropositivo sotto la custodia dello Stato) o a causa di disastri naturali (ECtHR, Budayeva e altri v. Russia, mancata attuazione da parte delle autorità delle necessarie misure di protezione di fronte al rischio prevedibile di una frana mortale).

28 Questo obbligo ha dei limiti: Lo Stato non è "né obbligato né in grado di prevenire completamente gli atti di violenza tra privati". Si tratta di un dovere dello Stato di agire, cioè di intraprendere un'azione, e non di un dovere di raggiungere effettivamente un certo risultato. Inoltre, non tutti i possibili pericoli per la vita possono obbligare lo Stato ad agire. Inoltre, le autorità hanno discrezionalità nella scelta delle misure concrete e la valutazione si basa sulle circostanze del singolo caso. Inoltre, l'art. 10 cpv. 1 Cost. non esclude che i titolari dei diritti fondamentali in grado di agire e pienamente informati possano acconsentire volontariamente a rischi per la vita o la salute, ad esempio a interventi medici rischiosi.

29 I doveri di protezione dello Stato diventano applicabili non appena le autorità sanno o avrebbero dovuto sapere che esiste un rischio reale e imminente per la vita di persone specifiche (o identificate) a causa di atti criminali di terzi. Se tale rischio esiste, le autorità devono adottare, nell'ambito dei loro poteri, le misure che possono ragionevolmente portare a evitare il rischio. Ciò significa anche che lo Stato deve stabilire un quadro normativo adeguato e adottare misure operative preventive per proteggere il diritto alla vita. L'art. 2 della CEDU impone anche requisiti per le analisi dei rischi da parte dello Stato, richiede un impegno contestuale e stabilisce requisiti minimi per la protezione delle persone vulnerabili in particolare. Le persone vulnerabili sono, ad esempio, i detenuti o le vittime di violenza domestica. Questi requisiti di protezione preventiva vanno di pari passo con gli obblighi di indagine dello Stato (vedi sotto).

30 Attualmente, per quanto riguarda gli effetti del cambiamento climatico, si fa sempre più riferimento ai doveri di protezione contenuti nel diritto alla vita. Nel caso KlimaSeniorinnen, la Corte Suprema Federale ha ritenuto che il diritto alla vita dei ricorrenti non fosse ancora minacciato dalle presunte omissioni nella politica climatica in misura tale da potersi dire sufficientemente colpito ai sensi dell'art. 25a VwVG. La questione del dovere dello Stato di proteggere le donne anziane, particolarmente a rischio di

ondate di calore, è stata portata davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha già applicato i doveri di protezione in relazione al diritto alla vita (art. 2 CEDU) e al diritto all'integrità fisica e mentale (art. 8 CEDU) in precedenti casi di diritto ambientale, ad esempio in relazione ai disastri industriali. In questo caso si pongono questioni complesse, tra cui il nesso di causalità, l'attribuzione allo Stato, l'applicazione extraterritoriale dei diritti fondamentali e umani e la prova dell'immediatezza del pericolo. Tuttavia, sono sempre più numerose le voci che considerano le conseguenze del cambiamento climatico sulla salute e gli effetti dei disastri naturali che ne derivano come una violazione del diritto alla vita. Questa opinione è sostenuta anche in questa sede a causa dei rischi gravi e irreversibili per la vita umana che ne derivano. Tuttavia, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, che ha preso le prime decisioni internazionali sul clima in questo contesto, ha posto requisiti elevati sull'immediatezza del pericolo. Ad esempio, nel caso Teitiota (che riguardava il possibile spostamento legato al clima del denunciante dalla nazione insulare del Pacifico Kiribati), il Comitato ha imposto un elevato onere della prova al denunciante. Allo stesso tempo, il Comitato ha riconosciuto in linea di principio che un grave danno ambientale può influire sul diritto alla vita. Ciò è stato confermato nel caso Billy contro Australia del 2022. Anche in questo caso, tuttavia, il Comitato è giunto alla controversa conclusione che non esisteva ancora una minaccia sufficientemente urgente per la vita dei ricorrenti. I casi sul clima pendenti davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo possono rivelare se la Corte troverà una violazione del diritto alla vita o del diritto di livello inferiore alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU); questi casi probabilmente definiranno il corso dei successivi casi sul clima - e quindi della corrispondente interpretazione del diritto alla vita.

Il diritto alla vita è attualmente rilevante anche nel contesto delle pandemie e 31
delle epidemie. Anche in questo contesto, possono essere necessarie misure statali per proteggere la vita. Nel contesto della pandemia COVID-19, ad esempio, Kiener e Moeckli hanno sostenuto che il diritto alla vita e il diritto all'integrità fisica obbligano lo Stato a proteggere la popolazione - e in particolare le persone vulnerabili - dal virus e a prevenire il sovraccarico del sistema sanitario. Tuttavia, la proporzionalità delle implicazioni sui diritti fondamentali delle misure di protezione adottate di conseguenza è valutata in modo diverso dalla dottrina. Secondo Moeckli, si tratta di un "esempio quasi

da manuale di collisione di diritti fondamentali" tra il diritto alla libertà e il diritto alla vita e all'integrità fisica.

32 Il diritto alla vita non include il dovere di vivere. Il dovere di protezione dello Stato ai sensi dell'art. 10 cpv. 1 Cost. trova i suoi limiti nel diritto all'autodeterminazione; il diritto alla libertà personale (art. 10 cpv. 2 Cost.) protegge quindi anche il diritto alla morte o al suicidio. Allo stesso tempo, però, lo Stato ha l'obbligo di proteggere le persone vulnerabili dai rischi di vita che provengono da loro stesse. Ciò significa che le autorità sono tenute a impedire i suicidi se la decisione di farlo non è stata presa liberamente e con piena consapevolezza delle conseguenze. I suicidi per i quali il consenso non è stato dato in modo chiaro e con la capacità di giudizio, così come i suicidi pubblici che potrebbero interessare terzi, devono essere impediti dallo Stato.

33 Anche le persone detenute che sono in grado di giudicare hanno diritto alla morte autodeterminata. La detenzione stabilisce un rapporto di status speciale in cui si applicano speciali doveri di protezione e cura da parte dello Stato. Se i detenuti tentano di togliersi la vita a causa della disperazione per la loro detenzione - e non sulla base di motivazioni autonome - si applica il dovere di protezione. Questo dovere di protezione è particolarmente sentito nel caso di detenuti vulnerabili. Nella causa S.F. contro la Svizzera, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato una violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) dopo che un detenuto vulnerabile era stato tenuto in una cella della polizia per quaranta minuti senza sorveglianza e si era tolto la vita durante questo periodo. Se, invece, un detenuto con capacità di giudizio decide di togliersi la vita per motivi di autodeterminazione, la giurisprudenza della Corte Suprema Federale indica che gli istituti penitenziari - come qualsiasi altra istituzione senza scopo di lucro e sovvenzionata dallo Stato - devono tollerare il suicidio assistito all'interno dei loro locali, anche se non sono tenuti a fornire l'eutanasia vera e propria. Alcuni studiosi sostengono che il diritto di morire potrebbe competere con vari interessi pubblici che potrebbero temporaneamente superare il diritto all'autodeterminazione. Per esempio, Urwyler e Noll avvertono che il suicidio assistito potrebbe essere percepito come una pena di morte mascherata per i prigionieri stanchi della detenzione. Essi sostengono una divisione in due gruppi di casi. I detenuti malati terminali dovrebbero avere accesso al suicidio assistito alle stesse condizioni della popolazione generale; questo punto di vista è condiviso anche qui. D'altra parte, nel caso di detenuti il cui desiderio

di morire è legato agli effetti psicologici della privazione della libertà, dovrebbero entrare in gioco periodi di interdizione, un'assistenza terapeutica sufficiente e condizioni procedurali rigorose. L'opinione è che in questo contesto debbano essere decisivi i doveri speciali dello Stato di proteggere i detenuti vulnerabili, ma non l'idea di espiazione o lo scopo della punizione.

Sorgono questioni particolari in relazione ai detenuti in sciopero della fame. 34
Nel caso di persone incapaci di giudizio, misure come l'alimentazione forzata possono essere eseguite al fine di proteggere la loro vita o la loro salute. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, tuttavia, l'alimentazione forzata può essere necessaria anche nel caso di detenuti in sciopero della fame convinti di avere la capacità di giudizio. Alcuni studiosi criticano aspramente questa giurisprudenza perché non tiene conto della volontà dei detenuti in sciopero della fame. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che l'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame che sono in grado di giudicare sia ammissibile a determinate condizioni. La Corte richiede che l'alimentazione forzata sia necessaria dal punto di vista medico, che siano rispettate le relative garanzie procedurali e che il tipo di alimentazione forzata non violi l'articolo 3 della CEDU. Allo stesso tempo, secondo la recente giurisprudenza, non vi è alcun obbligo statale di alimentazione forzata se le persone interessate effettuano lo sciopero della fame di loro spontanea volontà e sono sufficientemente informate sui rischi e sulle forme di trattamento disponibili.

A differenza dell'eutanasia attiva, il suicidio assistito (o "eutanasia passiva") è 35
impunibile in Svizzera - a condizione che non vi siano "motivi egoistici" (art. 115 StGB). Le lacune normative in questo settore, soprattutto per quanto riguarda il suicidio assistito organizzato dalle organizzazioni di suicidio assistito e per le persone disposte a morire senza malattie terminali, devono essere valutate criticamente. Una camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha criticato questa situazione già nel 2013 nel caso Gross. La sentenza corrispondente è stata annullata dalla Grande Camera perché la morte del ricorrente nel frattempo era stata nascosta alla Corte, il che è stato considerato un abuso del diritto di ricorso individuale. In generale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la CEDU non garantisca il diritto all'eutanasia.

## 3. Obblighi di indagine

36 Il diritto alla vita obbliga lo Stato a garantire un'indagine e un'azione penale efficaci contro gli omicidi. Per proteggere questo diritto, lo Stato deve rispondere al sospetto che sia avvenuta un'uccisione illegale. Nel contesto del diritto penale, questo dovere di indagare significa che se c'è il sospetto che si sia verificata una violazione del divieto di uccidere, c'è l'obbligo di perseguire il reato.

37 La CEDU pone requisiti elevati alle indagini nazionali in questo contesto. Originariamente formulati per le morti sotto la violenza dello Stato, questi obblighi si applicano ora anche ad altre situazioni in cui una persona subisce lesioni pericolose per la vita o muore o scompare in circostanze violente o sospette. È richiesta un'indagine d'ufficio, che deve essere indipendente. Questa indagine deve essere in grado di (a) determinare se la violenza in questione era giustificata, (b) identificare i responsabili e (c) portare alla punizione, se appropriato. Le autorità devono adottare tutte le misure proporzionate per ottenere le prove e le loro conclusioni devono basarsi su un'analisi completa, obiettiva e imparziale di tutti gli elementi rilevanti. Inoltre, l'indagine deve essere accessibile alla famiglia della vittima nella misura necessaria a salvaguardare i suoi interessi. Se gli eventi in questione sono in tutto o in gran parte sotto il controllo delle autorità, ad esempio perché la persona interessata era privata della libertà nel momento in questione, l'onere della prova è invertito. In questi casi, le autorità sono tenute a fornire una spiegazione per le lesioni e i decessi avvenuti durante la detenzione.

38 I doveri investigativi dello Stato richiedono generalmente un'azione e non costituiscono un dovere di raggiungere un determinato risultato o una condanna. Inoltre, il dovere di perseguire e punire non si applica in modo assoluto. Per ragioni di fatto, come gli interessi dello Stato o della politica criminale, può anche essere derogato. Ad esempio, le leggi sull'amnistia possono essere ammissibili per ragioni particolari, anche se comportano l'impunità degli omicidi.

39 Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, in caso di omicidio non intenzionale o di negligente messa in pericolo della vita da parte delle autorità, è sufficiente che le vittime o i loro parenti non abbiano a disposizione un procedimento penale, ma un procedimento amministrativo.

Tale procedura deve essere in grado di stabilire l'eventuale responsabilità dello Stato e di concedere un risarcimento adeguato. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche i procedimenti non penali possono soddisfare gli obblighi investigativi previsti dall'art. 2 della CEDU. Questo approccio è apprezzabile nella misura in cui crea alternative convincenti a una "cultura della condanna" dei diritti umani che privilegia il diritto penale come strumento di tutela dei diritti umani. In Svizzera, tuttavia, ciò ha lo spiacevole effetto di negare ai querelanti privati la legittimità di ricorrere in appello nelle cause penali nel contesto dei procedimenti penali contro i pubblici ufficiali, secondo la "prassi delle stelle" del Tribunale federale.

### 4. Il divieto della pena di morte

Come spiegato sopra al n. 6, il divieto della pena di morte è considerato obbligatorio dal diritto internazionale. 40

Il divieto della pena di morte include anche il divieto di estradizione o deportazione in Paesi terzi in cui vi sia la possibilità che la pena di morte venga richiesta, pronunciata o inflitta. Se ci sono indicazioni sufficienti (secondo la Corte Suprema Federale, "toute risque" è sufficiente; secondo la CEDU, deve esserci un "rischio reale") che la persona interessata potrebbe essere minacciata con la pena di morte, ad esempio dopo l'estradizione nel quadro della cooperazione internazionale in materia penale, non può essere estradata. L'estradizione o l'espulsione è possibile solo una volta ottenuta l'assicurazione che la pena di morte non sarà richiesta, pronunciata o imposta alla persona interessata. Una norma simile si applica nel contesto del divieto di tortura: il principio di non respingimento vieta la deportazione verso Stati in cui vi sia la minaccia di tortura o di altri trattamenti o punizioni crudeli e inumani. Questi due divieti si sovrappongono in quanto l'attesa dell'esecuzione di una condanna a morte può costituire una violazione del divieto di tortura. 41

## V. PARAGRAFO 2: DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE

## A. Fondamenti

Il diritto alla libertà personale costituisce "il diritto fondamentale di libertà" e una "garanzia di base per la protezione della personalità" anche dopo la sua 42

codificazione nell'articolo 10(2) Cost. e l'inclusione di alcuni aspetti parziali di questo diritto in altre disposizioni costituzionali. Questo diritto mira a garantire alle persone giuridiche un minimo di opportunità di sviluppo personale e costituisce quindi "il diritto fondamentale di libertà" secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale. Questo protegge le condizioni per l'effettivo esercizio di altre libertà.

43 L'art. 10 cpv. 2 Cost. nomina esplicitamente tre sottoaree protette della libertà personale: integrità fisica, integrità mentale e libertà di movimento. Tuttavia, questo elenco non è esaustivo. L'art. 10 cpv. 2 Cost., in quanto diritto fondamentale generale, include anche tutte le altre libertà elementari necessarie allo sviluppo della personalità e alla tutela della dignità umana. L'ambito di protezione della libertà personale è delimitato in base alle circostanze del singolo caso e alla natura e all'intensità della menomazione. Il Tribunale federale definisce quindi le singole componenti della libertà personale caso per caso, applicando una clausola de minimis che limita l'applicabilità di questa disposizione ad aspetti elementari dello sviluppo della personalità. Ciò significa che in Svizzera "non ogni scelta o attività umana, per quanto marginale", è protetta; l'art. 10 cpv. 2 non offre la protezione dei diritti fondamentali di una "libertà d'azione generale" che può essere invocata contro ogni atto statale che influisce sullo sviluppo personale della vita. Né la libertà personale "protegge da qualsiasi disagio fisico o psicologico". In questo senso, la Corte Suprema Federale ha escluso, ad esempio, i divieti di praticare il windsurf sul lago Sihl o di navigare su una parte del lago di Zurigo dall'ambito di protezione della libertà personale.

44 Alcuni elementi della precedente protezione non scritta della libertà personale non sono stati codificati nell'art. 10 della Cost. ma in altre disposizioni costituzionali. Pertanto, si possono verificare sovrapposizioni tra l'art. 10 Cost. e l'art. 11 Cost. (protezione dei bambini e degli adolescenti), l'art. 13 Cost. (protezione della privacy), l'art. 7 Cost. (dignità umana) o l'art. 31 Cost. (garanzie procedurali in caso di privazione della libertà). Secondo Schweizer, l'art. 10 cpv. 2 Cost. svolge il ruolo di diritto fondamentale (sussidiario). Secondo Biaggini, tuttavia, ciò non dovrebbe significare che questa disposizione sia completamente superata in caso di concorrenza tra diritti fondamentali. In questo senso, Baumann contesta la sussidiarietà dei diritti parziali esplicitamente menzionati nell'art. 10 cpv. 2 Cost. Per quanto riguarda la delimitazione dell'art. 10 cpv. 2 e dell'art. 13 cpv. 1 Cost. il Tribunale federale

ha riconosciuto che una chiara separazione delle aree di protezione è difficile e che la dottrina "non si sforza di ottenere una chiara delimitazione". Allo stesso tempo, ha sottolineato che l'art. 10 cpv. 2 Cost. "riguarda più direttamente l'integrità della persona umana nelle sue varie manifestazioni" rispetto alla protezione della privacy di cui all'art. 13 cpv. 1 Cost. Nella recente giurisprudenza riguardante l'acquisizione e la divulgazione di dati personali, il Tribunale federale ha omesso di tracciare una linea di demarcazione precisa e ha invece ritenuto che le due aree di protezione si sovrappongano.

Il Tribunale federale ha lasciato aperta la linea di demarcazione tra l'art. 10 cpv. 2 Cost. e la protezione dell'integrità dei bambini e degli adolescenti ai sensi dell'art. 11 Cost. È chiaro che queste due disposizioni si sovrappongono e che l'inserimento nella legge fondamentale della tutela dell'integrità dei bambini e degli adolescenti intende dichiarare questa preoccupazione come prioritaria dal punto di vista costituzionale. Di conseguenza, l'art. 11 Cost. contiene una "specificazione sulla libertà personale", che pone particolare enfasi sull'interesse superiore del minore e può influenzare la valutazione dell'intensità o della proporzionalità di una violazione dei diritti fondamentali (art. 36 cpv. 1 e 3 Cost.). 45

Il sistema della CEDU è strutturato in modo diverso. Lì, l'art. 8 CEDU (protezione della vita privata e familiare), la controparte dell'art. 13 Cost. include la protezione dell'integrità fisica e corporea nella protezione della vita privata. Nel contesto della CEDU, la protezione della vita privata e familiare svolge il ruolo di diritto fondamentale generale nei confronti di vari diritti della Convenzione, ad esempio l'art. 2 CEDU (diritto alla vita) e l'art. 12 CEDU (diritto al matrimonio). 46

## B. Ambito sostanziale di tutela

### 1. Diritto all'integrità corporea

Il diritto all'integrità corporea (o integrità fisica) è un elemento centrale della dignità umana e protegge fondamentalmente il corpo umano da qualsiasi interferenza. Per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 10 cpv. 2 Cost. gli impatti fisici non devono raggiungere un livello minimo di danno o dolore. Come sottolineano giustamente Malinverni, Hottelier, Hertig Randall e Flückiger, non è concepibile alcuna azione statale sul corpo che non incida in qualche modo sulla libertà personale. Persino gli interventi indolori o 47

giustificati da un punto di vista medico invadono la libertà personale, per cui il consenso della persona interessata svolge un ruolo centrale nella valutazione della conformità con i diritti fondamentali (vedi sotto).

48 Secondo Hertig Randall e Marquis, il termine "corpo" include anche gli oggetti che sono attaccati al corpo, come le protesi. Gli indumenti, invece, non costituiscono parte del corpo e in dottrina si discute se la palpazione del corpo sia coperta dagli indumenti. In questo caso si ritiene che anche tali toccamenti debbano rientrare nell'ambito di protezione dell'art. 10 cpv. 2 Cost. e non solo se riguardano la zona intima. Lo stesso deve valere per i contatti con i guanti, ad esempio, se non si vuole compromettere la protezione dell'integrità corporea. Infine, in questo contesto non esiste una soglia minima per quanto riguarda la natura o l'intensità del contatto.

49 Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, l'ambito di protezione del diritto all'integrità corporea include misure statali come il prelievo di sangue, le vaccinazioni obbligatorie, la fluorizzazione dell'acqua di rubinetto, l'alimentazione obbligatoria, i tamponi sulle guance per registrare i profili del DNA, la rasatura obbligatoria, il rilevamento delle impronte digitali o delle fotografie e anche il prelievo di alcuni capelli dalla testa a scopo di test per droghe o alcol. D'altra parte, la Corte Suprema federale ha lasciato aperta la questione se l'ordinazione di un campione di urina rientri nell'ambito della protezione della libertà personale, poiché questa misura obbliga semplicemente la persona interessata a "consegnare una piccola quantità di una sostanza escreta dal corpo per essere esaminata". Alcuni studiosi sostengono che tali misure debbano rientrare anche nell'ambito di tutela dell'art. 10 cpv. 2 Cost. in quanto eludono la volontà autodeterminata della persona interessata. Questa opinione è ancora una volta supportata dal fatto che non è richiesto un livello minimo di danno o di inflizione di dolore perché il diritto all'integrità fisica sia compromesso. Allo stesso tempo, va notato che c'è una sovrapposizione con la protezione dell'autodeterminazione informativa come contenuto parziale dell'art. 13 cpv. 2 Cost. quando si tratta di informazioni ottenute tramite il campione di urina.

50 Secondo Schweizer, anche gli impatti fastidiosi ma senza contatto, come quelli causati dal rumore o dal fumo, rientrano nella tutela dell'integrità corporea. A tal fine non è necessario un contatto effettivo con il corpo umano, il che significa che anche i danni ambientali come le emissioni di fumo o di rumore possono rientrare nell'ambito di protezione dell'art. 10 cpv. 2 Cost.

Tschentscher fa una distinzione leggermente diversa: sostiene che qualsiasi contatto rientra già nell'ambito della protezione del diritto all'integrità corporea; al contrario, misure senza contatto come le fotografie rientrerebbero nella protezione della privacy ai sensi dell'art. 13 Cost.

Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, lievi violazioni dell'integrità corporea che non comportano dolore o lesioni (cfr. n. 47 - nessun grado minimo di danno o dolore) possono allo stesso tempo costituire gravi violazioni dell'autodeterminazione informativa come contenuto parziale dell'art. 13 cpv. 2 Cost. Ciò vale, ad esempio, per il prelievo di un tampone zigomatico o per il rilevamento delle impronte digitali. La Corte Suprema Federale lo ha riconosciuto, tenendo conto del "potenziale di controllo" dei profili del DNA. 51

Importante per la valutazione di interventi medici come un prelievo di sangue è se è stato ottenuto il consenso della persona interessata. Affinché il consenso sia valido, i pazienti devono aver ricevuto informazioni complete e comprensibili sulla decisione in questione e sulla loro situazione personale. Se il consenso non viene ottenuto, c'è sempre una grave interferenza con la libertà personale. 52

Nel caso di trattamenti medici obbligatori, come vaccinazioni obbligatorie, visite dentistiche obbligatorie o radiografie obbligatorie, l'integrità fisica è sempre compromessa in linea di principio. Ciò vale anche se il trattamento è destinato a ripristinare l'integrità fisica o mentale. I pazienti hanno il diritto di essere pienamente informati sugli interventi medici e devono poter decidere liberamente se sottoporsi al trattamento. Anche i pazienti incapaci di agire hanno questo diritto, purché abbiano la capacità di giudicare il trattamento in questione. Anche la volontà dei minori capaci di giudizio deve essere rispettata in questo contesto. 53

Nel contesto della pandemia COVID-19, è stata discussa l'ammissibilità di un obbligo generale di vaccinazione ai sensi dei diritti fondamentali. Occorre distinguere tra vaccinazioni obbligatorie sproporzionate e imposte con la coercizione fisica, raccomandazioni vaccinali ammissibili e vaccinazioni obbligatorie eventualmente ammissibili. Poiché la vaccinazione obbligatoria costituisce un'interferenza con la libertà personale ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 2, della Costituzione federale, deve soddisfare i requisiti dell'articolo 36 Cost. La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene inoltre che 54

la vaccinazione obbligatoria possa essere giustificata per garantire la tutela della salute della popolazione e in particolare delle persone vulnerabili; gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità in materia sanitaria.

55 Nel caso di pazienti incapaci, gli interventi medici possono essere effettuati solo con il consenso del rappresentante legale e per il "beneficio diretto" della persona interessata. Pertanto, per quanto riguarda le persone con gravi disturbi mentali, gli interventi possono essere effettuati anche senza il loro consenso se il trattamento è necessario per prevenire gravi danni alla salute e se vengono adottate sufficienti misure di controllo. Nel caso di alcune forme di intervento su pazienti privi di capacità, tuttavia, si pone la questione se l'autodeterminazione corporea costituisca un diritto assolutamente supremo e quindi ostile alla rappresentazione. Si pensi, ad esempio, alle operazioni genitali sui bambini intersessuali. A questo proposito, è convincente l'argomentazione secondo cui tali interventi possono avvenire solo quando il bambino, in termini di età, può ragionevolmente condividere la responsabilità della decisione.

56 Il diritto all'autodeterminazione per quanto riguarda l'integrità corporea include il diritto all'autodeterminazione riproduttiva (vedi n. 75) e protegge, tra l'altro, i diritti delle persone trans* e non binarie. L'art. 8 CEDU è violato se il riconoscimento legale del nome e del genere delle persone trans* richiede che la persona interessata si sottoponga a determinati interventi chirurgici. I tribunali svizzeri hanno in parte anticipato questo sviluppo relativamente recente e gradito della giurisprudenza di Strasburgo; tuttavia, un emendamento corrispondente al Codice civile è arrivato più tardi. L'art. 8 CEDU è ugualmente violato se l'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso è subordinato alla sterilizzazione definitiva della persona interessata.

57 Il diritto all'autodeterminazione corporea si riferisce non solo agli interventi necessari dal punto di vista medico, ma anche a quelli volontari ed estetici come tatuaggi, piercing o donazioni di sangue. Di conseguenza, i divieti di tali interventi costituiscono restrizioni al diritto all'integrità corporea. Anche in questo caso, emerge l'importanza del consenso delle persone interessate agli interventi corporei. Pertanto, interventi involontari di questo tipo possono costituire una violazione dell'art. 10 cpv. 3 Cost.

## 2. Libertà di movimento

Descritta anche come "droit d'aller et de venir", la libertà di movimento - analoga all'art. 31 Cost., all'art. 5 CEDU e agli artt. 9 e 11 del Patto ONU II - protegge principalmente da restrizioni ingiustificate della libertà e da privazioni della libertà. Questo aspetto spaziale rappresenta il contenuto parziale più antico del diritto alla libertà personale e le sue origini possono essere fatte risalire alla Magna Charta (1215). La distinzione tra privazioni della libertà e semplici restrizioni della libertà di movimento è cruciale in questo contesto, poiché nel caso delle privazioni della libertà entrano in gioco diversi diritti procedurali. 58

Per privazione della libertà si intende qualsiasi misura statale "con la quale qualcuno è detenuto contro o senza la sua volontà in un luogo specifico e limitato per [una] certa durata". Vengono presi in considerazione diversi criteri, tra cui il modo in cui la misura viene eseguita, la durata, l'estensione e l'intensità della misura e i suoi effetti sulla persona interessata. Questa definizione si applica agli arresti, al sistema penale, alle misure di detenzione e terapia ospedaliera, alla detenzione amministrativa (in base alla legge sugli stranieri) e all'istituzionalizzazione obbligatoria. Anche i richiedenti asilo trattenuti per giorni nell'area di transito di un aeroporto sono privati della libertà. 59

L'art. 5 della CEDU contiene un elenco esaustivo di motivi ammissibili per la privazione della libertà. Al fine di prevenire azioni arbitrarie da parte dello Stato, tali motivi devono essere interpretati in modo restrittivo. Il punto di partenza per la distinzione indipendente e graduale tra privazione e restrizione della libertà ai sensi della Convenzione sono le circostanze del singolo caso. Per distinguere la privazione della libertà dalla restrizione della libertà, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Tribunale federale prendono in considerazione una serie di fattori, come la natura, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione. 60

Gli arresti domiciliari ai sensi dell'art. 23o della Legge federale sulle misure per la salvaguardia della sicurezza interna (BWIS) sono oggetto di discussione in questo contesto. Questa disposizione si applica alle cosiddette "minacce terroristiche" ai sensi dell'art. 23e cpv. 1 BWIS, cioè alle persone per le quali "si deve presumere, sulla base di indizi concreti e attuali, che [si dedicheranno] ad attività terroristiche". Le autorità legislative si sono 61

premurate di distinguere questa disposizione dalla detenzione preventiva o dalla privazione della libertà. Tuttavia, queste misure sono suscettibili di essere una privazione della libertà e non una semplice restrizione della libertà. Pertanto, le corrispondenti garanzie procedurali sono applicabili anche in questo contesto. Questa opinione è in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale gli arresti domiciliari (considerati in termini di estensione e intensità) sono considerati una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 CEDU. È inoltre molto discutibile che una corrispondente privazione della libertà possa essere attuata in conformità con la CEDU. L'art. 5 par. 1 lett. c CEDU consente la privazione preventiva della libertà, ma secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo ciò "non consente una politica generale di prevenzione nei confronti di persone percepite dalle autorità come pericolose (...)". Lo scopo di questa disposizione è prevenire reati specifici, e di conseguenza la privazione della libertà non può durare più di qualche ora.

62 La privazione della libertà è sempre una grave interferenza con la libertà personale e richiede valide ragioni. Di conseguenza, la privazione della libertà è ammessa come ultima ratio solo se non è disponibile una misura più mite. Questo vale in particolare per i minori. Inoltre, tale misura deve essere prevista da una legge in senso formale ai sensi dell'art. 36 cpv. 1 frase 2 della Cost. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, un'applicazione analogica delle disposizioni di legge non può colmare una lacuna giuridica in questo contesto. Ciò vale almeno se non esiste una giurisprudenza consolidata che possa garantire la certezza del diritto e proteggere dall'arbitrarietà.

63 I diritti procedurali dell'art. 31 BV, dell'art. 5 CEDU e dell'art. 9 Cost. sono sempre applicabili alle persone private della libertà. Tra l'altro, si applicano la riserva del diritto alla legge e la riserva del diritto a un giudice di cui all'art. 31 cpv. 1 e 3 Cost. Inoltre, il divieto di tortura ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. e dell'art. 5 della CEDU e dell'art. 7 del Patto delle Nazioni Unite II fornisce protezione contro forme inumane di trattamento e punizione in caso di privazione della libertà.

64 Le restrizioni alla libertà di movimento che non equivalgono a una privazione della libertà (come da n. 59) possono costituire una restrizione della libertà. Questo termine è applicabile a restrizioni di durata molto breve. Nella giurisprudenza, la permanenza in cella per quattro ore è già considerata una privazione della libertà, mentre nella prassi penale del Tribunale federale, una

privazione della libertà che richiede un risarcimento può esistere già dopo tre ore. La Svizzera non ha ratificato il 4° Protocollo aggiuntivo alla CEDU, che protegge la libertà di movimento.

Una restrizione della libertà può assumere diverse forme. Questo termine comprende, ad esempio, l'espulsione e le misure di detenzione, come il divieto di entrare in una certa area, le detenzioni di polizia di breve durata o le condizioni previste dalla legge sugli stranieri per non entrare o uscire da una certa area. Anche le alternative alla detenzione, come il ritiro dei documenti d'identità come misura sostitutiva della detenzione preventiva, possono limitare la libertà di movimento. Le questioni sorgono anche nel contesto dell'attuazione delle sanzioni delle Nazioni Unite, i cui divieti di ingresso e uscita possono comportare restrizioni alla libertà di movimento. 65

Un esempio della distinzione tra privazione della libertà e restrizione della libertà è rappresentato da una sentenza della Corte federale relativa all'accerchiamento di due ore e mezza dei manifestanti del Primo Maggio. La Corte federale non ha considerato questo accerchiamento come una privazione della libertà. D'altra parte, se considerato nel suo insieme, insieme al successivo controllo di tre ore e mezza della polizia di sicurezza nella caserma, la soglia per la privazione della libertà è stata considerata raggiunta. 66

Per la distinzione tra un'interferenza legittima e una illegittima nella libertà, il consenso della persona interessata può svolgere un ruolo. In analogia al consenso ai sensi dell'art. 183 CP, si presume che la persona interessata abbia volontariamente acconsentito all'intensità e alla durata della misura. Questo può anche essere implicito. Secondo Baumann, chiunque partecipi al traffico stradale acconsente alla possibilità di rimanere bloccato in un ingorgo. Allo stesso modo, occorre distinguere tra un volo volontariamente intrapreso e un trasporto di prigionieri in aereo: Sebbene in entrambi i casi non si possa lasciare l'aereo durante il volo, solo quest'ultimo costituisce una privazione della libertà. 67

Oltre alla protezione contro le privazioni e le restrizioni ingiustificate della libertà, ovvero la "liberté d'aller et de venir", l'art. 10 cpv. 2 Cost. protegge anche una più ampia "liberté de mouvement". La libertà di movimento protegge la possibilità di "raggiungere un luogo accessibile al pubblico su una strada pubblica mediante mezzi di trasporto pubblici". In questo caso si applica una soglia di intensità minima. Pertanto, non ogni minima restrizione 68

all'accesso, alla circolazione o alla guida costituisce un'interferenza con la libertà di movimento. Biaggini cita ad esempio i controlli della velocità come esempio di restrizione che non raggiunge l'intensità richiesta. Anche il divieto di navigazione su alcune parti del lago non pregiudica la libertà di circolazione, poiché la libertà personale non garantisce il diritto "di navigare su qualsiasi lago in qualsiasi punto". La Corte Suprema Federale si è espressa in modo simile in merito a un divieto di soggiorno alla stazione ferroviaria di Berna, che vietava a determinati gruppi di persone di consumare collettivamente alcolici in questo luogo; in questo caso, non era la libertà di movimento individuale o l'accesso ai treni a essere colpita, ma la formazione di gruppi, motivo per cui si applicava la libertà di riunione ai sensi dell'art. 22 della Cost.

69 La libertà di movimento trova i suoi limiti nelle libertà degli altri, in particolare nel diritto alla proprietà e alla protezione della privacy. La libertà di circolazione non garantisce neppure un diritto di accesso a determinati edifici pubblici, ad esempio nel senso di un diritto a visitare le carceri. Se la libertà di circolazione dovesse garantire un "diritto di soffermarsi", o un diritto "di muoversi o soffermarsi in qualsiasi momento in qualsiasi luogo accessibile al pubblico", si avvicinerebbe troppo a una libertà d'azione generale. Secondo Baumann, invece, la libertà di movimento garantisce un minimo di movimento fisico, che è particolarmente rilevante per i detenuti. In questo caso, la libertà di movimento si sovrappone all'art. 3 CEDU. Tuttavia, ciò non significa che la libertà di movimento protegga il diritto al congedo dal carcere.

70 La libertà di movimento è particolarmente importante per le persone con disabilità fisiche. Secondo Kaufmann e Senn, le misure fisiche, strutturali, meccaniche o mediche possono influire particolarmente sulla libertà di movimento di queste persone. La libertà di movimento può quindi includere anche l'accesso a dispositivi di assistenza come le sedie a rotelle. Tuttavia, questo diritto è applicabile solo se l'ausilio corrispondente è necessario per l'esercizio della libertà di movimento e non tutela un diritto generale all'uso di determinati veicoli e altri ausili.

71 La libertà di movimento comprende anche diverse altre garanzie. La libertà di scegliere il proprio luogo di residenza e di soggiorno è una forma specifica di libertà di movimento, concretizzata nell'art. 24 della Cost. La libertà di movimento e la garanzia della dignità umana di cui all'art. 7 Cost. danno luogo al divieto di contratto di debito. Controversi sono anche gli effetti della

detenzione a vita sul diritto alla libertà personale, che in questo contesto può sovrapporsi alla protezione dell'art. 10 cpv. 3 Cost.

## 3. Diritto all'integrità mentale, all'autodeterminazione e allo sviluppo personale

La libertà personale non protegge solo l'integrità fisica e la libertà di movimento, ma anche l'integrità mentale, che comprende il diritto all'autodeterminazione, allo sviluppo personale e alla vita individuale. Ciò che viene tutelato in questo caso è il diritto all'auto-organizzazione degli aspetti essenziali della propria vita o, in altre parole, la coscienza individuale e la formazione della propria volontà, cioè la capacità "di apprezzare un certo evento reale e di agire di conseguenza". 72

Secondo la precedente giurisprudenza del Tribunale federale, ogni persona ha la libertà "di decidere il proprio stile di vita, in particolare di organizzare il proprio tempo libero, di stabilire relazioni con i propri simili e di acquisire conoscenza di ciò che accade nel proprio ambiente immediato e in quello più ampio". Come giustamente sottolinea Biaggini, questa parafrasi rischiava di equivalere a una generale libertà di azione. Dal 1975, l'ambito di tutela di questo diritto è stato ristretto. Così, il Tribunale federale precisa che la libertà personale non protegge ogni decisione riguardante l'organizzazione personale della vita, ma solo "le possibilità elementari che sono essenziali per lo sviluppo della personalità e alle quali ogni persona dovrebbe avere diritto". Questo diritto non comprende quindi ogni scelta o attività accessoria, né esclude ogni disagio. A differenza dell'integrità corporea, Hertig Randall e Marquis applicano una soglia minima di intensità in questo contesto. Allo stesso tempo, Häfelin, Haller, Keller e Thurnherr ritengono che l'ambito fattuale della protezione della libertà personale debba essere inteso in modo piuttosto ampio, e che la gravità del danno debba essere inclusa nel test di proporzionalità (art. 36 cpv. 3 Cost.). In considerazione del ruolo dell'art. 10 cpv. 2 Cost. come diritto fondamentale generale, questa opinione è condivisibile; secondo l'opinione qui rappresentata, nell'ambito di applicazione dell'art. 10 cpv. 3 Cost. deve essere raggiunta una soglia minima di compromissione. 73

La delimitazione dell'ambito di tutela di questo diritto è frutto di un'ampia casistica. Oggi è riconosciuto che, ad esempio, l'autodeterminazione riproduttiva, l'accattonaggio, il diritto di determinare il destino del proprio 74

corpo durante la vita e il diritto di conoscere la propria discendenza rientrano nell'ambito della tutela della libertà personale. Anche la confisca di un animale domestico con cui il proprietario ha una stretta relazione affettiva può rientrare nell'ambito della protezione. Anche il diritto allo sviluppo personale, che richiede la possibilità di partecipare alla vita sociale e di stabilire relazioni interpersonali, è protetto. La dottrina include anche le esigenze di salute e lo sviluppo sessuale tra gli aspetti fondamentali di questo diritto. Secondo la Corte Suprema Federale, anche "lo sviluppo fisico e psicologico appropriato per un bambino" fa parte dell'art. 10 della Cost. anche se, nella pratica, è probabile che sorgano problemi di demarcazione con l'art. 11 della Cost. Inoltre, gli individui godono della libertà di plasmare il proprio aspetto, ad esempio scegliendo l'abbigliamento che ritengono più opportuno. La Corte Suprema federale ha lasciato in sospeso se ciò comporti anche il diritto di essere nudi in pubblico o di camminare nudi. Sia l'obbligo generale di indossare una maschera medica per la bocca che l'obbligo di portare con sé una carta d'identità costituiscono una violazione di questo diritto. Tuttavia, tali ingerenze possono essere giustificate in base ai requisiti dell'art. 36 Cost. per esempio per prevenire la violenza durante gli eventi sportivi o per limitare la diffusione del virus COVID-19.

75 Il cosiddetto "profiling razziale", in cui un controllo dell'identità viene effettuato senza una ragione oggettiva e sulla base di caratteristiche esterne, come la razza o l'etnia attribuita, viola tra l'altro la libertà personale. Le possibili motivazioni razziali dei controlli d'identità devono essere adeguatamente indagate.

76 Alcune attività sono escluse dall'ambito di protezione della libertà personale. Non sono elementari per lo sviluppo della personalità e quindi non sono protetti il diritto di giocare con le slot machine per denaro, il diritto di consumare stupefacenti o il diritto di tenere cani di una certa razza. Anche il diritto di acquistare armi non è tutelato. È inoltre discutibile se il fumo nei luoghi pubblici rientri nell'ambito di protezione di questo diritto; il Tribunale federale non ritiene possibile rispondere a questa domanda in astratto, ma ha affermato che "il est douteux que le fait de fumer ressortisse de la liberté personnelle".

77 L'art. 10 cpv. 2 Cost. svolge un ruolo centrale per l'autodeterminazione riproduttiva. Viene tutelato il desiderio di ogni persona di decidere liberamente se avere figli, e quando e quanti figli avere. La legge tutela il

diritto di accesso ai metodi di riproduzione artificiale, alla contraccezione, all'aborto e alla sterilizzazione volontaria. Secondo il Tribunale federale, l'obbligo di abortire violerebbe il contenuto essenziale dell'art. 10 cpv. 2 della Cost. e in questo contesto le donne incinte hanno il diritto di "decidere liberamente di abortire". Tuttavia, in considerazione del limite temporale previsto dalla legge e della punibilità dell'aborto dopo tale limite (n. 17), ciò non significa che le decisioni in questo ambito possano essere prese autonomamente in qualsiasi momento. Anche la sterilizzazione forzata - ad esempio a causa di una disabilità mentale o come prerequisito per il riconoscimento dell'identità di genere delle persone trans* - non può essere conciliata con la tutela della libertà personale. Per quanto riguarda la procreazione artificiale, questo diritto è relativizzato dal fatto che lo Stato non è obbligato a creare offerte corrispondenti e che l'art. 119 cpv. 2 Cost. vieta alcune tecniche, in particolare la donazione di embrioni e la maternità surrogata.

78 L'art. 10 cpv. 2 Cost. è di importanza centrale anche per le persone disposte a morire. Come spiegato sopra (n. 35), il suicidio assistito (o "eutanasia passiva") è impunito in Svizzera a condizione che non vi siano motivi egoistici. L'effettiva volontà di porre fine alla propria vita è un fenomeno elementare della personalità e la relativa decisione è di natura altamente personale. Di conseguenza, il (tentato) suicidio deve rimanere impunito. Allo stesso tempo, esiste una tensione tra il diritto all'autodeterminazione della morte e il dovere dello Stato di proteggere il diritto alla vita ai sensi dell'art. 10 cpv. 1 Cost. Questo conflitto viene risolto sulla base del principio di autodeterminazione, secondo il quale il dovere di protezione dello Stato viene rispettato se vengono soddisfatti determinati requisiti per la formazione della volontà di chi vuole morire. A tal fine, lo Stato deve assicurarsi che la persona interessata sia capace di giudizio e abbia una volontà di morire indipendente e duratura, che sia emersa senza pressioni da parte di terzi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha anche riconosciuto il diritto di decidere il momento e le modalità della propria fine della vita. Tuttavia, la Corte pone in primo piano la protezione delle persone vulnerabili, il che può significare che lo Stato costringe coloro che desiderano morire a continuare a vivere.

79 Il trattamento medico obbligatorio costituisce anche una grave interferenza con la libertà personale. A questo proposito, è necessario trovare un equilibrio tra la libertà personale e il dovere di assistenza dello Stato, che deriva

dall'articolo 12 della Costituzione federale (diritto all'assistenza in caso di emergenza) e dall'articolo 7 della Costituzione federale (protezione della dignità umana). Il confine tra l'assistenza dello Stato e l'autodeterminazione deve essere determinato in ogni singolo caso e sulla base di una ponderazione completa degli interessi.

80 L'art. 10 cpv. 2 Cost. svolge un ruolo importante anche nell'uso dei dispositivi tecnici di sorveglianza. Le misure di identificazione e la memorizzazione dei dati corrispondenti possono influire sul diritto all'autodeterminazione informativa. Questo diritto deriva dall'art. 10 cpv. 2 Cost. e dall'art. 13 Cost. le cui aree di protezione si sovrappongono in questo senso. Secondo il Tribunale federale, l'art. 13 cpv. 2 Cost. è rilevante soprattutto per la conservazione dei dati di identificazione. Tuttavia, anche l'art. 10 cpv. 2 Cost. è applicabile e richiede in questo contesto che ogni persona debba essere in grado di determinare il trattamento e la conservazione dei propri dati personali da parte di terzi. Tuttavia, se i dispositivi di sorveglianza tecnica sono utilizzati in modo proporzionato, sotto controllo giudiziario e nel rispetto dell'obbligo di notifica successiva, la corrispondente violazione dell'area protetta della libertà personale può essere giustificata.

81 La situazione è diversa se le dichiarazioni vengono estorte a una persona contro la sua volontà o aggirando la sua volontà, o se la formazione della sua volontà viene completamente eliminata. Tali misure violano il contenuto centrale del diritto all'integrità mentale, ossia "lo spazio mentale dell'essere umano". Questa protezione è di particolare importanza nel contesto della custodia di polizia. Sono esclusi, ad esempio, i metodi di interrogatorio di Stato che compromettono la coscienza del testimone, come la narcoanalisi e il siero della verità. Anche l'uso della macchina della verità viola il contenuto essenziale di questo diritto. Tali metodi non possono essere utilizzati nemmeno in casi eccezionali, ad esempio per combattere il terrorismo.

## C. Rivendicazioni mediate

82 Secondo il legislatore costituzionale, il diritto alla libertà personale è prevalentemente un diritto difensivo. Di conseguenza, le richieste di prestazioni statali sorgono solo se esiste una relazione speciale tra la persona interessata e lo Stato, ad esempio nel contesto di una privazione della libertà. Il diritto alla libertà personale non stabilisce quindi un diritto generale di accesso ai mezzi necessari per realizzarla. Ad esempio, gli individui hanno il

diritto all'autodeterminazione riproduttiva; tuttavia, lo Stato non è obbligato a fornire i corrispondenti servizi medici riproduttivi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha anche stabilito nel caso Haas che l'art. 8 della CEDU non è stato violato se una persona disposta a morire non ha avuto accesso a una dose letale di pentobarbital di sodio.

Come il diritto alla vita, anche il diritto alla libertà personale include il diritto 83
a misure preventive di protezione da parte dello Stato in caso di minaccia grave e concreta da parte di terzi. Ciò significa che l'ordinamento giuridico deve fornire protezione contro la violenza tra privati. Gli obblighi dello Stato di indagare e perseguire ai sensi degli articoli 3 e 8 della CEDU sono applicabili alle gravi accuse di maltrattamento che possono raggiungere la soglia del trattamento inumano o degradante.

### D. Restrizioni

Come altre libertà, il diritto alla libertà personale può essere limitato in 84
conformità con i requisiti dell'art. 36 Cost. Le interferenze gravi - ad esempio in caso di privazione della libertà o di medicazione forzata - devono basarsi su una legge in senso formale (art. 36 cpv. 1 Cost.). Inoltre, gli interventi in questo diritto devono essere proporzionati, il che significa, ad esempio, nel contesto della detenzione, che le restrizioni non possono andare oltre "ciò che è necessario per garantire lo scopo della detenzione e per mantenere il corretto funzionamento di un istituto".

Nella giurisprudenza precedente, il diritto alla libertà personale era 85
circoscritto come un "diritto costituzionale inalienabile e imprescindibile". Questa descrizione consentiva di far valere l'incostituzionalità di decisioni che violavano gravemente i diritti fondamentali in qualsiasi fase del procedimento; tuttavia, era applicabile solo a un catalogo esaustivo di diritti fondamentali. Oggi non si basa più su un elenco esaustivo di diritti, ma sulla gravità delle violazioni dei diritti fondamentali in questione.

## VI. PARAGRAFO 3: IL DIVIETO DI TORTURA

### A. Fondamenti

L'art. 10 comma 3 Cost. contiene uno dei valori più fondamentali di una 86
società democratica: il divieto di tortura e di trattamenti o punizioni crudeli,

inumani o degradanti. Questo divieto - come l'art. 3 della CEDU, l'art. 7 del Patto ONU II e la Convenzione ONU contro la tortura - offre una protezione assoluta, che non può essere ridimensionata nemmeno in circostanze eccezionali. Questa disposizione standardizza quindi diversi elementi fondamentali dell'integrità fisica e mentale. Copre anche forme di trattamento spesso discusse nel contesto dell'art. 10 cpv. 2 Cost. come la sterilizzazione forzata, la medicazione forzata o l'uso della macchina della verità.

87 Il divieto di tortura serve a proteggere la dignità umana, come stabilito dall'art. 7 Cost. Questo divieto fa parte del diritto internazionale cogente (ius cogens), il che significa che può giocare un ruolo nella validità delle iniziative popolari e nel contesto della revisione costituzionale. Ad esempio, la cosiddetta "iniziativa per l'esecuzione" è stata dichiarata parzialmente invalida dall'Assemblea federale nel 2013 perché conteneva una definizione troppo ristretta di diritto internazionale cogente. A causa della natura assoluta del divieto di tortura, gli sconfinamenti nel suo ambito di protezione non possono mai essere giustificati. Pertanto, nessuno, nemmeno i sospettati di terrorismo, può essere sottoposto a tale trattamento. Di conseguenza, la cosiddetta "tortura di salvataggio" è vietata per la protezione di terzi.

88 Il divieto di tortura e di trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti è stato codificato in diverse disposizioni di diritto nazionale e internazionale. L'interpretazione di questi termini è talvolta controversa; i singoli Stati tentano di minimizzare i propri obblighi in materia. Esiste una convergenza di base tra i vari strumenti regionali e internazionali.

## B. Ambito di applicazione

89 L'articolo 10, cpv. 3 Cost. copre gli impatti che raggiungono un livello minimo di gravità e comportano intense sofferenze fisiche o psicologiche o lesioni fisiche. La situazione è diversa per quanto riguarda la protezione dell'integrità corporea ai sensi dell'art. 10, cpv. 2 Cost. La soglia di cui all'art. 10, par. 3 Cost. dipende dall'insieme delle circostanze del singolo caso e si riferisce in particolare alla durata del trattamento, ai suoi effetti fisici e psicologici e alle caratteristiche della persona interessata (ad esempio, il suo sesso, la sua età, il suo stato di salute e altre vulnerabilità). Devono essere presi in considerazione anche lo scopo del trattamento e l'intenzione o la motivazione sottostante, nonché il contesto in cui si verifica. È vietata qualsiasi forma di azione crudele, inumana o degradante da parte dello Stato ("trattamento o

punizione"), anche se non tutte le sgradevolezze immaginabili rientrano in questa disposizione. Inoltre, i concetti di trattamento e punizione non sono sempre chiaramente distinti nella pratica.

Il concetto di tortura ai sensi dell'art. 10 cpv. 3 Cost. è distinto da trattamenti o punizioni "inumani", "crudeli" e "degradanti". Né la Cost. né la CEDU né il Patto ONU II contengono una definizione di tortura, per cui nella pratica si può utilizzare la definizione in quattro parti dell'art. 1 cpv. 1 della Convenzione ONU contro la tortura. Questa include gli atti che (i) causano "grande dolore o sofferenza corporea o mentale"; (ii) sono inflitti intenzionalmente; (iii) hanno uno scopo proibito, ad esempio sono finalizzati a ottenere una confessione, punire o discriminare la persona interessata, o intimidire o coercire lei o una terza parte; e (iv) sono inflitti o tollerati da un funzionario statale. Sono esplicitamente esclusi dalla definizione di tortura il dolore o la sofferenza associati a sanzioni legali. La cosiddetta "clausola delle sanzioni legali" deve essere interpretata in modo restrittivo; non può legittimare punizioni corporali o violazioni delle condizioni minime di detenzione. Questa clausola ha lo scopo di escludere che la detenzione di per sé possa essere definita tortura, a causa della sofferenza che necessariamente comporta. 90

Le forme di trattamento che soddisfano i requisiti cumulativi dell'art. 1 cpv. 1 della Convenzione ONU contro la tortura rientrano nel concetto formale di tortura (qui: tortura in senso stretto). Questo concetto deve essere delimitato, tra l'altro, a causa della tendenza a riferirsi all'art. 10 cpv. 3 della Cost. o all'art. 3 della CEDU e a tutte le forme di azione ivi proscritte, cioè anche ai trattamenti e alle pene inumani e degradanti, nel loro insieme come "divieto di tortura" (qui: tortura in senso lato). 91

La Convenzione ONU contro la tortura non definisce la tortura in senso lato, cioè i termini "inumano" e "degradante". Questi termini si riferiscono a violazioni di soglia inferiore del divieto di tortura (i.w.s.); Villiger descrive queste soglie come una sorta di "scala". I pioli di questa scala - i concetti di tortura in senso stretto, inumanità e degradazione - sono stati precisati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel contesto della sua ampia giurisprudenza sull'esistenza dell'articolo 3 della CEDU come questione di necessità. A differenza della Cost. e della Convenzione ONU contro la tortura, la categoria dei trattamenti o delle punizioni "crudeli" non è elencata separatamente nell'art. 3 CEDU. 92

93 Esiste una graduale demarcazione tra i vari tipi di trattamento e punizione che rientrano nel divieto di tortura in senso lato. La soglia più bassa è quella dei trattamenti degradanti. Ciò avviene quando il trattamento "provoca sentimenti di paura, ansia e inferiorità ed è suscettibile di umiliare, degradare e, se necessario, spezzare la resistenza fisica o psicologica o indurre qualcuno ad agire contro la propria volontà o coscienza". Di conseguenza, anche la sofferenza puramente psicologica può costituire una violazione del divieto di tortura in senso lato. Soprattutto nell'ambito della violenza della polizia, si sta delineando un'evoluzione verso la tolleranza zero. Nel caso Bouyid contro il Belgio, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto umiliante che gli agenti di polizia abbiano schiaffeggiato un giovane.

94 Più alta è la soglia per trattamenti o punizioni crudeli e inumani. Questo termine comprende i maltrattamenti che causano gravi sofferenze mentali o fisiche. Un esempio è la minaccia di sofferenze indicibili per costringere un sospetto a rivelare dove si trova un bambino rapito. Tuttavia, la netta distinzione di questa categoria dall'umiliazione non avviene in tutti i casi.

95 Rispetto ai trattamenti degradanti o inumani, la tortura in senso stretto è intesa come un torto particolarmente grave. Di conseguenza, è legata a uno stigma speciale. Per distinguere la tortura dai trattamenti degradanti o inumani, si tiene conto della gravità, dell'intenzione e dello scopo dell'atto in questione. Questi criteri non sono necessariamente applicati in modo cumulativo. Pertanto, la tortura (in senso stretto) può essere presente anche se l'autore non aveva intenzione di costringere o punire la vittima. In alcune circostanze, non viene fatta questa distinzione e il tipo di trattamento o punizione non viene specificato. Se tale delimitazione avviene comunque, nella pratica si fa spesso, ma non sempre, riferimento alla gravità delle sofferenze subite.

96 Soprattutto per quanto riguarda le condizioni di detenzione, il divieto di tortura in senso lato è di particolare importanza. L'art. 10 cpv. 3 Cost. protegge dalle condizioni disumane di detenzione, come quelle che possono esistere nelle carceri sovraffollate. Inoltre, i detenuti devono essere protetti dalla violenza. In generale, umiliazioni e degradazioni non necessarie sono inammissibili. Ad esempio, gli imputati non devono essere esposti in una gabbia nell'aula del tribunale.

La detenzione prolungata in incommunicado può violare il divieto di tortura in senso lato. Un esempio pratico è il "caso Brian", in cui un giovane è stato tenuto in isolamento per anni. Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura e altri organi competenti delle Nazioni Unite hanno espresso preoccupazioni circa il rispetto del divieto di tortura a questo proposito. Il relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura ha fatto riferimento alle cosiddette "Regole di Nelson Mandela" delle Nazioni Unite, che prescrivono una durata massima di 15 giorni per la detenzione in incommunicado. A seguito di ciò, anche la Corte Suprema Federale ha invitato le autorità esecutive a "cercare alternative alla detenzione di massima sicurezza e a ordinare o mantenere tale detenzione solo per la durata più breve possibile". Soprattutto nel caso di detenuti giovani e particolarmente vulnerabili, l'isolamento è altamente problematico. 97

L'applicazione contestuale del divieto di tortura tiene conto di caratteristiche identitarie come l'età, il sesso, lo stato di salute, l'appartenenza a un gruppo o la particolare dipendenza della persona interessata, oltre a vari motivi di vulnerabilità a seconda del singolo caso. Questa contestualità significa che lo stesso trattamento o punizione che non costituirebbe una violazione di questa disposizione nel caso di una persona adulta sarebbe inammissibile nel caso di un bambino. Non solo l'età del bambino, ma anche altri fattori giocano un ruolo in questa valutazione. Anche le persone con disturbi mentali sono particolarmente vulnerabili in questo contesto. 98

La tutela dei diritti umani contro la tortura in senso lato si è sviluppata progressivamente nel tempo. Ciò vale in particolare per la protezione fornita dall'art. 3 CEDU: come la CEDU nel suo complesso, questa disposizione "viva" è interpretata in modo evolutivo e dinamico. Ciò significa che riflette gli sviluppi della società, per cui nel corso del tempo, atti che erano considerati accettabili in un momento precedente possono essere considerati una violazione dei diritti umani. Questo approccio evolutivo e dinamico è stato illustrato fin dall'inizio nel caso Tyrer, relativo a un pestaggio ordinato dalla giustizia. In quel caso, la Corte non solo ha applicato la dottrina della Convenzione vivente all'articolo 3 della CEDU, ma ha anche affermato che un certo tipo di trattamento o punizione può violare tale disposizione anche se è socialmente considerato accettabile. 99

Un contenuto parziale del divieto di tortura ha trovato espressione nell'art. 25 cpv. 3 Cost. Si tratta del divieto di rimpatrio o di non respingimento come 100

elemento complementare al requisito di non respingimento previsto dal diritto dei rifugiati all'art. 25 cpv. 2 Cost. In base a questa disposizione, le estradizioni e le deportazioni verso Paesi terzi sono escluse se la persona interessata rischia di subire torture o altri tipi di trattamenti o punizioni crudeli e inumani. Prima di procedere a un'estradizione o a un'espulsione, deve essere chiarita la situazione concreta di rischio della persona interessata. Requisiti simili derivano dall'articolo 3 della CEDU. In presenza di una minaccia, l'estradizione o l'espulsione è generalmente esclusa se non è possibile ottenere assicurazioni diplomatiche credibili che garantiscano un trattamento nello Stato ricevente conforme ai diritti umani. L'idoneità di tali assicurazioni diplomatiche è messa in dubbio da alcune dottrine.

## C. Rivendicazioni mediate

10 1 Dal divieto di tortura in senso lato possono derivare diverse rivendicazioni. In questo contesto, lo Stato ha il dovere di astenersi, il dovere preventivo di proteggere e il dovere reattivo di eseguire e indagare. Lo Stato non ha solo l'obbligo di astenersi dai maltrattamenti, ma deve anche indagare in modo efficace e approfondito su accuse giustificate di tortura e proteggere le persone colpite dalle intimidazioni.

10 2 Gli obblighi positivi di protezione dello Stato non riguardano solo i pericoli che provengono direttamente da membri delle autorità. Piuttosto, lo Stato deve anche garantire che i privati siano efficacemente dissuasi dal compiere abusi. Questi obblighi di protezione sono particolarmente intensi in relazione alle persone vulnerabili, compresi i detenuti. Certo, questi obblighi non devono sovraccaricare lo Stato e non è possibile prevenire ogni forma di violenza, soprattutto tra privati. Tuttavia, le autorità sono obbligate a intervenire se sanno o avrebbero dovuto sapere di una situazione di pericolo.

10 3 Se c'è una particolare dipendenza dallo Stato, il divieto di tortura in senso lato può anche giustificare richieste di benefici. Ad esempio, la dipendenza di una persona detenuta dallo Stato nel contesto del rapporto di status speciale dà luogo a richieste di cure mediche adeguate e cibo sufficiente. La Corte europea dei diritti dell'uomo giustifica queste richieste sulla base della vulnerabilità delle persone interessate.

# VII. IL DIVIETO DI TRAFFICO DI ESSERI UMANI, LAVORO FORZATO E SCHIAVITÙ

## A. Fondamenti

Il Cost. non contiene un divieto esplicito del lavoro forzato, equivalente al diritto alla protezione contro la tratta di esseri umani, il lavoro forzato, la servitù e la schiavitù. Secondo Schweizer, il lavoro forzato rientra nei divieti dell'art. 10 cpv. 3 Cost. Questa opinione è condivisa anche in questa sede. Ciò è supportato dalla natura particolarmente grave della compromissione della libertà di movimento, dell'autodeterminazione e dell'integrità fisica e psicologica presente in questi contesti. Tuttavia, questo divieto si sovrappone anche ad altri diritti fondamentali, come la dignità umana (art. 7 Cost.) e il diritto alla protezione della privacy (art. 13 Cost.). Inoltre, l'art. 27 Cost. (libertà economica) tutela l'autonomia privata e la libera scelta della professione. 104

Le basi dei diritti umani di questa protezione derivano in particolare dall'art. 4 della CEDU, dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani e dal Protocollo di Palermo delle Nazioni Unite. Anche l'art. 8 comma 3 del Patto ONU II e l'art. 2 della Convenzione OIL n. 29 contengono disposizioni corrispondenti; l'art. 6 della Convenzione sui diritti della donna (CEDAW) protegge specificamente dalla tratta delle donne. Con il divieto di "sfruttamento del lavoro" di cui all'art. 182 StGB, l'ordinamento giuridico svizzero conosce una tutela penale. 105

In questo contesto vanno ricordati anche i rapporti del Gruppo di esperti del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (GRETA). Questo organismo è responsabile del monitoraggio dell'attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani. Finora questo gruppo di esperti ha pubblicato due rapporti sulla Svizzera. Questi rapporti valutano le misure nazionali per combattere la tratta di esseri umani e formulano raccomandazioni concrete per una migliore attuazione della Convenzione. 106

## B. Ambito materiale di protezione

L'art. 4 CEDU riguarda la tratta di esseri umani a livello nazionale e transnazionale, a prescindere da ogni possibile connessione con la criminalità organizzata. L'attenzione si concentra sul concetto di traffico di esseri umani 107

("tratta"). Questo concetto è interpretato in modo evolutivo; la Corte non esamina se un trattamento costituisca specificamente "schiavitù", "servitù" o "lavoro forzato". La Corte europea dei diritti dell'uomo ha emesso una giurisprudenza non particolarmente estesa ma significativa sull'art. 4 CEDU.

108 Il concetto di tratta viene interpretato sulla base dell'art. 3(a) del Protocollo di Palermo e dell'art. 4(a) della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani. Questa definizione descrive varie forme di comportamento, ognuna delle quali porta allo sfruttamento delle vittime. In alternativa, sono richiesti lo sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o il prelievo di organi.

109 Secondo Meriboute, è necessario intervenire per risolvere l'ambiguità concettuale del sistema giuridico svizzero in questo contesto. È necessario garantire che la definizione nazionale di sfruttamento del lavoro ai sensi dell'art. 182 CP sia sufficientemente ampia da soddisfare gli standard internazionali per la prevenzione della tratta di esseri umani.

## C. Rivendicazioni mediate

110 La proibizione della tratta, del lavoro forzato e della schiavitù comporta obblighi statali a più livelli. Per adempiere a questi obblighi, l'ordinamento giuridico svizzero deve essere concepito in modo tale da non promuovere la tratta di esseri umani, ma da proteggerla. Questa dimensione degli obblighi statali è di importanza centrale in questo caso, poiché la tratta di esseri umani è nella maggior parte dei casi commessa da privati. Oltre a questa dimensione legislativa, esistono altre tre dimensioni di obblighi relativi alla tratta di esseri umani. In caso di sospetto, tra l'altro, le indagini devono essere condotte d'ufficio e i responsabili devono essere puniti (dimensione procedurale); inoltre, gli Stati interessati devono cooperare (dimensione transnazionale) e devono essere adottate misure di protezione nei confronti di persone specificamente a rischio (dimensione operativa).

## LETTURE CONSIGLIATE

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Zürich 2011.

Baumann Felix, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 505 ff.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 10 – Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, 2. Aufl., Zürich 2017.

Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux : Volume II – Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2017, S. 28 ff.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, S. 105 ff.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021, S. 141 ff.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Gavillet Aurélie, Kommentierung zu Art. 11 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Mavronicola Natasa, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs, Hart 2021.

Moeckli Daniel, § 31 – Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014.

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Zumsteg Patrice Martin, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff.

## L'AUTORE

La dott.ssa Corina Heri, LL.M., è ricercatrice post-dottorato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Zurigo. Ha studiato legge a Zurigo e a Londra e ha conseguito il dottorato presso l'Università di Zurigo nel 2017 con una tesi sul divieto di tortura e la teoria della vulnerabilità davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Dal 2017 al 2019 è stata ricercatrice post-dottorato presso l'Università di Amsterdam. Dal 2020 dirige il "Climate Rights and Remedies Project" presso l'Università di Zurigo insieme alla prof.ssa Helen Keller, dove sta scrivendo un'abilitazione sul contenzioso strategico.

## BIBLIOGRAFIA

Aebi-Müller Regina, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, Jusletter vom 22.9.2014.

Bähr Cordelia/Brunner Ursula, Ist das Schweizer Klimaziel verfassungskonform?, AJP 2016, S. 1219 ff.

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017.

Balzaretti Sofia, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (Hrsg.), Le consentement en droit, 4ème partie : Le consentement et le genre/Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes : enjeux actuels en droit suisse, Genf et al. 2018.

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Zürich 2011 (zit. Baumann, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit).

Baumann Felix, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 505 ff.

Belser Eva Maria/Egli Sandra, Das Recht auf einen selbstbestimmten Tod, ZBJV 156/2020, S. 379 ff.

Bernard Frédéric, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sicherheit & Recht 3/2020, S. 130 ff.

Besson Samantha, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in: Jusletter 14.3.2005.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 10 – Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. 10 BV).

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 11 – Schutz der Kinder und Jugendlichen, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. 11 BV).

Blattner Charlotte E./Fasel Raffael, 'Primaten als Grundrechtsträger: Überlegungen zum ersten bundesgerichtlichen Tierrechtsurteil', recht 2021, S. 61–73.

Brägger Benjamin F./Zangger Tanja, Freiheitsentzug in der Schweiz, Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen, Bern 2020.

Brägger Benjamin F., Sterben hinter Gittern – Eine Analyse des rechtlichen Rahmens zur Frage des Ablebens im Freiheitsentzug, SZK 2/2018, S. 3 ff.

Büchler Andrea/Clausen Sandro, 'Pränataler Kindesschutz', FamPra.ch 2018, S. 652–676.

Büchler Andrea/Cottier Michelle, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2020, S. 875 ff.

Büchler Andrea/Michel Margot, Medizin - Mensch - Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich et al. 2020.

Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff.

Caroni Martina, Menschenrechtliche Wegweisungsverbote: Neuere Praxis, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 539 ff.

Caroni Martina/Taylan Maya, Zwingendes Völkerrecht, recht 2015, S. 55 ff.

Chevalier-Watts Juliet, Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?, European Journal of International Law 21(3) (2010), S. 701 ff.

Christensen Birgit/Gächter Thomas, 'Systemwechsel bei der Organspende' Pflegerecht 2021, S. 152 ff.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 139/2021, S. 183 ff.

De Weck Fanny, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, Leiden 2017.

Donatsch Andreas, Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen, Sicherheit & Recht 2/2022, S. 57 ff., 61 f. (zit. Donatsch, Gesicherte Unterbringung).

Donatsch Andreas, Umgang mit gefährlichen Personen – Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, Rechtsgutachten vom 4.4.2019, abrufbar unter https://www.kkjpd.ch/files/Dokumente/News/2020/190415%20Gemeinsames%20-%20fedpol%2BKKJPD%20%20Rechtsgutachten%20Prof.%20A.%20Donatsch%20%20zum%20Umgang%20mit%20gef%C3%A4hrlichen%20Personen.pdf, N. 10 (zit. Donatsch, Umgang mit gefährlichen Personen).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux : Volume II – Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2017, S. 28 ff.

Egger Florian, L'équilibre inachevé du régime juridique du tatouage, du piercing et des pratiques associées en droit public, Zürich 2021.

Entenza Hector, Déterminations sur l'arrêt Gross, SZIER 2014, S. 347–352.

Farrell Michelle, The Marks of Civilisation: The Special Stigma of Torture, 22(1) Human Rights Law Review 2022.

Frei Nula/Graf-Brugère Anne-Laurence, L'exploitation au travail en procédure d'asile : obligations positives et qualité de réfugié, Asyl 3/18, S. 3 ff.

Frei Nula, Identifizieren, Schützen, Unterstützen: Neue Rechtsprechung des EGMR zum Opferschutz bei Menschenhandel, Asyl 3/17, S. 15.

Galetti Benedetta S., La mort provoquée, Les limitations de la réglementation légale, leurs fondements et des propositions d'alternatives, Zürich et al. 2020.

Gewirth Alan, There are Absolute Rights, The Philosophical Quarterly 32/1982, S. 348 ff.

Giger Gianni, Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss, Rechtslage und Erkenntnisstand zum gezielten polizeilichen Todesschuss in der Schweiz unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte und europäischer Standards, Zürich/Basel/Genf 2013 (= ZStStr 70), S. 95–114.

Glaser Andreas, 'Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 1C_105/2019 vom 16.9.2020 (zur Publikation vorgesehen), Heiner Vischer et al. gegen Deborah Ness et al., Zulässigkeit der kantonalen Volksinitiative «Grundrechte für Primaten», AJP 2021, S. 88–91.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hensler Beat, Der polizeiliche Schusswaffengebrauch vor dem Hintergrund von Menschenwürde und Rettungsfolter, Sicherheit & Recht 1/2013, S. 29 ff.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Hertig Randall Maya, La Convention européenne des droits de l'homme, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich 2020, S. 1267–1292.

Jungo Alexandra/Reidy Julia, Covid-19-Impfung – Jugendliche können eigenständig entscheiden, recht 2021.

Jungo Alexandra, Ausschluss unverheirateter Paare und Alleinstehender vom Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, FamPra.ch 2022, S. 574 ff.

Junod Valérie/Baud Carole-Anne/Broers Barbara/Schmitt-Koopmann Caroline/Simon Olivier, Tests urinaires dans le traitement médical de la dépendance aux opioïdes : Fin d''une pratique anachronique ?, sui generis 2021, S. 331 ff.

Kaufmann Christine/Senn Moritz, Menschenrechte im Alter, Pflegerecht 2021, S. 177 ff.

Kehl Sarah, Moderne Sklaverei, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Vorgaben unter der EMRK und in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des britischen Modern Slavery Act 2015, Zürich et al. 2021.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kiener Regina/Moeckli Daniel, Die Zertifikatspflicht ist keine Diskriminierung, NZZ Nr. 220 22.9.2021, S. 19.

Kolb Robert, Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory, Oxford 2015.

Koller Heinrich, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999, S. 656 ff.

Langer Lorenz, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 136/I (2017) S. 87 ff.

López Larissa Isabel, 'Straf- und verfassungsrechtliche Beurteilung des Abschusses von Renegade-Flugzeugen', SVLR-Bulletin 151/2019, S. 37–58.

Maculan Elena, Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion, Nordic Journal of International Law 84(3) (2015), S. 456 ff.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Mavronicola Natasa, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs, Hart 2021.

Meriboute Nadia, La traite d''êtres humains à des fins d''exploitation du travail, Genf 2020.

Minder Liliane Denise, Sexuelle und reproduktive Selbstbestimmungsrechte von Mädchen und Frauen mit geistigen Behinderungen: Eine Bestandesaufnahme, FamPra.ch 2022, S. 107 ff.

Minelli Ludwig A., Unbegründete Kritik am Urteil Gross, SZIER 2014, S. 339–345.

Moeckli Daniel/Keller Raphael, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, Sicherheit Recht = Sécurité droit, 3/2012, S. 231–245.

Moeckli Daniel, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 2020, S. 237 ff. (zit. Moeckli, Grundrechte in Zeiten von Corona).

Moeckli Daniel, § 31 – Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021 (zit. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit).

Moeckli Daniel, Persönlichkeitsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich 2020, S. 1383–1411 (zit. Moeckli, Persönlichkeitsschutz).

Molo Giovanni, Obbligo di vaccinazione nelle imprese?, NF 1/2022, S. 36 ff.

Moser-Szeless Margit, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, SZS 2013, S. 129 ff.

Müller Markus, Hungertod in der Zelle, ZBl 114/2013, S. 293 ff.

NKVF, Gesamtbericht über die schweizweite Überprüfung des stationären therapeutischen Massnahmenvollzugs (Art. 59 StGB) durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter 2013–2016, https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/thematische-schwerpunkte/strafrechtliche-freiheitsentzuege--straf--und-massnahmenvollzug/stationaere-therapeutische-massnahmen.html (besucht am 1.7.2022).

Nowak Manfred/McArthur Elizabeth, The Distinction between Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, Torture 16(3) (2006), S. 147 ff.

Nowak Manfred, What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards, Human Rights Quarterly 28(4) (2006), S. 809 ff.

Oehen Moritz, Opfer zweiter Klasse: Opfer staatlicher Gewalt und die Beschwerde in Strafsachen, sui generis 2015, S. 34–49.

Oesch Matthias, UNO-Sanktionen und ihre Umsetzung im schweizerischen Recht, SZIER 2009, S. 337 ff.

Perrin Bertrand, La répression de la traite d'êtres humains en droit suisse, Zürich et al. 2020.

Pinto Mattia, Sowing a 'Culture of Conviction': What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?, in: Laurens Lavrysen und Natasa Mavronicola (Hrsg.), Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR, Oxford 2020, S. 161 ff.

Piras Chiara/Breitenmoser Stephan, Das Verbot der Todesstrafe als regionales ius cogens, AJP 2011, S. 331 ff.

Pultrone Laura, Rezeptierung von NaP für die Suizidbeihilfe, Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit einer Rezeptur an gesunde Personen, in: Anna Coninx/et al. (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, APARIUZ, Zürich 2019, S. 177 ff.

Reich Johannes, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_37/2019, 5. Mai 2020; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 121/2020, S. 489 ff.

Renker Jana, Bewegungseinschränkende Massnahmen in der häuslichen Pflege, Pflegerecht 2019, S. 13 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Riedo Christof/Niggli Marcel Alexander, Unantastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, AJP 2011, S. 762 ff.

Rochel Johan, Des invités dans la Constitution cantonale?, ZBl 122/2021, S. 67 ff.

Rütsche Bernhard, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich et al. 2009.

Sandberg Kirsten, The Rights of LGBTI Children under the Convention on the Rights of the Child, Nordic Journal of Human Rights (33/4) (2015), S. 337–352.

Savioz-Viaccoz Valérie, L'embryon in vitro: émergence d'un nouvel objet de droit, Qualification juridique et contrats, Zürich et al. 2021.

Scarpelli Samuele, Wirtschaftssanktionen gegen private Personen, Verfahren und Rechtsschutz in der Europäischen Union und in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Rolle und Befugnisse des UN-Sicherheitsrates im Rahmen der Terrorismusbekämpfung, Zürich et al. 2015.

Schultz Annatina, Die Strafbarkeit von Menschenhandel in der Schweiz, Analyse und Reformbedarf von Art. 182 StGB, Zürich et al. 2020 (= ZStStr 105).

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 10 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014.

Skinner Stephen, Lethal Force, the Right to Life and the ECHR: Narratives of Death and Democracy, Oxford 2019.

Staub Deborah, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Präimplantationsdiagnostik-Verfahren (PID-Verfahren), Zürich et al. 2019.

Sturm Evelyne, Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, Zürich et al. 2019.

Teichmann Fabian/Camprubi Madeleine, Baustelle Suizidhilfe: Herausforderungen für den Gesetzgeber und die Justiz, Pflegerecht 2020, S. 22 ff.

Termacic Tatiana, The Council of Europe's Role in the Creation in a 'Death-penalty Free Zone', Council of Europe Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Minsk, 27. August 2019, https://rm.coe.int/speech-minsk-27-august-2019/168097129c (besucht am 9.2.2023).

Trotter Sarah, 'Hope's Relations: A Theory of the 'Right to Hope' in European Human Rights Law', Human Rights Law Review 22(2) (2022).

Tschentscher Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005 (zusammen mit Kälin Walter/Kiener Regina/Müller Markus/Tschannen Pierre), ZBJV 141/2005, S. 654–661 (zit. Tschentscher, ZBJV 141/2005).

Tschentscher Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008 (zusammen mit Kälin Walter/Kiener Regina/Lienhard Andreas/Tschannen Pierre), ZBJV 144/2008, S. 733 ff. (zit. Tschentscher, ZBJV 144/2008).

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Tschentscher Art. 10 BV).

Tschumy Nicolas, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (Hrsg.), Le consentement en droit, 8ème partie: Le consentement, la violence et la mort/Le consentement aux actes sur le cadavre, Genf et al. 2018.

Urwyler Thierry/Noll Thomas, Sterbehilfe (Suizidhilfe) im Straf- und Massnahmenvollzug, in: Jusletter 10.12.2018.

Vallender Klaus A., Kommentierung zu Art. 27 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich et al. 2014.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Vokinger Kerstin Noëlle/Rohner Noah, Impfobligatorium und Impfzwang – eine staatsrechtliche Würdigung, recht 2020, S. 257 ff.

Wälty Carla Sophia, Verbot zum Tragen von Kopftuch oder Piercing durch den Arbeitgeber, Zürich et al. 2018.

Wicks Elizabeth, The Right to Life and Conflicting Interests, Oxford 2010, S. 81 ff.

Ziegler Lenka, Sterben in Würde – Wertekonflikt zwischen dem Recht auf Leben und dem Recht auf Sterben, Selbstbestimmungsrecht am Ende, in: Juana Vasella/Anne-Sophie Morand (Hrsg.), Werte im Recht – das Recht als Wert, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. Nr. 121, Zürich 2018, S. 79 ff.

Zumsteg Patrice Martin, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff. (zit. Zumsteg, Recht auf Leben).

Zumsteg Patrice Martin, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 3. Abteilung/ 3. Kammer, Urteil AN.2020.00011 vom 22.10.2020, A. et al. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, AJP 2021, S. 92 ff. (zit. Zumsteg, Verwaltungsgericht).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 13 Cost.

Un commentario di Joel Drittenbass

CITAZIONE SUGGERITA

Joel Drittenbass, Commentario all'art. 13 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Drittenbass, art. 13 Cost. N. XXX.

**Art. 13 Protezione della sfera privata**

[1] Ognuno ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, della sua abitazione, della sua corrispondenza epistolare nonché delle sue relazioni via posta e telecomunicazioni.

[2] Ognuno ha diritto d'essere protetto da un impiego abusivo dei suoi dati personali.

# STRUTTURA

I. Storia della sua istituzione ..... 155
A. Diritto alla sfera privata (art. 13 cpv. 1 Cost.) ..... 155
B. Diritto fondamentale alla protezione dei dati (art. 13 cpv. 2 Cost.) ..... 156
II. Oggetto e contenuto dell'art. 13 Cost. ..... 157
A. Concetto di sfera privata ai sensi del diritto costituzionale ..... 157
B. Ambito di protezione personale ..... 159
C. Dimensione individuale e oggettiva ..... 159
D. Delimitazione ..... 160
III. Tutela della sfera privata ..... 161
A. Cpv. 1: Diritto al rispetto della sfera privata ..... 161
1. Osservazioni preliminari ..... 161
2. Vita privata ..... 161
a. Ambito di protezione ..... 161
b. Limitazioni ..... 162
3. Vita familiare ..... 165
a. Ambito di protezione ..... 165
b. Restrizioni ..... 165
4. Abitazione ..... 168
a. Ambito di protezione ..... 168
b. Limitazioni ..... 168
5. Segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni ..... 170
a. Ambito di protezione ..... 170
b. Restrizioni ..... 172
B. Cpv. 2: diritto fondamentale alla protezione dei dati ..... 174
1. Ambito di protezione ..... 174
2. Dimensioni ..... 175
a. Diritto fondamentale alla protezione dei dati come diritto di difesa ..... 175
b. Obbligo di protezione dei diritti fondamentali contro il trattamento dei dati da parte di privati ..... 176
3. Limitazioni ..... 177
Letture consigliate ..... 180
Bibliografia ..... 182

# I. STORIA DELLA SUA ISTITUZIONE

## A. Diritto alla sfera privata (art. 13 cpv. 1 Cost.)

La Costituzione federale riconosce esplicitamente il diritto alla sfera privata solo dal 1999, sancendolo all'art. 13 Cost. con il titolo «Protezione della sfera privata». L'**art. 13 cpv. 1 Cost.** tutela, con una formulazione quasi identica a quella dell'art. 8 cpv. 1 CEDU, la vita privata e familiare, l'abitazione e la corrispondenza epistolare, postale e telematica. La Costituzione federale del 12 settembre 1848 (Cost. 1848) e la Costituzione federale del 29 maggio 1874 (Cost. 1874), invece, non contenevano alcuna garanzia generale e integrale della sfera privata, ma proteggevano solo alcuni aspetti della stessa. Ad esempio, la Cost. del 1848 proteggeva in una certa misura la riservatezza delle comunicazioni sancendo l'inviolabilità del segreto postale all'art. 33 cpv. 3. Il segreto postale è stato poi esteso nel Cost. del 1874 al segreto telegrafico (art. 36 cpv. 4). Anche numerose costituzioni cantonali hanno sancito a partire dal 1830 un aspetto essenziale della sfera privata, ovvero l'inviolabilità dell'abitazione. Alcuni aspetti della sfera privata erano quindi già garantiti a livello costituzionale federale e cantonale prima del 1999. 1

Fino all'introduzione dell'art. 13 Cost., la protezione costituzionale della sfera privata in Svizzera era garantita in particolare dalla **libertà personale**, riconosciuta come diritto fondamentale non scritto dal Tribunale federale nel 1963. Negli anni successivi, il Tribunale federale ha esteso la protezione della libertà personale all'integrità mentale (1964) e alle manifestazioni elementari dello sviluppo della personalità (1971). Questa giurisprudenza della Corte suprema sulla libertà personale è stata fortemente influenzata dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Gli impulsi decisivi per la protezione della sfera privata in Svizzera come diritto fondamentale sono quindi derivati - e continuano a derivare - dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Convenzione relativa all'**art. 8 cpv. 1 CEDU**. Il Tribunale federale si adopera quindi per un'interpretazione armonizzante dell'art. 13 cpv. 1 Cost. e dell'art. 8 cpv. 1 CEDU. 2

## B. Diritto fondamentale alla protezione dei dati (art. 13 cpv. 2 Cost.)

3 L'**art. 13 cpv. 2 Cost.** tutela ogni persona dall'abuso dei suoi dati personali. Prima del 1999, il diritto fondamentale alla protezione dei dati non era espressamente sancito dalla Costituzione federale, a differenza di alcune costituzioni cantonali. Tuttavia, il Tribunale federale riconosceva già diritti in materia di protezione dei dati ai sensi della Costituzione federale del 1874, ad esempio il diritto di accesso e rettifica dei privati in merito ai dati che li riguardano registrati da un'autorità.

4 Il diritto svizzero in materia di protezione dei dati è stato e continua a essere fortemente influenzato dal diritto **internazionale** ed **europeo in materia di protezione dei dati**. La protezione dei dati personali è garantita anche da trattati internazionali vincolanti per la Svizzera. In particolare, si possono citare l'art. 17 del Patto II dell'ONU e l'art. 8 della CEDU. Impulsi decisivi per il diritto svizzero in materia di protezione dei dati provengono anche dalla Convenzione per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale («Convenzione europea sulla protezione dei dati», CED), poiché la Svizzera ha trasferito nel diritto nazionale in materia di protezione dei dati i concetti fondamentali del diritto in materia di protezione dei dati (ad esempio il concetto di dati personali degni di particolare protezione) e i principi fondamentali della CED (in particolare i principi generali del trattamento dei dati).

5 Recentemente, il diritto svizzero in materia di protezione dei dati è stato influenzato in particolare dal **regolamento generale sulla protezione dei dati** dell'UE (DSGVO), poiché il legislatore federale si è basato sulle disposizioni del DSGVO nell'ambito della revisione totale della legge federale sulla protezione dei dati (LPD). Il legislatore ha ritenuto necessario questo ravvicinamento della LPD totalmente rivista al DSGVO affinché la Commissione europea continui a riconoscere come adeguato il livello di protezione dei dati della Svizzera in relazione al traffico transfrontaliero di dati tra la Svizzera e gli Stati membri dell'UE (la cosiddetta decisione di adeguatezza).

# II. OGGETTO E CONTENUTO DELL'ART. 13 COST.

## A. Concetto di sfera privata ai sensi del diritto costituzionale

La Costituzione federale non definisce più precisamente cosa si intenda concretamente per sfera privata ai sensi dell'art. 13 Cost. Un tentativo di definizione del concetto si trova invece nel messaggio del 20 novembre 1996 sulla nuova Cost. Questo definisce il diritto alla privacy come il diritto di «ogni persona a non essere ostacolata dallo Stato nella libera organizzazione della propria vita e dei propri rapporti con altre persone, nonché il rispetto di una sfera personale segreta». Il diritto al rispetto e alla protezione della privacy esiste tuttavia principalmente nello **spazio privato** (ambito di protezione oggettivo). L'art. 13 Cost. tutela tuttavia anche le attività private che si svolgono in spazi pubblici. Infatti, le persone che si trovano in pubblico non danno implicitamente il consenso a essere sorvegliate, filmate, fotografate o ascoltate dalle autorità statali. 6

Una definizione uniforme e scientificamente riconosciuta del concetto di sfera privata ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. non è ancora riuscita a imporsi nella letteratura, il che - per usare le parole di Oliver Diggelmann - ha portato a una “fuga” nella pratica. In altre parole, il concetto di sfera privata ai sensi della Costituzione ha ricevuto diverse interpretazioni nella pratica giuridica, poiché il termine è relativamente aperto e indeterminato. A ciò si aggiunge il fatto che nella letteratura vengono utilizzati termini diversi (ad es. intimità, sfera privata o vita privata). Questa varietà di termini comporta ovviamente il rischio di malintesi e confusione, poiché il concetto di sfera privata ai sensi della Costituzione non coincide, ad esempio, con il concetto di vita privata come contenuto parziale dell'art. 13 Cost. Nel presente caso, il **concetto di sfera privata** (in contrapposizione a quello di vita privata) viene quindi utilizzato come **termine generico** per tutte le questioni della vita che rientrano nell'art. 13 Cost. Secondo l'interpretazione qui adottata, la parte della vita privata protetta dall'art. 13 cpv. 1 Cost. è quindi un'area essenziale della vita coperta dalla protezione costituzionale della sfera privata. Schematicamente e in modo semplificato, la delimitazione può essere rappresentata come segue: 7

Nonostante o proprio a causa della difficoltà concettuale di definire in modo conciso il diritto fondamentale al rispetto e alla protezione della sfera privata, la prassi giuridica si aiuta con l'enumerazione di **tipici interventi** o **ambiti di** 8

**protezione rilevanti**. Non sorprende quindi che esista una ricca casistica di casi tipici di applicazione dell'art. 13 Cost., che sono illustrati a titolo esemplificativo nella successiva sezione III (cfr. sotto, n. 16 segg.).

9 Anche la CEDU determina caso per caso se una questione di vita privata rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU. L'art. 8 cpv. 1 CEDU comprende il diritto al rispetto della vita privata e familiare, dell'abitazione e della corrispondenza. L'art. 8 CEDU è invocato relativamente spesso nei procedimenti dinanzi alla Corte EDU, ma il numero di sentenze in cui è stata accertata una violazione dell'art. 8 CEDU è limitato. Secondo la giurisprudenza della Convenzione, i seguenti fatti, ad esempio, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 8 cpv. 1 CEDU:

- Il diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 CEDU include l'autonomia dell'individuo e quindi il **diritto all'autodeterminazione**. Il diritto all'autodeterminazione include anche il diritto all'identità e allo sviluppo di una persona, che comprende anche la possibilità di intrattenere relazioni con altre persone, anche di natura sessuale.
- L'art. 8 cpv. 1 CEDU comprende anche le **attività commerciali** e **professionali**.
- Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), **gli impatti ambientali** (ad es. rumore o altre emissioni) possono pregiudicare l'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 CEDU. La Corte EDU ha fatto riferimento a questa giurisprudenza nella sentenza del 9 aprile 2024 («sentenza KlimaSeniorinnen») e ha dedotto dall'art. 8 CEDU un «diritto umano a una protezione efficace contro gli effetti negativi dei cambiamenti climatici sulla salute umana e sulla qualità della vita». La CEDU ha riscontrato una violazione dell'art. 8 CEDU, poiché la Svizzera ha violato il suo obbligo di protezione dei diritti umani, in quanto, secondo la CEDU, non ha adottato misure sufficienti per raggiungere gli obiettivi stabiliti nell'accordo di Parigi sul clima. Tuttavia, la questione *fino a che punto* tale *obbligo di protezione* dello Stato sia legato al cambiamento climatico è rimasta senza risposta. Infatti, l'Accordo di Parigi sul clima, su cui la CEDU si è basata nella sentenza sul clima, non impone agli Stati contraenti, e quindi alla Svizzera, obblighi concreti di riduzione delle emissioni né strumenti concreti per raggiungere gli obiettivi stabiliti nell'accordo.

- L'art. 8 cpv. 1 CEDU tutela una persona anche dalla **sorveglianza telefonica** o dall'uso di altri dispositivi tecnici di sorveglianza da parte di attori statali.

Il diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 CEDU tutela le diverse forme di convivenza umana in una famiglia, compreso il rispetto di una **comunità di coppia** omosessuale o eterosessuale. 10

## B. Ambito di protezione personale

I titolari del diritto al rispetto e alla protezione della sfera privata sono sia **le persone fisiche** che **le persone giuridiche** di diritto privato. Queste ultime possono tuttavia invocare solo quelle parti dell'art. 13 Cost. che non si riferiscono a caratteristiche tipiche delle persone fisiche. Le persone giuridiche di diritto privato hanno diritto al rispetto dei locali commerciali, al rispetto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni, nonché alla protezione contro l'uso improprio dei dati personali, ma non alla protezione della vita privata e familiare. 11

Le persone giuridiche di diritto pubblico, come gli enti di diritto pubblico o le istituzioni di diritto pubblico, non possono in linea di principio invocare l'art. 13 Cost., perché di norma non sono titolari di diritti fondamentali. Tuttavia, in via eccezionale, le persone giuridiche di diritto pubblico possono invocare i diritti fondamentali e quindi l'art. 13 Cost. «se operano in base al diritto privato e sono interessate dall'atto statale impugnato allo stesso modo di un privato». 12

## C. Dimensione individuale e oggettiva

Secondo l'opinione generalmente accettata, l'art. 13 Cost. stabilisce, oltre ai meri diritti di difesa (la cosiddetta dimensione soggettiva o individuale di un diritto fondamentale), anche determinati **obblighi di prestazione** e **di protezione** (la cosiddetta dimensione costituzionale-istituzionale o oggettiva di un diritto fondamentale). La giurisprudenza ha riconosciuto obblighi positivi di protezione nel campo della vita privata e familiare. La CEDU ha affermato, ad esempio, in relazione alla videosorveglianza segreta sul posto di lavoro, l'obbligo degli Stati firmatari della Convenzione di garantire un equilibrio tra gli interessi dei dipendenti e quelli del datore di lavoro. Inoltre, la CEDU ha riconosciuto, ad esempio, l'obbligo dello Stato di garantire che le 13

relazioni tra i membri di una famiglia possano svilupparsi normalmente e che sia possibile una vita familiare tra genitori e figli.

14 Va notato che gli obblighi di protezione dei diritti fondamentali nei confronti delle minacce private al diritto alla protezione della sfera privata sono in conflitto con le sfere di libertà dei privati protette dai diritti fondamentali (ad es. art. 10 cpv. 2 Cost., art. 26 Cost. o art. 27 Cost.). Ciò pone al centro la questione di quale criterio il legislatore dovrebbe utilizzare per trovare un equilibrio tra le libertà dei privati tutelate dai diritti fondamentali e gli obblighi di protezione dei diritti fondamentali contro le minacce private al diritto al rispetto della vita privata. O, per dirla in modo più plastico: in base a quali criteri il legislatore dovrebbe proteggere le persone dai **rischi delle nuove tecnologie private** senza vanificare le opportunità offerte da tali applicazioni e quindi l'esercizio dei diritti costituzionali alla libertà? Questa domanda sta acquisendo notevole importanza negli ultimi tempi con l'avvento di tecnologie innovative, come l'Internet delle cose (IoT), i big data o l'intelligenza artificiale (IA), perché anche i privati possono minacciare il diritto alla privacy attraverso l'uso di tali tecnologie, senza tuttavia essere direttamente vincolati dall'art. 13 della Costituzione federale. 13 Cost. Allo stesso tempo, i privati possono contribuire alla realizzazione di opportunità (ad esempio la prospettiva di successi economici, nuove scoperte scientifiche o nuovi metodi di cura delle malattie) attraverso l'uso di tecnologie innovative e, nel farlo, avvalersi dei diritti costituzionali alla libertà. L'**approccio basato sul rischio** si collega a questo campo di tensione, perché garantisce un equilibrio il più razionale e scientifico possibile tra gli obblighi di protezione dei diritti fondamentali nei confronti delle minacce private alla sfera privata e le sfere di libertà dei privati protette dai diritti fondamentali. Uno degli obiettivi dell'approccio è infatti quello di strutturare l'approccio giuridico alle nuove tecnologie in modo da ridurre al minimo le perdite di compatibilità con il bene comune e le perdite di opzioni di azione.

## D. Delimitazione

15 La protezione costituzionale della sfera privata presenta legami con il diritto alla libertà personale (art. 10 cpv. 2 Cost.) e con il diritto al matrimonio e alla

famiglia (art. 14 Cost.), motivo per cui si pongono essenzialmente due questioni di delimitazione:

- Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il diritto alla libertà personale ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 Cost. è un **diritto sussidiario** rispetto all'art. 13 Cost. La dottrina prevalente segue questa giurisprudenza.
- Per quanto riguarda la delimitazione tra il diritto alla sfera privata e il diritto al matrimonio e alla famiglia ai sensi dell'art. 14 Cost., quest'ultimo tutela la **costituzione di una famiglia**, mentre l'art. 13 cpv. 1 Cost. garantisce la convivenza familiare. I due diritti fondamentali proteggono quindi situazioni di vita diverse.

# III. TUTELA DELLA SFERA PRIVATA

## A. Cpv. 1: Diritto al rispetto della sfera privata

### 1. Osservazioni preliminari

La garanzia costituzionale della sfera privata comprende **cinque elementi**; quattro garanzie parziali sono sancite nel paragrafo 1, un'altra nel paragrafo 2 dell'art. 13 della Cost. L'art. 13 cpv. 1 Cost. tutela la vita privata e familiare (cfr. infra, n. 17 segg. e n. 21 segg.), l'abitazione (cfr. infra, n. 27 segg.) e il segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni (cfr. infra, n. 33 segg.). Il capoverso 2 garantisce inoltre la protezione contro l'uso improprio dei dati personali (cfr. sotto, n. 43 segg.). L'elenco delle garanzie parziali di cui all'art. 13 Cost. sembra essere esaustivo. Secondo Biaggini e Diggelmann, tuttavia, il capoverso 1 dell'art. 13 Cost. non impedisce un «ampliamento a tutto tondo» da parte della prassi giuridica. 16

### 2. Vita privata

#### a. Ambito di protezione

L'art. 13 cpv. 1 Cost. sancisce il diritto al rispetto della vita privata, tutelato dai diritti fondamentali. Secondo il Tribunale federale, questo diritto protegge «l'identità, le relazioni sociali e i comportamenti intimi di ogni persona fisica, l'onore e la reputazione, nonché in particolare tutte le informazioni relative a una persona che non sono accessibili al pubblico». Tra i contenuti centrali del diritto al rispetto della vita privata vi è il diritto alla tutela della **sfera segreta** 17

e **intima** dell'individuo. In altre parole, ogni persona ha il diritto di decidere autonomamente a quali persone e quando rivelare fatti personali della propria vita.

18 Il diritto al rispetto della vita privata tutela inoltre la **libertà** della **vita di relazione**. Pertanto, ogni persona ha il diritto di instaurare, coltivare o rifiutare relazioni personali con altre persone di sua scelta. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la libertà di avere relazioni include anche le relazioni omosessuali. È inoltre protetta la decisione sull'identità di genere, in quanto lo Stato non può rendere eccessivamente difficili, ad esempio, le misure chirurgiche o ormonali per l'adattamento del sesso e deve riconoscere l'identità di genere. Tuttavia, dal diritto al rispetto della vita privata non si può dedurre alcun diritto al rimborso dei costi per il cambiamento chirurgico di sesso. Inoltre, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, dall'art. 13 cpv. 1 Cost. non si può dedurre alcun diritto all'introduzione di un terzo sesso o alla cancellazione del sesso nel registro dello stato civile. Già in precedenza la CEDU aveva stabilito che l'obbligo di registrare il sesso in modo binario nel registro è compatibile con l'art. 8 CEDU. La CEDU ha motivato questa opinione con la mancanza di un consenso sufficientemente chiaro negli Stati delle società europee in merito all'introduzione di un terzo sesso, su cui la CEDU si basa per questioni di politica giuridica come quella in questione. È quindi ipotizzabile che in futuro la CEDU qualifichi l'obbligo di essere registrati nel registro come maschio o femmina come una violazione del diritto al riconoscimento dell'identità sessuale e quindi dell'art. 8 CEDU.

19 Infine, secondo la giurisprudenza della Corte suprema, anche il **rispetto del nome** e il **rispetto della reputazione sociale** rientrano nell'ambito oggettivo della protezione della vita privata ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. Il Tribunale federale ha stabilito, ad esempio, che lo Stato non può pubblicare il nome di un debitore con atto di carenza beni nella Gazzetta ufficiale, poiché tale pubblicazione potrebbe compromettere la reputazione pubblica di una persona. Il diritto alla vita privata non protegge tuttavia in generale dalla perdita di reputazione dovuta a comportamenti scorretti.

### b. Limitazioni

20 Le limitazioni del diritto fondamentale alla protezione e al rispetto della vita privata possono essere di **varia natura**. Non sorprende quindi che la dottrina

e la giurisprudenza abbiano individuato limitazioni diverse del diritto al rispetto della vita privata. Tra queste, vanno menzionate in particolare le seguenti:

- Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, un'intrusione nel diritto al rispetto della vita privata si verifica in caso di **indagini segrete** da parte della polizia (ad esempio, osservazione, indagini sotto copertura o indagini preliminari sotto copertura) o di investigatori privati al fine di chiarire l'obbligo di prestazione dell'assicurazione contro gli infortuni, anche se la sorveglianza avviene in uno spazio pubblico.
- Anche un **obbligo di test** per il personale delle strutture sanitarie e sociali senza certificato Covid costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte suprema, un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata delle persone interessate, sebbene ciò possa essere giustificato dalla tutela della salute pubblica, a condizione che siano soddisfatti gli altri requisiti di cui all'art. 36 Cost. Secondo la giurisprudenza della Convenzione relativa all'art. 8 CEDU, un **obbligo di vaccinazione** generale per i bambini contro nove malattie ben note in medicina costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata. Il Tribunale federale ha quindi ritenuto che l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 e il licenziamento minacciato in caso di inadempienza costituissero una violazione dei diritti fondamentali di un militare di professione (in particolare della libertà personale garantita dall'art. 10 cpv. 2 Cost.), che tuttavia era giustificata nel caso specifico, poiché l'obbligo di vaccinazione mirava a garantire la pronta disponibilità per impieghi a breve termine all'estero. A questo si deve dare ragione nella misura in cui nel *contesto concreto* non era disponibile alcuna misura più mite per garantire la disponibilità immediata come membro di un'*unità speciale* dell'esercito svizzero (Comando Forze Speciali) per missioni a breve termine all'estero. Tuttavia, le considerazioni della Corte Suprema indicano che un obbligo generale di vaccinazione contro il Covid-19 per tutti i membri dell'esercito difficilmente potrebbe essere giustificato.
- La CEDU ha quindi stabilito che il rifiuto delle autorità svizzere di riconoscere il rapporto di filiazione tra il padre non genetico e il figlio nato da una **maternità surrogata**, stabilito da un tribunale americano, costituisce una violazione sproporzionata del diritto del bambino al rispetto della sua vita privata ai sensi dell'articolo 8 della CEDU.

- Anche la trasmissione di **dati bancari dei clienti** all'estero costituisce una violazione della garanzia della vita privata.
- Infine, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'**ammissione provvisoria** può pregiudicare il diritto al rispetto della vita privata, protetto dai diritti fondamentali, se ciò comporta svantaggi giuridici o di fatto (ad esempio ostacoli all'integrazione graduale, restrizioni alla mobilità, difficoltà sul mercato del lavoro). Il Tribunale federale ha confermato una tale violazione del diritto alla vita privata nel caso concreto di una ragazza siriana di 15 anni che dieci anni fa è stata ammessa in Svizzera con la sua famiglia in via provvisoria. Il Tribunale federale ha motivato la violazione del diritto alla vita privata nel caso in questione essenzialmente con il fatto che, con il prossimo raggiungimento della fine della scuola dell'obbligo, potrebbero sorgere ostacoli nella ricerca di un posto di apprendistato o di studio. Nel caso specifico, l'ammissione provvisoria ha quindi portato a svantaggi concreti che hanno giustificato il rilascio di un permesso di soggiorno alla ragazza di 15 anni in quanto persona ammessa provvisoriamente. Se, come nel caso in questione, si conferma che il diritto alla vita privata è stato violato a causa di circostanze concrete, la persona interessata può avere il **diritto al rilascio di un permesso di soggiorno** in base alla giurisprudenza del Tribunale federale e al diritto alla vita privata. In vista del rilascio di un permesso di soggiorno a persone ammesse provvisoriamente, occorre tenere conto dell'integrazione, della situazione familiare e dell'esigibilità di un ritorno nello Stato di origine. Inoltre, in caso di allontanamento, la durata del soggiorno fino a quel momento è di notevole importanza per stabilire se il diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell' art. 13 cpv. 1 Cost. o art. 8 n. 1 CEDU. Nella DTF 144 I 266, il Tribunale federale ha stabilito, a titolo di linea guida, che con una durata **legale di soggiorno di circa dieci anni**, le relazioni sociali in Svizzera sono di solito così strette «che per porre fine al soggiorno sono necessari motivi particolari». Il Tribunale federale ha dedotto questa soglia temporale, tra l'altro, dall'articolo 34 cpv. 2 LStrI, secondo il quale il permesso di domicilio può essere rilasciato di norma dopo dieci anni di soggiorno. Secondo il Tribunale federale, nel caso specifico, il diritto al rispetto della vita privata, protetto dai diritti fondamentali, può essere violato anche prima, se un permesso non viene rinnovato, ad esempio in caso di integrazione particolarmente marcata.

## 3. Vita familiare

### a. Ambito di protezione

L'art. 13 cpv. 1 Cost. garantisce inoltre il diritto fondamentale alla protezione della vita familiare. Questo protegge le relazioni personali tra i membri della famiglia e il tipo di convivenza, ma anche la decisione di non vivere insieme o di non mantenere contatti. Il concetto di famiglia ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. comprende, oltre alla tradizionale famiglia nucleare (famiglia con due genitori e figli minorenni), anche altre forme di relazione (ad es. famiglia monoparentale, famiglia patchwork o famiglia allargata), a condizione che la relazione sia **effettivamente vissuta** e presenti una certa intensità e stabilità. A queste condizioni, anche le relazioni di concubinato sono protette. A favore di una vita familiare protetta costituzionalmente ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. depongono, ad esempio, la convivenza nella stessa economia domestica, il reciproco dovere di assistenza, le dipendenze finanziarie e i contatti regolari. 21

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, le **unioni omosessuali** sono tutelate dal diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. (cfr. sopra, n. 17 segg.), ma non dal diritto al rispetto della vita familiare, contrariamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, sulla base della recente giurisprudenza convenzionale della CEDU e in considerazione dell'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso a livello legislativo (“matrimonio per tutti”), questa giurisprudenza sembra ormai superata. Ciò è tanto più vero in quanto le coppie dello stesso sesso possono ora adottare anche figli (astretti). Per questi motivi, alla luce dei mutati valori sociali, è necessaria un'interpretazione dinamica del concetto di famiglia ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. Pertanto, secondo l'opinione qui rappresentata, la convivenza di coppie dello stesso sesso è protetta dai diritti fondamentali sia dal diritto alla vita privata che dal diritto alla vita familiare, soprattutto perché esistono stretti legami tra il diritto alla vita privata e il diritto alla vita familiare (cfr. sopra, n. 17 e segg.). 22

### b. Restrizioni

Le limitazioni del diritto alla vita familiare dovute a misure **di diritto degli stranieri** sono di notevole importanza pratica, poiché l'art. 13 cpv. 1 Cost. conferisce, a determinate condizioni, il diritto di soggiorno in Svizzera o il 23

diritto al rilascio di un permesso di soggiorno. Il diritto alla vita familiare ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. non conferisce quindi – analogamente all'art. 8 CEDU – un diritto assoluto di soggiorno o un diritto assoluto al ricongiungimento familiare.

24 Nella prassi si presume che vi sia una violazione del diritto alla protezione della vita familiare ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. «quando una misura statale di allontanamento o di esclusione pregiudica una relazione familiare stretta, autentica e effettivamente vissuta di una persona *con diritto di soggiorno consolidato* in Svizzera, senza che a quest'ultima sia possibile o ragionevolmente esigibile coltivare la relativa vita familiare altrove». Secondo una sentenza del Tribunale federale relativa al diritto alla vita privata ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost., la presenza della persona interessata è sufficientemente consolidata se la **durata del soggiorno legale** è di circa **dieci anni**, poiché si può presumere che «le relazioni sociali in questo Paese siano diventate così strette che sono necessari motivi particolari per porre fine al soggiorno» (cfr. sopra, n. 20). Secondo l'opinione qui rappresentata, questa giurisprudenza della Corte suprema, secondo la quale devono sussistere motivi particolari per porre fine a un soggiorno in Svizzera a partire da un soggiorno legale di circa dieci anni, può essere applicata al diritto alla vita familiare ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. Infatti, se una persona straniera ha diritto a un soggiorno permanente in Svizzera in base al diritto alla vita privata ai sensi dell' art. 13 cpv. 1 Cost. ha diritto a un soggiorno permanente in Svizzera, secondo la giurisprudenza della Corte suprema questa persona ha anche un diritto al ricongiungimento familiare derivante dal diritto alla vita familiare (art. 13 cpv. 1 Cost.). Tuttavia, tale diritto sussiste solo se sono soddisfatte le condizioni per il ricongiungimento familiare stabilite dal diritto nazionale. Tali condizioni interne devono ovviamente essere compatibili con l'art. 13 Cost. e con l'art. 8 CEDU. Per converso, si può concludere che uno straniero che non ha il diritto di soggiorno in Svizzera non ha diritto al ricongiungimento familiare in base al diritto alla vita familiare ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost.

25 In una sentenza del 17 settembre 2024, la CEDU ha inoltre stabilito che la Svizzera ha violato il diritto di un uomo originario della Bosnia-Erzegovina al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU quando ha **ordinato l'espulsione**. L'uomo era stato precedentemente dichiarato colpevole di violazione qualificata della legge sugli stupefacenti (LStup), motivo per cui era

stato espulso dal Paese per cinque anni ai sensi dell'art. 66 cpv. 1 lett. o del Codice penale (CP). Infatti, la violazione qualificata della LStup è un reato che, per costituzione e legge, comporta l'espulsione dal territorio nazionale, salvo casi di rigore personale. Finora, il Tribunale federale si è mostrato particolarmente severo nell'ordinare l'espulsione dal territorio nazionale per tali reati commessi da stranieri. Per questo motivo, ha anche protetto l'espulsione dal territorio nazionale nel caso in questione. Il Tribunale federale non ha tenuto conto in particolare delle obiezioni dell'uomo contro l'espulsione, secondo le quali la sua colpa era lieve e gli è stata inflitta solo una pena detentiva condizionale di 20 mesi.

Tuttavia, la maggioranza della CEDU non ha potuto seguire la sentenza del 26
Tribunale federale. La Corte ha motivato la sua opinione contraria con il fatto che la colpa dell'uomo era lieve, che era stata pronunciata solo una pena detentiva con la condizionale, che l'uomo non aveva precedenti penali né rappresentava un pericolo per la sicurezza pubblica e che viveva in Svizzera da molto tempo, motivo per cui l'espulsione di cinque anni avrebbe avuto un impatto negativo sulla vita familiare e quindi non era compatibile con il diritto alla vita familiare. L'opinione minoritaria, sostenuta in modo convincente nell'ambito di una «dissenting opinion», contesta tuttavia questo punto di vista, sostenendo che nel caso in questione non vi sono *motivi validi* per cui la Corte di giustizia possa discostarsi dalla valutazione complessiva dei tribunali svizzeri, poiché questi ultimi hanno esaminato attentamente le circostanze concrete e hanno valutato gli interessi pubblici e privati a favore o contro l'espulsione alla luce della giurisprudenza della Convenzione. In particolare, il fatto che l'uomo sia arrivato in Svizzera solo all'età di 30 anni e abbia quindi trascorso gli anni più importanti della sua vita nel suo paese d'origine, che fosse moderatamente integrato nella società svizzera, pur mantenendo stretti legami con il suo paese d'origine, ma anche il fatto il fatto che sua moglie e i suoi figli piccoli parlassero serbo e conoscessero bene la cultura della Bosnia-Erzegovina, non rendono immediatamente irragionevole il trasferimento nel suo paese d'origine. Secondo l'opinione qui espressa, nel caso specifico, un'espulsione appare quindi nel complesso giustificabile, in accordo con il Tribunale federale e la minoranza della Corte europea dei diritti dell'uomo. A sfavore della permanenza dell'uomo in Svizzera e quindi a favore del suo allontanamento, nel caso in questione depone inoltre il fatto che l'uomo abbia ricevuto 186 grammi di cocaina pura e l'abbia trasportata a

Zurigo, commettendo così un reato grave, poiché il limite per un caso grave è di 18 grammi di cocaina.

## 4. Abitazione

### a. Ambito di protezione

27 Il diritto al rispetto della propria sfera privata, sancito espressamente dall'art. 13 cpv. 1 Cost., garantisce all'individuo un **rifugio fisico** che gli consente di essere lasciato in pace, ma anche di curare i contatti sociali al di fuori della sfera pubblica. Oltre agli appartamenti abitati in modo permanente o temporaneo (abitazione in senso stretto), rientrano nell'ambito di protezione oggettiva anche gli spazi aperti che, in base al loro utilizzo, sono oggettivamente da considerare come spazi privati. Gli spazi esterni includono balconi, terrazze o giardini. In linea di principio, sono protetti anche i locali commerciali, anche se, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la loro protezione è meno ampia se utilizzati principalmente per scopi commerciali rispetto a quelli utilizzati (esclusivamente) per scopi privati. È irrilevante se la persona interessata è proprietaria o inquilina dell'appartamento.

28 La Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) intende per domicilio ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 CEDU un **spazio delimitato** in cui si svolge la vita privata e familiare. Secondo la giurisprudenza della CEDU, l'art. 8 CEDU protegge non solo le seconde case e le case di vacanza, ma anche i locali commerciali delle persone giuridiche. In singoli casi, anche i centri di allenamento e le camere d'albergo possono essere protetti dall'art. 8 CEDU.

### b. Limitazioni

29 Un'intrusione nel diritto al rispetto della propria abitazione si verifica, ad esempio, quando lo Stato vi penetra fisicamente nell'ambito di perquisizioni domiciliari o quando agenti statali spiano o intercettano dall'esterno. In particolare, la sorveglianza segreta da parte delle autorità statali mediante dispositivi tecnici sta acquisendo notevole importanza con l'avvento di **nuove tecnologie**, poiché ciò crea nuove minacce al diritto al rispetto della propria abitazione, che possono essere più invasive delle tradizionali misure di sorveglianza dello Stato. Le autorità possono ad esempio utilizzare **droni teleguidati** per individuare modifiche strutturali a proprietà immobiliari, che

consentono di vedere camere da letto e soggiorni, nonché balconi, terrazze o giardini. Il responsabile della protezione dei dati del Cantone di Zurigo ha quindi stabilito che ciò costituisce una violazione della privacy (o più precisamente: del diritto al rispetto della propria abitazione). Secondo i resoconti dei media, le autorità fiscali francesi avrebbero scoperto piscine private non dichiarate utilizzando **software basati sull'IA**; in futuro questo software sarà utilizzato anche per identificare altre strutture e impianti costruiti illegalmente.

Un'altra area problematica finora poco discussa nel contesto del diritto al 30
rispetto della propria abitazione è l'uso dei **contatori intelligenti**, noti anche come sistemi di misurazione intelligenti o contatori elettrici intelligenti. I sistemi di misurazione intelligenti trasmettono automaticamente i dati sul consumo di elettricità dei clienti finali ai gestori di rete (statali). Questi dati forniscono informazioni su quali dispositivi elettronici vengono utilizzati in una famiglia, quando e in che misura. I sistemi di misurazione intelligenti possono quindi favorire la **sensazione soggettiva** di **essere costantemente sorvegliati** e quindi compromettere il libero sviluppo personale delle persone all'interno della propria abitazione, ad esempio facendo sì che le persone interessate modifichino determinate abitudini nella propria abitazione per paura di essere (abusivamente) sorvegliate.

Dal punto di vista dei diritti fondamentali, sono inoltre problematiche le 31
**osservazioni nascoste** degli **assicurati da parte delle assicurazioni sociali** ai sensi dell'art. 43a e dell'art. 43b LPGA, perché queste non sono consentite solo in luoghi accessibili al pubblico, ma anche in luoghi che sono liberamente visibili da un luogo accessibile al pubblico. La LPGA consente quindi alle assicurazioni sociali di filmare balconi e giardini di assicurati visibili al pubblico, il che può essere considerato una violazione del diritto al rispetto della vita privata delle persone assicurate. Resta da vedere se queste nuove disposizioni sull'osservazione nel settore delle assicurazioni sociali, emanate dal legislatore federale sulla base della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo «*Vukota-Bojic*», resisteranno a un riesame da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Infatti*, il legislatore ha creato una base legale formale con gli articoli 43a e 43b LPGA 43b LPGA, il legislatore ha creato una base legale formale, perché la CEDU aveva precedentemente lamentato che un assicurato era stato sorvegliato dall'assicuratore infortuni senza una base legale sufficiente. Tuttavia, nella sentenza summenzionata, la

CEDU ha lasciato in sospeso la questione se le osservazioni nascoste nel settore delle assicurazioni sociali siano effettivamente necessarie per prevenire gli abusi. Nonostante il forte interesse pubblico nella lotta contro le frodi alle assicurazioni sociali, la necessità di tali controlli può essere messa in dubbio nella misura in cui la percezione illegale di prestazioni di sicurezza sociale (frode alle assicurazioni sociali ai sensi dell'art. 148a CP) può già essere perseguita e sanzionata penalmente dalle autorità competenti nell'ambito di osservazioni ai sensi dell'art. 282 segg. CPP. O, per dirla con le parole di Pierre Heusser: «Le [...] nuove possibilità di sorveglianza sono [...] inutili, perché le indagini necessarie possono essere facilmente condotte dalle autorità di perseguimento penale anche con le basi legali esistenti». A ciò si può tuttavia obiettare che le osservazioni segrete degli assicurati da parte delle assicurazioni sociali potrebbero interferire in misura minore con il diritto al rispetto della propria abitazione rispetto alle osservazioni da parte delle autorità preposte all'applicazione della legge.

32 Infine, è degno di nota e problematico il modo in cui lo Stato ha recentemente emanato o intende emanare regolamenti che si estendono a settori (altamente) privati di un'abitazione come luogo di ritiro fisico. Si possono citare, ad esempio, le norme sul numero consentito di persone negli spazi abitativi nel contesto della gestione della pandemia di Covid-19 o le misure previste dal Consiglio federale nel progetto di ordinanza sulle restrizioni e i divieti di utilizzo dell'energia elettrica in caso di grave carenza di elettricità, come le norme sulla temperatura per gli spazi abitativi e gli uffici. Tali regolamentazioni rivelano una visione sempre più **interventista dello Stato**, che difficilmente può essere conciliata con una concezione liberale della Costituzione. Tali imposizioni limitano infatti in modo fondamentale il diritto delle persone a decidere autonomamente come vivere nella propria abitazione.

## 5. Segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni

### a. Ambito di protezione

33 Il segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni protegge la **comunicazione confidenziale** tra individui. Il diritto si estende alle forme di comunicazione tradizionali (posta, telefono e fax) e ai moderni mezzi di comunicazione come e-mail, SMS, MMS, cercapersone, telefonia via Internet o piattaforme di comunicazione virtuali con una cerchia ristretta di

utenti. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, invece, «le home page e i newsgroup accessibili al pubblico» non rientrano nel segreto delle comunicazioni, perché in questo caso non ci si può aspettare la riservatezza della comunicazione. Per quanto riguarda l'ambito di protezione del segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni, è quindi determinante se la persona interessata poteva presumere, da un punto di vista oggettivo, una comunicazione *riservata.*

34 Il concetto di corrispondenza epistolare, postale e delle telecomunicazioni è interpretato a **livello tecnico neutro** dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in conformità all'art. 8 n. 1 CEDU. Per questo motivo, il segreto delle comunicazioni si applica anche ai nuovi mezzi di comunicazione, che hanno acquisito una notevole importanza pratica dall'entrata in vigore dell'art. 13 cpv. 1 Cost. A questo proposito, il fatto che la formulazione della disposizione si riferisca piuttosto a forme di comunicazione tradizionali e quindi appaia condizionatamente al passo con i tempi non è più problematico. Se l'art. 13 Cost. dovesse essere tuttavia rivisto in futuro, si dovrebbe prendere in considerazione l'utilizzo di un termine più neutro dal punto di vista tecnologico, analogamente all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CFR), che prevede il concetto di comunicazione e ne tutela la riservatezza.

35 Il segreto delle comunicazioni protegge, dal punto di vista materiale, sia il **contenuto delle** comunicazioni che i **dati marginali**. Nel traffico telefonico sono quindi protette come dati marginali anche le informazioni relative al numero di telefono, ai luoghi di soggiorno e alla durata della conversazione telefonica, mentre nel traffico Internet sono protetti gli indirizzi e-mail e IP.

36 Il diritto fondamentale al rispetto del segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni si applica anche alle persone in **condizioni particolari** (ad esempio detenuti in custodia cautelare o condannati o membri dell'esercito). Tuttavia, per i detenuti in custodia cautelare o condannati il segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni è limitato.

37 I **prestatori privati di servizi** nel settore postale e delle telecomunicazioni non sono direttamente vincolati al segreto delle comunicazioni. Tuttavia, il legislatore deve garantire una protezione adeguata ai sensi dell'art. 35 Cost.

## b. Restrizioni

38 In tempi recenti, alla luce dell'evoluzione delle moderne tecnologie di comunicazione, ma anche a causa delle nuove forme di minaccia rappresentate dal terrorismo e dalla criminalità organizzata, il legislatore federale ha ampliato le basi legali per l'ordinanza di **misure di sorveglianza segrete** preventive e repressive. La sorveglianza dei mezzi di comunicazione può essere disposta in via preventiva nell'ambito di un *procedimento penale* (sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni ai sensi dell'art. 269 e segg. CPP), ma anche per motivi di *protezione dello Stato*, sulla base della legge sulle attività informative (LAIn). Tali sorveglianze da parte delle autorità statali rappresentano di norma una *grave violazione* del diritto alla protezione del segreto della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni, che richiede una base giuridica formale sufficientemente precisa.

39 Recentemente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato in diverse sentenze l'ammissibilità di varie forme **di sorveglianza statale delle comunicazioni**. La Corte ha ritenuto che il sistema britannico di sorveglianza di massa dei dati di comunicazione e la loro acquisizione presso i fornitori di servizi di comunicazione non fosse compatibile con l'articolo 8 della CEDU, in quanto non esistevano garanzie efficaci contro gli abusi e mancavano meccanismi di controllo indipendenti. Anche nella causa «*Centrum för Rättvisa contro Svezia*», la Grande Camera – a differenza di una Camera della Corte nel giugno 2018 – ha riscontrato una violazione dell'art. 8 CEDU, poiché la normativa svedese sulla sorveglianza delle telecomunicazioni da parte dei servizi segreti di Stato non garantiva un controllo a posteriori efficace. In entrambe le sentenze, la CEDU ha tuttavia sottolineato che gli Stati contraenti dispongono di un *ampio margine di discrezionalità* nell'elaborazione delle misure di sorveglianza statali, se e fintanto che sono soddisfatti i criteri minimi stabiliti dalla Corte.

40 La nuova LRDS consente al Servizio delle attività informative della Confederazione (SIC) di sorvegliare la corrispondenza postale e le telecomunicazioni (in tempo reale) o di introdursi nei sistemi informatici privati mediante «cavalli di Troia», ad esempio per «ottenere informazioni ivi presenti o trasmesse da tali sistemi». Il SIC ha ora anche la possibilità di monitorare le comunicazioni elettroniche (ad esempio e-mail, ricerche o telefonia via Internet) indipendentemente da sospetti o motivi (la cosiddetta

**ricognizione via cavo**). Di questa attività di spionaggio via cavo sono potenzialmente interessate tutte le persone in Svizzera che utilizzano Internet. Il Tribunale federale ha recentemente ravvisato nella sorveglianza via cavo una violazione del segreto delle telecomunicazioni e del diritto all'autodeterminazione informativa ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost. Il tribunale ha accolto un ricorso dell'associazione «Digitale Gesellschaft» e ha rinviato la causa al Tribunale amministrativo federale per una valutazione materiale.

Data la grande diffusione degli **smartphone,** non sorprende che vi siano 41
sforzi politici per consentire alla polizia di monitorare (in tempo reale) i telefoni cellulari nell'ambito delle attività *di polizia*. Gli smartphone lasciano tracce di dati nello spazio digitale che consentono di trarre conclusioni sul comportamento comunicativo di una persona e sul luogo in cui si trova, e che possono essere utilizzate per prevenire *in via preventiva* atti punibili. Già oggi è tecnicamente possibile visualizzare preventivamente i telefoni cellulari durante un'operazione di polizia o cercare contenuti di comunicazione su servizi di hosting o di comunicazione interpersonale (ad esempio WhatsApp, TikTok, Instagram, servizi di posta elettronica, ecc.) per contenere la diffusione della pornografia infantile su Internet (comunemente noto anche come controllo della chat). Nonostante gli interessi legittimi (mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza) perseguiti dalla polizia con la sorveglianza discreta degli smartphone, non si può trascurare il fatto che tali attività di sorveglianza da parte della polizia possono attualmente essere problematiche dal punto di vista costituzionale. Nella maggior parte dei Cantoni, infatti, mancherebbe una **base giuridica formale** nella rispettiva legge sulla polizia, nonché garanzie efficaci contro gli abusi e meccanismi di controllo indipendenti. Inoltre, è discutibile se e in che misura tali attività di sorveglianza siano necessarie.

Con l'uso delle «**tecnologie smart home**» (note anche come assistenti 42
digitali), in futuro si porrà anche la questione se e in che misura le autorità di perseguimento penale possano utilizzare le informazioni raccolte attraverso le «tecnologie smart home» per indagare sui reati. La stessa domanda si pone se in futuro lo Stato vorrà utilizzare tali «applicazioni smart home» per la sorveglianza preventiva. L'accesso dello Stato alle tecnologie per la casa intelligente nell'ambito di un procedimento penale e/o per motivi di sicurezza nazionale comporta **gravi violazioni** del segreto delle comunicazioni tutelato dalla Costituzione (nonché del diritto al rispetto della propria abitazione), che

devono essere regolamentate per legge e limitate in termini di durata e scopo. Inoltre, devono essere previste garanzie giuridicamente efficaci contro gli abusi e meccanismi di controllo indipendenti.

## B. Cpv. 2: diritto fondamentale alla protezione dei dati

### 1. Ambito di protezione

43 La Cost. sancisce all'art. 13 cpv. 2 un diritto fondamentale alla protezione dei dati, concepito come **sottocategoria** del diritto alla sfera privata e segreta (art. 13 cpv. 1 Cost.). Nella dottrina e nella giurisprudenza, il diritto fondamentale alla protezione dei dati sancito dall'art. 13 cpv. 2 Cost. è anche definito «diritto all'autodeterminazione informativa», sulla base della terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza sul censimento della popolazione. Florent Thouvenin sottolinea tuttavia giustamente che l'idea del diritto all'autodeterminazione informativa, «cioè il diritto della persona interessata di decidere in linea di principio se e per quali scopi possono essere trattati i dati che la riguardano», difficilmente regge a un esame più approfondito. Da un lato, sulla base dello sviluppo storico del diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa, dimostra che né il Tribunale federale né la dottrina hanno mai fornito una giustificazione per la sua esistenza, ma si sono limitati a fare riferimento alla sentenza sul censimento della popolazione della Corte costituzionale federale tedesca. Per questo motivo, il diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa - secondo Florent Thouvenin - è “su basi estremamente fragili”, perché la dottrina e la giurisprudenza, in mancanza di una giustificazione adeguata, si basano solo sul potere persuasivo intuitivo del concetto di autodeterminazione informativa, il che non è sufficiente per l'esistenza di un diritto fondamentale. D'altro canto, la sua analisi delle disposizioni fondamentali della LPD federale mostra che l'idea di un diritto all'autodeterminazione informativa non è stata attuata affatto per il trattamento dei dati da parte di organi federali e solo in modo puntuale da parte di privati. Di conseguenza, non si può nemmeno dire che il legislatore federale abbia implicitamente riconosciuto tale diritto con l'emanazione della LPD federale. Con Florent Thouvenin, si può quindi affermare che la **tutela della sfera privata** garantita dai diritti fondamentali ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 Cost. costituisce già una base concettuale significativa, atta a comprendere

tutti gli aspetti della sfera privata e quindi anche il trattamento dei dati personali, ossia il diritto alla protezione dei dati.

Secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza del Tribunale federale, l'ambito di protezione dell'art. 13 cpv. 2 Cost. – contrariamente alla sua formulazione – non si limita alla protezione contro l'abuso dei dati personali, ma comprende qualsiasi trattamento **da parte dello Stato** di dati personali (ad es. la raccolta, la raccolta, la conservazione, la memorizzazione e la comunicazione di dati personali a terzi, indipendentemente dai mezzi e dalle procedure utilizzati). Nell'era della digitalizzazione, tuttavia, si pone sempre più la questione se e in che misura l'ambito di protezione dell'art. 13 cpv. 2 Cost. sia effettivamente interessato quando il trattamento dei dati da parte dello Stato non comporta rischi per le persone interessate, ad esempio quando gli attori statali trattano i dati personali esclusivamente nell'interesse della persona interessata. L'art. 13 cpv. 2 Cost. mira infatti principalmente a **proteggere dalle discriminazioni** nei confronti della persona interessata da parte dello Stato. 44

Per **dati personali** o dati relativi a persone ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost. si intendono tutte le informazioni che si riferiscono a una persona identificata o identificabile e che possono essere associate a essa, compresi gli indirizzi IP e i dati marginali delle telecomunicazioni. Questo riferimento personale indica la persona titolare dei diritti fondamentali, motivo per cui i dati delle persone giuridiche sono (ancora) protetti dall'art. 13 cpv. 2 Cost. Il fatto che la LPD totalmente riveduta rinunci alla protezione dei dati delle persone giuridiche (cfr. art. 1 e contrario LPD) non cambia nulla. 45

## 2. Dimensioni

### a. Diritto fondamentale alla protezione dei dati come diritto di difesa

Il diritto fondamentale alla protezione dei dati come **diritto di difesa** (dimensione soggettiva o individuale) protegge l'individuo dal trattamento dei dati personali da parte dello Stato. In questa funzione, tuttavia, il diritto fondamentale alla protezione dei dati non offre alcuna protezione contro il trattamento dei dati da parte di privati. 46

### b. Obbligo di protezione dei diritti fondamentali contro il trattamento dei dati da parte di privati

47 Dalla metà del secolo scorso, la prassi giuridica e la dottrina svizzera – sotto l'influenza della dottrina giuridica tedesca – riconoscono una dimensione oggettiva dei diritti fondamentali: oltre alla loro dimensione difensiva, i diritti fondamentali stabiliscono anche **gli obblighi di protezione dello Stato** contro le minacce provenienti da terzi privati. Questa interpretazione estesa dei diritti fondamentali ha trovato il suo riflesso giuridico nell'art. 35 cpv. 1 Cost., che stabilisce che i diritti fondamentali devono essere applicati «in tutto l'ordinamento giuridico». La dimensione oggettiva del diritto fondamentale alla protezione dei dati ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost. in combinato disposto con l' art. 35 cpv. 1 Cost. trasmette quindi un obbligo dello Stato di proteggere gli individui da svantaggi derivanti dal trattamento dei dati da parte di **privati cittadini**.

48 Questo obbligo di protezione dei diritti fondamentali nei confronti del trattamento dei dati da parte di privati cittadini è naturalmente rivolto al legislatore democraticamente legittimato e non ai privati cittadini. Il legislatore federale ha adempiuto a questo obbligo emanando la LPD federale. Rimane quindi irrisolta la questione di quale sia il criterio per trovare un equilibrio tra le libertà dei responsabili del trattamento dei dati personali tutelate dai diritti fondamentali e l'obbligo di protezione dei diritti fondamentali nei confronti del trattamento dei dati personali *da parte di* questi ultimi. A questo punto, il **Risk-Based Approach** (cfr. sopra, n. 14) può contribuire a risolvere parzialmente questa contraddizione, poiché questo approccio normativo crea un equilibrio tra gli interessi legittimi alla protezione dei dati personali dei privati e l'interesse legittimo all'utilizzo dei dati personali da parte di responsabili del trattamento privati. L'approccio basato sul rischio prevede infatti requisiti *più severi* per la protezione delle persone interessate in caso di rischi *elevati* per la protezione dei dati, mentre prevede requisiti *più ridotti* per la tutela della sfera privata dei responsabili del trattamento dei dati in caso di rischi *bassi* per la protezione dei dati. Il contenuto normativo dell'approccio basato sul rischio consiste quindi nel differenziare l'ambito e l'intensità delle disposizioni di legge sulla protezione dei dati in funzione del rischio. Una differenziazione **basata sul rischio** delle norme sulla protezione dei dati ha il vantaggio di ridurre al minimo i rischi per i diritti personali della persona interessata in modo proporzionale al rischio

attraverso adeguate disposizioni sulla protezione dei dati, senza ostacolare la libertà dei responsabili del trattamento dei dati privati.

## 3. Limitazioni

Con l'impiego di nuovi sistemi di sorveglianza (di massa) negli spazi pubblici, 49
le autorità statali dispongono di strumenti che, sebbene servano alla sicurezza e all'ordine pubblico e quindi alla protezione dei beni classici della polizia, possono anche compromettere (in modo significativo) il diritto fondamentale alla protezione dei dati. Recentemente, il **riconoscimento facciale automatico** è stato oggetto di accese discussioni. Le tecnologie di riconoscimento facciale automatico possono essere utilizzate per la sorveglianza preventiva di spazi accessibili al pubblico, per la prevenzione dei rischi o per l'accertamento di reati. Si parla di riconoscimento facciale automatico quando le immagini digitali dei volti delle persone fisiche vengono elaborate automaticamente per identificare o verificare la persona in questione. Nella letteratura si ritiene che l'uso di tali sistemi di riconoscimento facciale costituisca una grave violazione dell'art. 13 cpv. 2 Cost., che può anche riguardare il divieto di discriminazione (art. 8 cpv. 2 Cost.) e la libertà di opinione e di riunione (art. 16 e art. 22 Cost.). Nella causa «*Glukhin contro Russia*», la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa per la prima volta sul riconoscimento automatico dei volti da parte delle autorità preposte al perseguimento penale. La Corte ha stabilito che il trattamento dei dati personali con l'ausilio di una tecnologia di riconoscimento facciale per chiarire un'*infrazione amministrativa* nell'ambito di un *procedimento amministrativo* - da un lato, per identificare la persona interessata sulla base delle foto e del video pubblicati su Telegram e, dall'altro, per rintracciarla e arrestarla mentre viaggiava nella metropolitana di Mosca - non è compatibile con l'art. 8 CEDU. Secondo la CEDU, infatti, un simile trattamento dei dati mediante una tecnologia di riconoscimento facciale per indagare su un'infrazione non è necessario in una società democratica. Nella sentenza, tuttavia, la CEDU ha riconosciuto il legittimo bisogno degli Stati contraenti di utilizzare le tecnologie di riconoscimento facciale per indagare sui reati, in particolare quelli legati al terrorismo e alla criminalità organizzata, il che, tuttavia, secondo la Corte, richiede norme dettagliate per quanto riguarda le forme concrete di applicazione della tecnologia di riconoscimento facciale e rigorose misure di protezione contro gli abusi e l'arbitrio. Anche per questo motivo, la CEDU ha qualificato l'uso di

una tecnologia di riconoscimento facciale come contrario alla Convenzione, poiché tali regolamenti sono in gran parte assenti in Russia. Il legislatore avrà quindi il difficile compito di trovare un equilibrio tra la legittima preoccupazione di proteggere i diritti costituzionali e l'interesse pubblico alla sicurezza, in modo che l'uso della tecnologia di riconoscimento facciale automatico sia conforme ai diritti umani e fondamentali.

50 Nel **ricerca automatizzata di veicoli** e **monitoraggio del traffico** (AFV), le targhe dei veicoli di passaggio vengono sistematicamente registrate da telecamere tramite dispositivi mobili o fissi. Oltre all'identità del proprietario del veicolo, possono essere raccolti anche altri dati, come l'ora del controllo, la posizione, la direzione di marcia e altri occupanti del veicolo. L'AFV non si limita tuttavia al trattamento di tali informazioni di identificazione. Piuttosto, i dati personali raccolti tramite l'AFV vengono combinati con altre raccolte di dati e confrontati automaticamente, ovvero l'AFV consente un «trattamento seriale e simultaneo di set di dati grandi e complessi in frazioni di secondo». Il Tribunale federale ha visto in ciò una grave violazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost., poiché l'AFV non raccoglie dati personali né in relazione a un evento specifico né sulla base di un sospetto concreto, il che ha un effetto deterrente (il cosiddetto «chilling effect»), tanto più che il successivo utilizzo (segreto) di tali dati personali da parte delle autorità può suscitare la sensazione di essere sorvegliati. Inoltre, secondo il Tribunale federale, esiste il rischio che le persone interessate vengano ingiustamente sospettate a causa di un tasso di errore intrinseco al sistema.

51 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il prelievo dei campioni biologici necessari per l'analisi del DNA (ad es. tampone della mucosa della guancia [WSA] o campione di sangue) viola il diritto fondamentale all'integrità fisica sancito dall'art. 10 cpv. 2 Cost. e la successiva **creazione di** un **profilo DNA** e il suo trattamento da parte di attori statali il diritto fondamentale alla protezione dei dati ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost.

52 L'uso di **tecnologie basate sui dati** può creare nuove minacce al diritto fondamentale alla protezione dei dati ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost. Ad esempio, le analisi basate sull'IA o l'analisi di grandi quantità di dati dei social media da parte di attori statali (noti anche come «social media intelligence» [*SOCMINT*]) riguardano l'ambito di protezione dell'art. 13 cpv. 2 Cost. L'intelligenza artificiale trova sempre più applicazione anche nel settore

sanitario, ad esempio per individuare precocemente la setticemia (sepsi), la polmonite o il cancro e proporre terapie personalizzate. Tuttavia, tali strumenti di previsione basati sull'IA richiedono una grande quantità di dati dei pazienti per poter addestrare gli algoritmi di tali strumenti di previsione sulla base dei dati dei pazienti. I rischi per il diritto fondamentale alla protezione dei dati ai sensi dell'art. 13 cpv. 2 Cost., che possono derivare dal trattamento dei dati personali da parte delle autorità statali con l'aiuto di ChatGPT e applicazioni simili basate sull'IA, sono ancora in gran parte inesplorati.

*L'autore*

*Joel Drittenbass lavora come avvocato nel team di regolamentazione di VISCHER AG a Zurigo. Fornisce consulenza e rappresenta le parti in questioni di diritto pubblico, in particolare nel diritto idrico e ambientale, nel diritto sanitario e nel diritto alla protezione dei dati. Si occupa principalmente di fornire consulenza alle aziende che operano in mercati regolamentati, in particolare nel settore energetico e sanitario. Inoltre, insegna, fa ricerca e pubblica nei settori del diritto pubblico e amministrativo, con particolare attenzione al diritto delle nuove tecnologie (ad esempio robot autonomi, intelligenza artificiale). L'autore rappresenta qui il suo punto di vista personale.*

*Joel Drittenbass ha studiato giurisprudenza all'Università di San Gallo (M.A. HSG in Law 2017). Prima e durante il dottorato ha lavorato come assistente scientifico presso la cattedra di diritto pubblico dell'economia dell'Università di San Gallo (ILE-HSG). Nella sua tesi di dottorato, che è stata insignita del Premio Professor Walther Hug 2021, ha approfondito gli aspetti legali della protezione dei dati e dei dispositivi medici nei robot medici autonomi. Alcune parti del presente contributo sull'art. 13 cpv. 2 Cost. si basano quindi sulla tesi di dottorato dell'autore.*

*Ringraziamenti*

*L'autore ringrazia sentitamente Damian Wyss, M.A. HSG in Law, Antonia Straden, M.A. HSG in Law and Economics, Céline Kehl, B.A. HSG in Law and Economics, Andrea Chawla, BLaw, Timo Tschopp, B.A. HSG in Law, e Giulia Odermatt, MLaw, per il supporto nella ricerca e nell'elaborazione editoriale del presente commento. Un sentito ringraziamento va anche a Belinda Bachmann per la revisione che ha svolto con grande competenza ed*

*efficienza. L'autore ringrazia inoltre David Rosenthal, partner di VISCHER AG, per i preziosi suggerimenti forniti al presente commento. Un ringraziamento particolare va infine ai curatori, la Prof.ssa Dr.ssa Odile Ammann, LL.M., e il Dr. Stefan Schlegel, per la revisione critica di questo commento. Le loro osservazioni hanno portato a miglioramenti significativi di questo commento.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Auberson Géraldine, Personnalitées publiques et vie privée: Étude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, Diss. Zürich 2013.

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss. Fribourg 2011, Zürich et al. 2011.

Bondallaz Stéphane, La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications, Diss. Zürich 2007.

Bundesamt für Justiz (BJ), Gutachten vom 7. Juli 2016 zur Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit, Bern 2016.

Bussani Mauro, Le passé et les inconnus : quelle protection pour la vie privée?, in: Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert (Hrsg.), Le droit sans frontières: Mélanges pour Franz Werro, Bern 2022, S. 117-126.

Caderas Claudia/Hürzeler Marc, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, HAVE 2016, S. 425-427.

Caroni Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Diss. Bern 1998, Berlin 1999.

Diggelmann Oliver/Cleis Maria Nicole, How the Right to Privacy Became a Human Right, in: Human Rights Law Review 2024, S. 441-458.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 6 (2013), S. 837-864.

Häner Isabelle/Bundi Livio, Rechtsgutachten vom 4. November 2020 über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung der «Ehe für alle» sowie der Samenspende für lesbische Ehepaare auf Gesetzesebene, Zürich 2020.

Hansjakob Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz: Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich/Basel/Genf 2018.

Jaggi Emanuel, Geheime Überwachungsmassnahmen, ZBJV 147 (2011), S.1-38.

Mahon Pascal, L'information par les autorités, ZSR 118 II (1999), S. 199-352.

Märkli Benjamin, Ehe gegen alle? Zur Öffnung der Ehe ohne Verfassungsänderung, AJP 4 (2020), S. 466-476.

Moreham Nicole Anna, The Right to Respect for Private Life in European Convention on Human Rights: A Re-Examination, European Human Rights Law Review 14 (2008), S. 44-79.

Rochel Johan, L'intégrité numérique dans la Constitution: Entre liberté et technologies numériques, in: Guillaume Florence/Mahon Pascal (Hrsg.), Le droit à l'intégrité numérique: Réelle innovation ou simple évolution du droit?, Basel/Genf/Zürich 2021, S. 13-41.

Rudin Beat, Die Erosion der informationellen Privatheit – oder: Rechtsetzung als Risiko?, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultät der Universität Basel), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, S. 277 ff.

Schoder Charlotte, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht: Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, AJP 11 (2002), S. 1287-1296.

von Gunten Jean-Marc, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Diss. Zürich 1992.

Ziegler Andreas R., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 5 (2013), S. 649-658.

Zünd Andreas/Hugi Yar Thomas, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, EuGRZ 2013, S. 1-19.

## BIBLIOGRAFIA

Ametsbichler Eva, Rechtliche Fragestellungen beim Einsatz von «Smart-Home-Technologie», InTeR 2019, S. 169-174.

Angel María P./Calo Ryan, Distinguishing Privacy Law: A Critique of Privacy as Social Taxonomy, Columbia Law Review, S. 1-44.

Belser Eva Maria, Zur rechtlichen Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz: Missbrauchsschutz oder Schutz auf informationelle Selbstbestimmung?, in: Epiney Astrid/Fasnacht Tobias/Gaetan Blaser (Hrsg.), Instrumente zur Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Zürich et al. 2013, S. 19-45.

Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. Verfasser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § N.).

Biaggini Giovanni, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Ein «bahnbrechender» Klima-Richterspruch voller Rätsel, ZBl 125 (2024), S. 461-462 (zit. Rätsel).

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021 (zit. Verfasser, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § N.).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 26.9.2024.

Braun Binder Nadja/Kunz Eliane/Obrecht Liliane, Maschinelle Gesichtserkennung im öffentlichen Raum, sui generis 2022, S. 53-61.

Braun Binder Nadja/Laukenmann Nina, Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2023, SRIEL 2024, S. 231-253.

Breitenmoser Stephan, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK: Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Diss. Basel 1985, Basel 1986 (zit. Privatsphäre).

Brötel Achim, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Diss. Heidelberg 1990/91, Baden-Baden 1991.

Brunner Stephan C., Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung, in: Sutter Patrick (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht: Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich et al. 2003, S. 31 ff.

Bundesamt für Justiz (BJ), Ausgewählte Urteile und Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: 2. Quartal 2021, S. 1-8, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/menschenrechte/egmr.html, besucht am 15.4.2023.

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Plozza Monika, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 2021, Zürich 2021, abrufbar unter https://www.datenschutz.ch/die-datenschutzbeauftragte/taetigkeitsbericht, besucht am 28.10.2022.

Diggelmann Oliver, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Diggelmann).

Diggelmann Oliver, Grundrechtsschutz der Privatheit, in: VVDStRL (Hrsg.), Der Schutzauftrag des Rechts: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Berlin vom 29. September bis 2.10.2010, Band 70, Berlin et al. 2011, S. 50-81 (zit. Privatheit).

Drittenbass Joel, Regulierung von autonomen Robotern: Angewendet auf den Einsatz von autonomen Medizinrobotern: Eine datenschutzrechtliche und medizinprodukterechtliche Untersuchung, Diss. St.Gallen 2020, Zürich et al. 2021.

Egli Patricia, Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, Zürich et al. 2002.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St.Gallen 2023 (zit. SGK-Bearbeiter).

Epiney Astrid/Civitella Tamara/Zbinden Patrizia, Datenschutzrecht in der Schweiz: Eine Einführung in das Datenschutzgesetz des Bundes, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben, Freiburg 2009.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 6 (2013), S. 837-864.

Frei Nula, Staatliche Massenüberwachung im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung von EuGH und EGMR, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 43-63.

Gächter Thomas, Schnell, schwammig, schlecht, HAVE 2018, S. 216-221.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, in: Jusletter vom 6.9.2010.

Gerschwiler Stefan, Prinzipien der Datenbearbeitung durch Privatpersonen und Behörden, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 73-88.

Gless Sabine/Stagno Dario, Digitale Assistenten und strafprozessuale Beweisführung, SJZ 114(2018), S. 289-297.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10.Aufl., Zürich et al. 2020.

Harasgama Rehana C., Erfahren - Wissen – Vergessen: Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches, Diss. St.Gallen 2017, Zürich/St.Gallen 2017.

Harasgama Rehana C./Tamò Aurelia, Smart Metering und Privacy by Design im Big-Data-Zeitalter: Ein Blick in die Schweiz, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent, Big Data und Datenschutz - Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 117-149.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Schlegel Stefan/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Version vom

16.3.2023, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, besucht am 19.12.2023.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Art. 13 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale: Préambule – art. 80 Cst., Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR-Hertig Randall/Marquis).

Heusser Pierre, Observationen: Der neue Art. 43a ATSG auf dem Prüfstand, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt/Uttinger Ursula, Datenschutztagung 2018: Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St.Gallen 2019, S. 17-41.

Hornung Gerrit, Künstliche Intelligenz zur Auswertung von Social Media Massendaten: Möglichkeiten und rechtliche Grenzen des Einsatzes KI-basierter Analysetools durch Sicherheitsbehörden, Archiv des öffentlichen Rechts 147 (2022), 1-69.

Karaboga Murat/Frei Nula/Ebbers Frank/Rovelli Sophia/Friedewald Michael/Runge Greta, Automatisierte Erkennung von Stimme, Sprache und Gesicht: Technische, rechtliche und gesellschaftliche Herausforderungen, Zürich 2022.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Kieser Ueli, ATSG-Revision – das Wechseln des Rades am laufenden Wagen, HAVE 2019, S. 313-318.

Koller Heinrich/Schindler Benjamin, Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultät der Universität Basel), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, S. 277-290.

Kühne Stefan, Automatisierte Bearbeitung von Personendaten im Strafprozess- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 2022, S. 13-24.

Lubian Federico, Legal Aspects of Smart Grids for Electricity: Privacy and Sharing Economy Platforms Trading, in: Dunand Jean-Philippe/Dupont Anne-Sylvie/Mahon Pascal (Hrsg.), Le droit face à la révolution 4.0, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 259–276.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse: Volume II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Matter Livia, Gesichtserkennung auf dem Vormarsch, digma 2019, S. 14-19.

Meier Philippe, Protection des données: Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011.

Meyer Frank/Staffler Lukas, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2018, forumpoenale 2019, S. 312-323.

Moeckli Daniel, Persönlichkeitsschutz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich et al. 2020, S. 1383-1411.

Müller Andreas Th., Von Geburtstagen, Gerichten und Gegenwind: Die Schweiz im internationalen Menschenrechtssystem, ZBl 125 (2024), S. 463-484.

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Lucien, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Diss. St.Gallen 2011, Zürich et al. 2011.

Pärli Kurt, Observationen von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen, recht 2018, S. 120-122.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020 (zit. Datenschutzgesetz).

Rosenthal David, Datenschutz beim Einsatz generativer künstlicher Intelligenz, in: Jusletter 6. November 2023 (zit. Einsatz).

Rudin Beat, Kollektives Gedächtnis und informationelle Integrität: Zum Datenschutz im öffentlichen Archivwesen, AJP 3 (1998), S. 247-260.

Schlegel Stefan, Migrationsrecht: Erstarkendes Recht auf Privatleben, plädoyer 3 (2020), S. 38-43.

Schönbächler Matthias R./Maurer-Lambrou Urs/Kunz Simon, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Schönbächler/Maurer-Lambrou/Kunz).

Schwegler Ivo, Informations- und Datenschutzrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, S. 325-372.

Schweizer Rainer J., Geschichte und Zukunft des Datenschutzrechts, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 3-40 (zit. Geschichte).

Schweizer Rainer J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2001, S. 691 ff. (zit. Persönlichkeitsschutz).

Schweizer Rainer J./Kradolfer Dean/Sutter Patrick, Das Verhältnis von datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsrechten, Verfahrensgerechtigkeit und Amtsöffentlichkeit zueinander, in: Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Perspektive Datenschutz: Praxis und Entwicklung in Recht und Technik, Zürich et al. 2002, S. 235-263.

Schweizer Rainer J./Rechsteiner David, Grund- und menschenrechtlicher Datenschutz, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 41-71.

Seiler Hansjörg, Vom Problematischen Umgang mit prozessualen Regeln und positiven Schutzpflichten, in ZBl 125 (2024), S. 485-499.

Simmler Monika/Canova Giulia, Die Unrechtmässigkeit des Einsatzes automatisierter Gesichtserkennung im Strafverfahren, ZSR 142 I (2023), S. 201-226 (zit. Strafverfahren).

Simmler Monika/Canova Giulia, Gesichtserkennungstechnologie: Die «smarte» Polizeiarbeit auf dem rechtlichen Prüfstand, Sicherheit & Recht 2021, S. 105-117 (zit. Gesichtserkennungstechnologie).

Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung: Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Michael Widmer (Hrsg.), Datenschutz – Rechtliche Schnittstelle, Zürich/St.Gallen 2023, S. 51-77.

Thouvenin Florent, Informationelle Selbstbestimmung: Intuition, Illusion, Implosion, ZSR Beiheft Band 63 2023, S. 1-46.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Waldenmeyer Catherine/Kühne Paul/Bär Hubert, Observationen als Freibrief für Detektive?, HAVE 2018, S. 212-216.

Weber Rolf H., Neue Grundrechtskonzeption zum Schutz der Privatheit, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg.), Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, Zürich et al. 2012, S. 7-29.

Zimmermann Nesa, Klimawandel und die Rolle der Gerichte, ZBl 125 (2024), S. 500-508.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 16 Cost.

Un commentario di Raphaela Cueni

CITAZIONE SUGGERITA

Raphaela Cueni, Commentario all'art. 16 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Cueni, art. 16 Cost. N. XXX.

**Art. 16 Libertà d'opinione e d'informazione**

[1] La libertà d'opinione e d'informazione è garantita.

[2] Ognuno ha il diritto di formarsi liberamente la propria opinione, di esprimerla e diffonderla senza impedimenti.

[3] Ognuno ha il diritto di ricevere liberamente informazioni, nonché di procurarsele presso fonti accessibili a tutti e di diffonderle.

# STRUTTURA

Note introduttive sulla libertà di espressione e sulla libertà di informazione ..... 191
A. Storia delle origini ..... 191
B. Diritto comparato e diritto internazionale ..... 193
C. Rapporto con altre disposizioni della Costituzione federale ..... 194
D. Scopi e funzioni di tutela ..... 195
II. Libertà di espressione (Art. 16 cpv. 1 e 2 Cost.) ..... 197
A. Ambito materiale di tutela ..... 197
1. Concetto di opinione ..... 197
2. Elementi e rivendicazioni protette ..... 201
3. Contenuto essenziale ..... 203
B. Ambito personale di tutela ..... 204
C. Restrizioni alla libertà di espressione ..... 206
1. Intensità della protezione ..... 206
2. Concetto e tipi di interferenza ..... 207
3. Valutazione delle restrizioni ai sensi dell'art. 36 Cost. ..... 209
a. Base giuridica (art. 36 cpv. 1 Cost.) ..... 209
b. Interesse pubblico e protezione dei diritti fondamentali di terzi (art. 36 cpv. 2 Cost.) ..... 210
c. Proporzionalità (art. 36 cpv. 3 Cost.) ..... 211
D. Dimensione oggettivo-giuridica della libertà di espressione ..... 216
1. Realizzazione della libertà di espressione ..... 216
2. Dimensione oggettivo-giuridica della comunicazione via Internet in particolare ..... 217
III. Libertà di informazione (art. 16 cpv. 1 e 3 Cost.) ..... 220
A. Libertà di informazione attiva e passiva ..... 220
B. Principio della natura pubblica dell'amministrazione ..... 221
C. Ulteriori sviluppi della libertà di informazione attiva? ..... 222
Letture consigliate ..... 223
Bibliografia ..... 224
I materiali ..... 234

# NOTE INTRODUTTIVE SULLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E SULLA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE

## A. Storia delle origini

La richiesta di libertà di parola e di espressione può essere fatta risalire nella storia delle idee all'antichità. Tuttavia, le odierne garanzie di libertà di espressione risalgono all'**Illuminismo** e sono una reazione all'introduzione di sistemi di censura e di licenze, con cui vari governi e, in particolare, la Chiesa reagirono alla rivoluzione della stampa dei libri nel XVI secolo e alla relativa possibilità di diffondere rapidamente le opinioni tra molte persone. 1

La libertà di espressione è stata sancita per la prima volta nel diritto positivo nei **cataloghi dei diritti fondamentali** e nelle dichiarazioni dei diritti umani della fine del XVIII secolo. La libertà di espressione è stata inclusa nel *Bill of Rights della Virginia* (1776) (anche se solo come libertà di stampa) ed è stata garantita anche un po' più tardi nel Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (1787), aggiunto nel 1791, e nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francese (1789). 2

In Svizzera, la libertà di espressione non è stata sancita né nel testo della **Costituzione federale** del 1848 né in quello della Costituzione del 1874; tuttavia, entrambe le precedenti costituzioni garantivano la libertà di stampa rispettivamente all'art. 45 *aBV*(1848) e all'art. 55 *aBV*(1874). Nel diritto cantonale, invece, la libertà di opinione era già parzialmente garantita nel XIX secolo. Il concetto di libertà di opinione è stato inoltre incorporato nella giurisprudenza del Tribunale federale già negli anni Trenta. Ad esempio, il Tribunale federale ha basato la sua sentenza su un divieto cantonale di propaganda comunista in gran parte sull'argomento che i principi della democrazia obbligano i cittadini ad accettare l'espressione di teorie che contraddicono l'ordine dominante. La tolleranza e l'ammissibilità di opinioni fondamentalmente diverse è un principio centrale della libertà di opinione, ma il Tribunale federale non ha ancora classificato questa idea come un diritto fondamentale. 3

La libertà di opinione è stata finalmente riconosciuta come **diritto fondamentale dalla Costituzione federale** negli anni Sessanta: In una decisione del 1961, il Tribunale federale ha definito la libertà di espressione 4

come un “principio fondamentale” della legge federale e delle leggi cantonali e, quattro anni dopo, ha finalmente riconosciuto la libertà di espressione come un diritto fondamentale non scritto ai sensi della Costituzione federale. In seguito, la Corte ha ritenuto che l'allora art. *55a* della Costituzione federale, la libertà di stampa, facesse parte di un diritto fondamentale globale non scritto di libertà di espressione e ha continuato a sviluppare il diritto fondamentale negli anni successivi. In seguito alla ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) da parte della Svizzera, il Tribunale federale si è orientato sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) relativa all'art. 10 CEDU, anch'essa in costante evoluzione.

5 Nel contesto di questo sviluppo del diritto fondamentale non scritto della libertà di espressione, nel 1978 il Tribunale federale si è trovato ad affrontare la questione se anche la **libertà di informazione** - come diritto di accesso alle informazioni da parte delle autorità pubbliche - dovesse essere riconosciuta come un diritto fondamentale non scritto ai sensi della Costituzione federale. La Corte Suprema Federale ha affermato che “la libertà di informazione, in quanto componente della libertà di espressione e della libertà di stampa, garantisce il diritto di ricevere notizie e opinioni [...] senza interferenze da parte delle autorità e di ottenere informazioni da fonti generalmente accessibili”. Tuttavia, la libertà di informazione in questo senso non include il diritto di essere informati attivamente dalle autorità. La Corte ha respinto qualsiasi ulteriore riconoscimento come diritto fondamentale indipendente a causa della mancanza di riconoscimento come diritto fondamentale indipendente nei cantoni, tra le altre ragioni. Ciò significa che la libertà di informazione come diritto fondamentale non scritto prima del 1999 rimaneva limitata alla protezione contro l'intervento dello Stato nell'acquisizione di informazioni e al diritto di accesso a “fonti generalmente accessibili”.

6 Con la **revisione totale della Costituzione federale** nel 1999, la libertà di espressione e la libertà di informazione sono state sancite dall'art. 16 della Cost. In linea con l'idea di aggiornamento, il legislatore costituzionale si è limitato a codificare la giurisprudenza del Tribunale federale, rinunciando quindi a sancire garanzie più ampie, come la libertà di informazione.

## B. Diritto comparato e diritto internazionale

A livello di **diritto internazionale**, la libertà di espressione e la libertà di informazione sono garantite, tra l'altro, dall'art. 10 della CEDU e dagli artt. 19 e 20 del Patto II delle Nazioni Unite. Anche i **Cantoni** garantiscono la libertà di espressione e, di norma, la libertà di informazione nelle loro costituzioni, esplicitamente o attraverso un riferimento integrale ai diritti fondamentali della Cost. 7

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'**art. 10 CEDU** è di particolare importanza per l'interpretazione e la concretizzazione dell'art. 16 Cost. Dalla ratifica della Convenzione da parte della Svizzera, la giurisprudenza del Tribunale federale si è orientata in larga misura verso la giurisprudenza dinamica sull'art. 10 CEDU, che ha quindi un'influenza decisiva sulla struttura e sulla forma dell'art. 16 Cost. oggi. Ciò si può notare, ad esempio, nella protezione delle dichiarazioni che "offendono, scioccano e disturbano" o nella protezione particolarmente intensa delle dichiarazioni su argomenti di interesse sociale. 8

Anche le garanzie degli **artt. 19 e 20 del Patto ONU II** forniscono una protezione parallela alle espressioni di opinione. Sebbene queste disposizioni abbiano un'influenza relativamente minore sulla giurisprudenza in materia di libertà di espressione e di informazione, esse sono decisive anche per l'interpretazione delle garanzie in Svizzera. 9

Oggi, tutte le costituzioni con **cataloghi di diritti fondamentali** garantiscono esplicitamente un diritto fondamentale alla libertà di espressione; anche la libertà di informazione è spesso garantita esplicitamente. Uno sguardo ai Paesi confinanti con la Svizzera mostra che le garanzie della libertà di espressione e di informazione possono assumere forme molto diverse. Ad esempio, la Costituzione italiana garantisce la libertà di espressione all'art. 21; la libertà di informazione non è menzionata esplicitamente e, secondo la dottrina, non deriva implicitamente dalle esigenze di esercizio dei diritti democratici. In Austria, l'art. 13 cpv. 1 della Legge Fondamentale (StGG) garantisce la libertà di espressione, ma non sancisce esplicitamente la libertà di informazione. Anche la libertà d'informazione non è esplicitamente sancita dal diritto costituzionale del Liechtenstein, ma è riconosciuta come parte necessaria della libertà d'opinione ai sensi dell'art. 40 LV. La Costituzione della Quinta Repubblica 10

francese non contiene un catalogo di diritti fondamentali nel testo costituzionale scritto del 1958. Tuttavia, la libertà di espressione è riconosciuta dalla giurisprudenza come parte del diritto costituzionale sostanziale (*bloc de constitutionnalité*). Il diritto costituzionale tedesco garantisce poi sia la libertà di espressione che la libertà di informazione nell'articolo 5(1) della Legge fondamentale (Grundgesetz - GG), e la giurisprudenza della Corte costituzionale federale si è espressa in modo differenziato su vari aspetti di questo diritto fondamentale dal 1949. Infine, va menzionata anche la diversa giurisprudenza e dogmatica degli Stati Uniti, che - in relazione alla protezione speciale delle dichiarazioni politiche, ad esempio - influenza anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 10 della CEDU.

## C. Rapporto con altre disposizioni della Costituzione federale

11 La libertà di espressione viene spesso definita un "**diritto fondamentale sussidiario**" nell'ambito dei diritti fondamentali della comunicazione, ma ciò tiene conto solo in modo limitato dell'importanza della garanzia in questo contesto. La libertà di espressione è inizialmente una disposizione fondamentale nell'ambito dei diritti fondamentali della comunicazione: le strutture dogmatiche sviluppate nell'ambito della libertà di espressione, le considerazioni sugli scopi della protezione, l'intensità della protezione e le restrizioni del diritto fondamentale si applicano quindi in linea di principio anche agli altri diritti fondamentali della comunicazione. Tuttavia, a causa dei requisiti di protezione specifici di ciascun caso, singoli aspetti e questioni sono particolarmente enfatizzati, mentre altri tendono a passare in secondo piano.

12 Mentre la libertà di espressione come disposizione fondamentale dei diritti fondamentali della comunicazione protegge le espressioni di opinione e la comunicazione in generale, **i diritti fondamentali specifici** della libertà dei media (art. 17 Cost.), della libertà di parola (art. 18 Cost.), della libertà della scienza (art. 20 Cost.), della libertà dell'arte (art. 21 Cost.), della libertà di riunione (art. 20 Cost.) e della libertà di espressione (art. 21 Cost.) sono stati messi in secondo piano. 21 Cost.), libertà di riunione (art. 22 Cost.), libertà di associazione (art. 23 Cost.), diritto di petizione (art. 33 Cost.) e diritti politici (art. 34 Cost.), ciascuno dei quali fornisce una protezione specifica per la comunicazione all'interno di un quadro specifico, attraverso mezzi o forme

selezionate o in un contesto specifico. Di conseguenza, le dichiarazioni che rientrano nella libertà d'arte o nella libertà di riunione, ad esempio come arte o come parte di una riunione, sono (principalmente) protette da questi rispettivi diritti fondamentali; in questo senso, la libertà di espressione si applica solo in modo sussidiario.

**La libertà di informazione** ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 3 Cost. è simile alle richieste di accesso alle informazioni ai sensi degli altri diritti fondamentali specifici della comunicazione. Ad esempio, il Tribunale federale tutela il diritto di accesso alle informazioni ufficiali per i professionisti dei media principalmente nel contesto della libertà dei media ai sensi dell'art. 17 Cost. In questo modo, riconosce la particolare necessità di informazione dei professionisti dei media e il loro ruolo in una società democratica, che è maggiore di quello di altri diritti fondamentali della comunicazione. 13

Per quanto riguarda la pubblicità commerciale, il Tribunale federale e diversi studiosi concordano sul fatto che questo tipo di comunicazione non è protetto 14
dalla libertà di espressione ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. ma dalla **libertà economica** ai sensi dell'art. 27 Cost. (per la distinzione tra dichiarazioni commerciali e non, si veda il successivo n. 22). Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, le dichiarazioni con un riferimento religioso, come l'espressione di convinzioni religiose al mondo esterno o la propagazione della propria religione, sono protette dalla **libertà di religione** (art. 15 Cost.).

## D. Scopi e funzioni di tutela

La garanzia della libertà di espressione svolge una funzione protettiva per l'individuo, ma anche una funzione sociale e democratica. La garanzia viene inizialmente definita dal Tribunale federale come “un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine”. Il Tribunale federale riconosce così che l'espressione di pensieri e informazioni di ogni tipo è una componente elementare per la formazione e lo **sviluppo della personalità di** ogni individuo. La formazione delle proprie opinioni e quindi lo sviluppo della propria personalità richiedono la conoscenza e il dialogo con opinioni diverse. L'importanza dello scambio di opinioni e pensieri con altri individui è fondamentale. Inoltre, la possibilità di formare ed esprimere opinioni su un piano di parità salvaguarda aspetti fondamentali dell'autonomia e della dignità 15

umana degli individui interessati. L'importanza fondamentale della libertà di espressione per lo sviluppo della personalità dell'individuo porta a concludere che le espressioni di opinione sono protette anche se la loro "utilità" sociale è bassa o l'espressione non è riconosciuta da nessuno.

16 Oltre a questa funzione di tutela dell'individuo, la protezione della libertà di espressione e dei diritti fondamentali di comunicazione si basa generalmente sull'importanza fondamentale della libertà di espressione come **mezzo e prerequisito per il processo decisionale sociale e democratico**. In questo contesto, è centrale la comprensione del libero scambio di opinioni come strumento di confronto con altre opinioni e punti di vista e il conseguente sviluppo e, se necessario, la falsificazione delle opinioni esistenti. Con questa attenzione al dibattito come strumento per la formazione delle opinioni, la libertà di espressione è caratterizzata, tra l'altro, dalla convinzione che le affermazioni false e dannose non debbano essere contrastate con divieti, ma con contro-discorsi. Questo approccio è particolarmente accentuato nella giurisprudenza statunitense. Questa concezione della libertà di opinione e di formazione delle opinioni si basa anche sulla consapevolezza che tutte le persone (e quindi anche le istituzioni statali) sono fallibili e sulla convinzione che la "verità" non può essere il punto di partenza, ma solo il risultato del dibattito. La conseguente sfiducia nel controllo (statale) delle opinioni in base al loro "contenuto di verità" caratterizza anche l'odierna concezione della libertà di opinione.

17 La caratterizzazione della libertà di espressione come "prerequisito indispensabile" per i **processi di formazione delle opinioni sociali e democratiche** si riferisce in particolare all'importanza fondamentale della libera espressione del maggior numero possibile di opinioni e pensieri come prerequisito per i processi di formazione delle opinioni liberi e democratici; in questo senso, la libertà di espressione e i diritti fondamentali di comunicazione garantiscono i requisiti minimi per i processi di formazione delle opinioni sociali e democratiche a livello costituzionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo esprime questo aspetto del diritto fondamentale quando afferma che non è concepibile una società democratica senza la libertà di espressione, intesa in senso lato. Sottolinea inoltre che il confronto con opinioni diverse consente agli individui, in quanto parte di una società, di sviluppare il necessario livello minimo di tolleranza nei confronti di altre opinioni e punti di vista, necessario per una società democratica stabile e

funzionante. In questo senso, la liceità delle opinioni più diverse e persino scioccanti è vista come un prerequisito necessario per la vita nelle diverse società di oggi.

Tuttavia, il significato democratico della libertà di opinione non si limita al suo ruolo di prerequisito necessario per il dibattito sociale e il processo decisionale democratico: La libertà di espressione ha anche l'importante funzione di **controllare il potere statale** attraverso l'accompagnamento della critica e del dibattito pubblico. Questa "funzione di controllo" è particolarmente pronunciata nel caso dei professionisti dei media. Tuttavia, è riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo anche per altri gruppi con un ruolo sociale simile, come le ONG. 18

L'importanza centrale della libertà di espressione come prerequisito per il processo decisionale democratico e sociale e per lo sviluppo personale dell'individuo giustifica la **posizione speciale della libertà di espressione** e dei diritti fondamentali di comunicazione nel loro complesso nella struttura dei diritti fondamentali. In particolare, le funzioni sociali e democratiche dimostrano che le espressioni di opinione non sono protette solo in relazione agli interessi dei singoli titolari dei diritti fondamentali, ma anche a causa della possibile e talvolta persino predominante importanza delle espressioni individuali per i processi decisionali sociali e democratici. Ne consegue che la protezione delle espressioni di opinione è particolarmente forte quando il significato sociale o democratico di tali espressioni è particolarmente pronunciato. 19

## II. LIBERTÀ DI ESPRESSIONE (ART. 16 CPV. 1 E 2 COST.)

### A. Ambito materiale di tutela

#### 1. Concetto di opinione

Le **opinioni** ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. sono informazioni e idee di qualsiasi tipo che possono essere comunicate da persone a terzi. Le "opinioni" nel contesto dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. non si riferiscono quindi solo alle opinioni in senso stretto come espressione di una certa posizione soggettiva, "ma alla totalità dei messaggi del pensiero umano e a tutte le possibili forme di comunicazione". Ciò significa che anche le dichiarazioni sui 20

fatti, come le statistiche, le trasmissioni informative o le notizie, devono essere considerate opinioni ai sensi dell'art. 16 Cost.

21 Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, le opinioni protette sono "l'insieme delle comunicazioni del pensiero umano"; di conseguenza, ci si chiede in che misura anche le **dichiarazioni (parzialmente automatizzate)** debbano rientrare nell'ambito della tutela della libertà di espressione. Secondo l'opinione espressa in questa sede, le dichiarazioni generate in parte e probabilmente anche interamente dall'intelligenza artificiale sono da intendersi come "opinioni" ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. e come tali rientrano nell'ambito della tutela della libertà di espressione. Ad esempio, i commenti scritti da esseri umani ma moltiplicati dall'IA e allegati automaticamente a determinati post di Twitter, nonché le dichiarazioni generate interamente dall'IA da chatbot come ChatGPT o da servizi come Siri o Amazon Echo, sarebbero pertanto classificati come espressioni di opinione. Nella misura in cui l'uso dell'IA serve principalmente a riprodurre un enunciato umano nel caso di dichiarazioni automatizzate, la protezione di tali dichiarazioni parzialmente automatizzate dovrebbe essere indiscussa - in questo tipo di utilizzo, l'IA è principalmente un mezzo o uno strumento per riprodurre un enunciato umano. Molte più questioni sono sollevate da dichiarazioni che non possono più essere ricondotte a un singolo autore umano, come ad esempio una dichiarazione fatta da un chatbot (di apprendimento) o da un assistente linguistico. La mancanza di paternità umana (diretta) potrebbe portare alla conclusione che tali "dichiarazioni" non sono quindi espressioni di opinione da tutelare ai sensi della libertà di espressione. Di conseguenza, le dichiarazioni fatte da Siri, i feed generati dai rispettivi algoritmi sulle piattaforme dei social media e gli elenchi dei risultati dei motori di ricerca non sarebbero espressioni di opinione. Secondo il parere qui espresso, questa valutazione non dovrebbe essere seguita senza riserve. Le dichiarazioni non umane di questo tipo sono potenzialmente importanti anche per il dibattito sociale e democratico. Inoltre, qualsiasi restrizione a tali dichiarazioni può avere un'influenza unilaterale sul dibattito pubblico o essere concepita a tal fine. Per questi motivi, anche le dichiarazioni (completamente) automatizzate dovrebbero tendenzialmente essere protette dalla libertà di espressione. Tuttavia, da questa protezione delle dichiarazioni non umane non si deve concludere che i programmi che generano dichiarazioni di opinione siano soggetti alla libertà di espressione (si veda anche il successivo n. 40). Si tratta piuttosto di stabilire fino a che punto l'autore o il proprietario

del programma debba essere protetto nell'ambito della libertà di espressione o, più propriamente, nell'ambito della libertà economica.

22 Secondo la Corte Suprema Federale, l'ambito di protezione della libertà di espressione ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. è limitato alle cosiddette **dichiarazioni non materiali**. Le dichiarazioni commerciali, cioè "le dichiarazioni che sono finalizzate a una transazione economica (in particolare la pubblicità) o sono fatte esclusivamente in relazione a tali transazioni", secondo la giurisprudenza consolidata, non sono protette dalla libertà di espressione, ma dalla libertà economica (art. 27 Cost.). A mio avviso, questa opinione deve essere condivisa. Il diverso livello di protezione per le dichiarazioni commerciali ai sensi dell'art. 27 Cost. e per le dichiarazioni non materiali ai sensi dell'art. 16 Cost. tiene conto dei diversi interessi di protezione coinvolti; in linea di principio, quindi, corrisponde anche alla protezione differenziata che la Corte europea dei diritti dell'uomo accorda alle dichiarazioni non materiali e commerciali rispettivamente ai sensi dell'art. 10 della CEDU. La distinzione tra dichiarazioni non materiali protette dall'art. 16 Cost. e dichiarazioni commerciali protette dall'art. 27 Cost. è rilevante quando si tratta di dichiarazioni non veritiere. Mentre un "controllo della verità" da parte dello Stato e le restrizioni basate su di esso nel caso di contenuti non materiali sono considerati fondamentalmente inammissibili per le ragioni descritte sopra al N. 16, la restrizione di dichiarazioni non veritiere, perché sleali, nel caso di dichiarazioni commerciali è consentita dalle disposizioni sulla concorrenza sleale. D'altra parte, questa distinzione svolge un ruolo particolare nel contesto dei controlli preventivi e sistematici dei contenuti: mentre tali controlli non possono mai essere ammessi come censura per le dichiarazioni non materiali (cfr. sul contenuto essenziale di seguito N. 32 e segg.), le restrizioni preventive del contenuto (anche di natura sistematica) non sono di per sé contrarie ai diritti fondamentali nel caso delle dichiarazioni commerciali, poiché sono in gioco interessi di protezione completamente diversi. Sia i controlli preventivi e sistematici per le informazioni, ad esempio sui contenitori e sul materiale di confezionamento dei medicinali, sia la possibilità di bloccare la rete per l'accesso al gioco d'azzardo sono da considerarsi ammissibili. Tuttavia, quando una dichiarazione economica ha anche una componente idealistica, la libertà di espressione deve essere presa in considerazione. Questo è il caso, ad esempio, se nel contesto di una dichiarazione pubblicitaria vengono affrontati anche temi di interesse sociale (ad esempio, se un'azienda alimentare

rinomina un tipo di gelato a sostegno dell'introduzione del matrimonio per tutti), o se la restrizione delle dichiarazioni commerciali ha lo scopo o l'effetto di influenzare un dibattito su un tema di interesse sociale (ad esempio, se si chiedono restrizioni su una campagna pubblicitaria di un produttore di articoli sportivi perché mostra, tra l'altro, un atleta trans).

23 Il concetto di opinione ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. comprende non solo le espressioni verbali scritte o parlate, ma anche le **espressioni non verbali** e gli atti comunicativi, a condizione che l'atto in questione abbia lo scopo di fare una dichiarazione e sia compreso o possa essere compreso come tale dal pubblico. Ad esempio, il Tribunale federale riconosce la protezione dello sciopero della fame come espressione di opinione, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo in passato ha considerato l'appendere i panni sporchi davanti al Parlamento come un'espressione non verbale sotto la protezione dell'art. 10 della CEDU. Tuttavia, la Corte Suprema federale ha stabilito che l'accattonaggio non è protetto come espressione non verbale o atto comunicativo. La questione della tutela della libertà di espressione si pone anche nel caso di blocchi stradali, ad esempio quando si blocca un tratto di autostrada nell'area di un cantiere per richiamare l'attenzione sulla richiesta di pensionamenti flessibili nell'industria edile o per protestare contro un'esposizione di materiale bellico per mezzo di un tappeto umano con lo slogan "Chi cammina su di noi cammina anche sui cadaveri". In questi casi, occorre stabilire se il blocco ha un legame intrinseco con la dichiarazione che si intende fare; se tale legame esiste, si può presumere che l'atto comunicativo sia protetto dalla libertà di espressione.

24 Il concetto costituzionale di opinione va inteso in senso lato anche in relazione al **contenuto protetto** e lo tutela a prescindere dalla sua qualità o valore sociale. Sono protette anche le affermazioni false, insensate, moralmente riprovevoli o impulsive. Anche le affermazioni estremiste, razziste, discriminatorie, pornografiche e simili rientrano nella libertà di espressione in quanto opinioni. La libertà di espressione protegge quindi anche, in particolare, quelle dichiarazioni che "offendono, scioccano o disturbano" (cfr. N. 8 sopra).

25 A questo proposito, il concetto di opinione ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. è più ampio rispetto, ad esempio, a quello del diritto costituzionale tedesco che, secondo l'opinione prevalente, esclude dall'ambito di protezione dell'art. 5 cpv. 1 GG le affermazioni di fatto deliberatamente o comprovatamente false

e le cosiddette “critiche abusive”. L'ambito di tutela della libertà di espressione nel diritto costituzionale svizzero è probabilmente più ampio di quello della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: in applicazione dell'art. 17 CEDU, sono escluse dalla tutela dell'art. 10 CEDU le affermazioni revisioniste e negatrici dell'Olocausto, nonché altre forme di discorso d'odio estremo o totalitario. Tuttavia, la giurisprudenza sull'art. 17, in combinato disposto con l'art. 10 CEDU, non è stata in grado di fornire un'interpretazione univoca. In particolare, l'art. 17 CEDU viene utilizzato sia come elemento per limitare la portata della protezione dell'art. 10 CEDU, sia come elemento per valutare la necessità di limitare questa disposizione, senza che i due approcci possano essere rigorosamente differenziati in modo dogmatico.

## 2. Elementi e rivendicazioni protette

La libertà di espressione tutela i titolari dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 16 cpv. 2 Cost. “di **formare liberamente le**proprie **opinioni e di esprimerle e diffonderle senza impedimenti**”. Gli individui sono quindi tutelati nel loro diritto di formarsi un'opinione liberamente, di avere un'opinione e di esprimerla al mondo esterno. 26

Il diritto di ogni individuo di **formarsi** un'opinione presuppone in particolare che i titolari dei diritti fondamentali abbiano accesso alle informazioni e alle opinioni degli altri. Per questo motivo, questo aspetto della libertà di espressione è strettamente legato al diritto fondamentale alla libertà di informazione (art. 16 cpv. 3 Cost.) e alle garanzie specificamente tutelate dall'art. 34 cpv. 2 Cost. in vista di elezioni e votazioni. 27

Il diritto di **avere** un'opinione è “la base della libertà di esprimere un'opinione”. Questa “libertà di opinione interna” è una parte elementare della natura umana ed è quindi intesa anche come il contenuto centrale della libertà di opinione. Il semplice fatto di avere un'opinione non può quindi mai essere la base per una sanzione legale. 28

Come la libertà di *espressione*, anche l'art. 16 cpv. 1 e 2 Cost. garantisce al titolare di un diritto fondamentale il diritto di esprimere la propria opinione, cioè di renderla nota al mondo esterno e di **diffonderla** ad altri. Il diritto protetto di esprimere un'opinione comprende anche, in particolare, il diritto di non esprimere un'opinione o di rimanere in silenzio. Inoltre, protegge i titolari dei diritti fondamentali dall'essere costretti a divulgare informazioni o 29

opinioni. In linea di principio, il diritto di esprimere un'opinione protegge anche la libera scelta dei **mezzi** e delle **forme** di espressione.

30 Nella sua dimensione soggettiva-giuridica, la libertà di espressione offre ai titolari dei diritti fondamentali protetti diverse rivendicazioni giustiziabili. Come **diritto di difesa**, la garanzia protegge dalle violazioni dirette, indirette, preventive, successive, legali e di fatto del diritto fondamentale. Inoltre, la libertà di espressione offre ai titolari dei diritti fondamentali protetti anche specifiche **richieste di tutela e di esecuzione**. Ad esempio, le autorità sono tenute a proteggere i partecipanti alle manifestazioni pubbliche dalla violenza o dai tentativi di disturbo da parte di terzi e quindi a garantire che questi eventi (e quindi l'esercizio dei diritti fondamentali protetti) possano "avere effettivamente luogo". La Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce anche un dovere di protezione (giustiziabile) ai sensi dell'art. 10 della CEDU, nel senso che le autorità sono tenute a proteggere i professionisti dei media che vi lavorano in caso di attacchi ripetuti e massicci alla redazione di un giornale. La giurisprudenza riconosce anche un "diritto condizionato" nel senso di un diritto alle prestazioni ai sensi dell'art. 16 in combinato disposto con l'art. 22 BV. L'art. 22 Cost. riconosce un "diritto condizionato" all'uso del suolo pubblico per esprimere opinioni, vale a dire che "i diritti fondamentali in questione richiedono, entro certi limiti, che il suolo pubblico sia reso disponibile per le manifestazioni". Un analogo diritto di accesso "condizionato", nel senso di un servizio statale, è generalmente ipotizzato anche per l'uso dei beni amministrativi a fini comunicativi, sebbene la giurisprudenza tenda a essere più cauta, almeno se - a differenza del caso dei beni pubblici - esistono forum di comunicazione alternativi.

31 Gli obblighi di prestazione dello Stato si concretizzano poi anche nella garanzia di diritti all'organizzazione e alle **procedure**. Ad esempio, se il Tribunale federale garantisce agli individui un ricorso legale attraverso l'Autorità indipendente di reclamo per la radio e la televisione (UBI) per la cancellazione dei loro commenti sui forum online e sui canali di social media della SSR, il tribunale garantisce ai singoli titolari dei diritti fondamentali l'accesso a procedimenti legali in cui possono far valere le sospette restrizioni alla loro libertà di espressione. Va notato che anche l'articolo 12 della Cost. (diritto all'assistenza in caso di emergenza) sostiene un diritto minimo all'informazione e alla partecipazione al discorso sociale. Questo aspetto della libertà di espressione è attualmente discusso anche in relazione a questioni

come la regolamentazione della comunicazione attraverso le piattaforme online.

## 3. Contenuto essenziale

Il contenuto centrale della libertà di espressione - ossia il contenuto particolarmente degno di protezione e bisognoso di tutela, che non può essere limitato in nessun caso - è inizialmente il **divieto di censura** esplicitamente sancito dall'art. 17 cpv. 2 Cost. La categorizzazione sistematica come parte della libertà dei media si spiega con lo sviluppo storico del diritto fondamentale; tuttavia, secondo le sentenze dei tribunali federali e la maggioranza delle voci in dottrina, il divieto di censura rappresenta anche una barriera assoluta alla restrizione di tutti i diritti fondamentali di comunicazione e, in particolare, della libertà di espressione, oltre alla libertà dei media. 32

Il concetto di censura (assolutamente vietata) ai sensi dell'art. 17 cpv. 2 Cost. è, secondo l'opinione prevalente, inteso principalmente come **controllo sistematico e preventivo del contenuto delle** espressioni di opinione. Tuttavia, le restrizioni preventive basate sul contenuto in singoli casi, così come i successivi controlli sistematici del contenuto, non sono riconosciuti come misure inammissibili a priori che violano il contenuto fondamentale. 33

Il divieto assoluto di censura in questo senso può essere dedotto dall'**importanza della libertà di espressione** per la formazione dell'opinione sociale: La censura ai sensi dell'art. 17 cpv. 2 Cost. ha l'effetto di limitare preventivamente le opinioni ammesse nel dibattito pubblico e quindi di determinare lo spettro delle opinioni ammesse in termini di contenuto. Una tale restrizione preventiva dello spettro di affermazioni ammissibili è contraria all'idea che la libera formazione della volontà sociale presuppone l'ammissibilità di tutte le opinioni e che la verità o la correttezza non hanno la precedenza sul discorso pubblico, ma possono sempre e solo essere il risultato di tale discorso. La restrizione della gamma di opinioni ammissibili attraverso la censura si traduce anche in una riduzione della diversità delle opinioni espresse e quindi in un indebolimento del ruolo della libertà di opinione come mezzo per la società per gestire questa diversità di opinioni. Limitando lo spettro di opinioni disponibili, la censura compromette anche la funzione della libertà di espressione come mezzo per formare l'identità di ciascun individuo. Di conseguenza, la censura - in quanto controllo 34

preventivo e sistematico dei contenuti - è contraria al nucleo di diverse direzioni di protezione del diritto fondamentale e non è quindi mai ammissibile.

35 Oltre al divieto di censura, anche il cosiddetto **forum internum** è protetto come contenuto fondamentale. Questa protezione assoluta del "tenere" un'opinione è giustificata dal fatto che violerebbe la dignità di una persona in quanto individuo che pensa e agisce in modo indipendente vietarle di tenere un'opinione e quindi di limitarsi a "pensare", o di costringerla a tenere un'opinione nel senso di sostenere certe opinioni o di esprimere le opinioni più intime.

## B. Ambito personale di tutela

36 La tutela della libertà di espressione si applica a tutte le **persone fisiche e giuridiche**, indipendentemente dalla loro nazionalità. Anche i bambini e i giovani sono protetti dalla libertà di espressione, indipendentemente dalla loro età.

37 In particolare, il diritto fondamentale protegge anche le persone **con uno status speciale** (dipendenti pubblici, detenuti, militari, ecc.). In casi specifici, tuttavia, il rapporto di status speciale in questione può dare luogo a ulteriori restrizioni alla libertà di espressione.

38 Gli **organi** e le **autorità statali** non sono soggetti alla libertà di espressione, ma sono soggetti ai diritti fondamentali. Tuttavia, sorgono questioni di demarcazione nel caso di dichiarazioni rilasciate da rappresentanti delle autorità o dello Stato: se parlano a nome di un'autorità - ad esempio, un Consigliere federale in una conferenza stampa sulle decisioni del Consiglio federale - ciò costituisce una dichiarazione di un organo dello Stato. Se le stesse persone rilasciano dichiarazioni come privati, rientrano nell'ambito personale di protezione della libertà di espressione come persone fisiche. Tuttavia, non sempre è possibile stabilire con chiarezza se una persona parla come rappresentante di un'autorità pubblica o come privato - come dimostrano, ad esempio, le sentenze del Tribunale federale sugli interventi di membri di autorità pubbliche (presumibilmente come privati) nelle campagne elettorali. Il criterio rilevante per la delimitazione deve essere se i destinatari o il pubblico della dichiarazione possano intenderla come una dichiarazione

di un privato o come una dichiarazione di un pubblico ufficiale o di un rappresentante dello Stato.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali delle **persone giuridiche che hanno una particolare vicinanza con lo Stato**, il Tribunale federale considera ora la SSR come titolare di diritti fondamentali nel quadro dell'art. 17 Cost. e non più solo protetta dall'autonomia programmatica sancita dall'art. 93 cpv. 3 Cost. Non sembra chiaro se le comunità religiose riconosciute dal diritto pubblico siano protette dai diritti fondamentali nell'ambito dell'art. 16 Cost. 39

In linea di principio, anche le **dichiarazioni (parzialmente automatizzate)** devono essere protette in quanto espressioni di opinione (cfr. sopra N. 21). Tuttavia, ciò non significa che i programmi che generano espressioni di opinione siano soggetti alla libertà di espressione. Quando l'IA serve semplicemente a diffondere e riprodurre dichiarazioni, cioè a portare una dichiarazione umana a un pubblico più vasto come strumento di diffusione, la persona che sta dietro alla dichiarazione è essa stessa titolare di diritti fondamentali. Nel caso in cui le dichiarazioni siano generate in parte o interamente dall'intelligenza artificiale, queste dovrebbero essere protette come opinioni, come spiegato al N. 21. Ciò solleva la questione della misura in cui la protezione di tali dichiarazioni sia rispecchiata dalla protezione di un titolare di diritti fondamentali nel senso di un autore della dichiarazione in questione. Secondo l'opinione espressa in questa sede, occorre distinguere tra gli autori o proprietari dei programmi e i loro utenti. La protezione degli autori o dei proprietari dei programmi corrispondenti nell'ambito della libertà di espressione è da respingere nella misura in cui essi non influenzano direttamente il contenuto della dichiarazione o fanno una dichiarazione. Tuttavia, gli utenti dell'applicazione sono tutelati nell'ambito della libertà di espressione - ad esempio, l'utente di Amazon Echo che impartisce istruzioni verbali alla “macchina” o l'utente di un'applicazione come ChatGPT nella generazione e personalizzazione di prompt e output. Tuttavia, poiché le varie applicazioni di IA fanno parte delle funzionalità dei programmi e delle piattaforme corrispondenti, i proprietari o gli autori non sono tutelati dalla libertà di espressione, ma sono comunque protetti dalla libertà economica. In concreto, ciò significa che un obbligo statale di progettare unilateralmente il feed di un motore di ricerca in un certo modo dovrebbe essere analizzato come un'interferenza fondamentalmente problematica con la libertà di 40

espressione da parte dell'utente e del destinatario per quanto riguarda il potenziale impatto sul dibattito sociale - tuttavia, il proprietario o l'operatore del motore di ricerca non è limitato nella sua libertà di espressione, ma piuttosto nella sua libertà economica - vale a dire progettare il feed e l'algoritmo utilizzato in un certo modo.

## C. Restrizioni alla libertà di espressione

### 1. Intensità della protezione

41 La libertà di espressione protegge le dichiarazioni a prescindere dal loro contenuto e valore sociale. Tuttavia, non tutte le dichiarazioni sono protette nella stessa misura. Dalle funzioni della libertà di espressione si evince che singole affermazioni sono al centro delle preoccupazioni della libertà di espressione a causa del loro contenuto, mentre altre sono protette, ma la loro protezione è meno intensa a causa di una connessione meno stretta con le funzioni del diritto fondamentale.

42 Queste diverse **intensità di protezione** sono espresse, da un lato, da maggiori requisiti materiali per le restrizioni delle dichiarazioni più intensamente protette e, dall'altro, soprattutto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, da maggiori requisiti per la densità della giustificazione di tali restrizioni.

43 Le espressioni di opinione su argomenti di interesse sociale, la cosiddetta "**comunicazione politica**", sono considerate particolarmente degne di tutela. Come indicato al N. 16 e seguenti, l'importanza sociale della libertà di espressione consiste in particolare nel garantire il libero scambio del maggior numero possibile di opinioni, creando così le condizioni per ampi dibattiti sociali e quindi anche per un libero processo decisionale democratico. Di conseguenza, le opinioni che sono particolarmente centrali per il dibattito politico e la formazione di opinioni su argomenti politicamente e socialmente rilevanti sono particolarmente protette. Il Tribunale federale - riprendendo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - afferma quindi che la libertà di espressione è particolarmente importante quando si tratta di dichiarazioni su questioni politiche e problemi della vita pubblica e che la critica "deve essere consentita in una certa ampiezza e talvolta anche in forma esagerata". Il concetto di dichiarazioni politiche è definito in modo ampio: Come dichiarazioni su argomenti di interesse sociale, intendendo non solo le

dichiarazioni sulla politica in senso stretto, ma tutte le dichiarazioni su argomenti della vita pubblica. Possono essere di natura politica, sociale, economica, culturale, religiosa o, in determinate circostanze, commerciale. Anche le dichiarazioni satiriche sono classificate come comunicazione politica e sono quindi particolarmente protette dalla libertà di espressione.

Anche **l'arte** è particolarmente protetta a causa della sua importanza in una società democratica. Nella giurisprudenza sull'arte è importante, ad esempio, la protezione delle dichiarazioni che offendono, scioccano o disturbano, nonché la consapevolezza della necessità di interpretare le dichiarazioni poco chiare o ambigue. Tuttavia, almeno in passato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fornito una protezione relativamente meno intensa per l'arte in relazione alla comunicazione politica, ad esempio concedendo (e concedendo) agli Stati un margine di apprezzamento più ampio nel valutare una restrizione per la protezione della religione o della morale pubblica. 44

La protezione offerta dalla libertà di espressione è meno intensa per le **espressioni** razziste, revisioniste, di incitamento alla violenza, pornografiche o altre **espressioni di opinione con un contenuto qualificato riprovevole -** espressioni che oggi vengono regolarmente riassunte sotto il termine **"hate speech"**. Con l'art. 261bis del CP, la Svizzera dispone di una base legale per proibire forme particolarmente riprovevoli e pericolose di discriminazione e incitamento all'odio; così facendo, adempie (parzialmente) agli obblighi di diritto internazionale derivanti dall'art. 4 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale. Analogamente, gli articoli 258 e seguenti del Codice penale svizzero e l'articolo 197 del CP consentono di limitare le dichiarazioni che incitano alla violenza o le dichiarazioni pornografiche in base al rispettivo contenuto della dichiarazione. Tuttavia, poiché anche le dichiarazioni "qualificate come riprovevoli" spesso riguardano argomenti di interesse sociale, le categorie di cui sopra devono essere interpretate in modo restrittivo come eccezioni. 45

## 2. Concetto e tipi di interferenza

Le restrizioni alla libertà di espressione devono essere generalmente valutate in base ai requisiti dell'**art. 36 Cost.** In questo contesto, le ingerenze si concretizzano in modi diversi e devono essere valutate in modo diverso a seconda del tipo e della tempistica dell'ingerenza. 46

47 Le **limitazioni** preventive o a priori della libertà di espressione impediscono in primo luogo la diffusione delle informazioni in questione e quindi hanno l'effetto di impedire che le opinioni rilevanti entrino nel dibattito pubblico. Tali misure, ad esempio sotto forma di provvedimenti cautelari nei procedimenti civili ai sensi degli artt. 261 e segg. CPC, rappresentano quindi una violazione particolarmente intensa della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 10 CEDU stabilisce quindi che le condizioni per le restrizioni preventive all'espressione delle opinioni devono essere chiaramente definite dalla legge e perseguire un importante interesse pubblico.

48 Al contrario **, le restrizioni retroattive** come le sanzioni penali o civili, la perdita della licenza o le misure disciplinari non sono considerate gravi di per sé. In termini di gravità, devono essere valutate principalmente in base alle conseguenze per i titolari dei diritti fondamentali interessati.

49 A loro volta, le **restrizioni legate al contenuto** tendono a essere problematiche, a differenza degli interventi che, in quanto restrizioni alle dichiarazioni in un determinato luogo o momento, sono fondamentalmente neutrali in termini di contenuto. Poiché le restrizioni legate al contenuto tengono le dichiarazioni interessate fuori dal discorso pubblico o almeno ne limitano la presenza nella formazione dell'opinione pubblica, tali interventi offuscano il modello di libero dibattito sociale in cui gli individui possono formare le proprie opinioni in un libero scambio di argomentazioni e controargomentazioni, indipendentemente dalla qualità e dal valore sociale di queste ultime.

50 Non solo le **restrizioni** legali, ma anche quelle **di fatto** all'espressione di un'opinione, come la confisca di documenti, le intercettazioni di conversazioni, l'allontanamento di persone da una manifestazione e misure simili, costituiscono un'interferenza con la libertà di espressione.

51 Nel contesto della libertà di espressione, le restrizioni indirette attraverso il cosiddetto *effetto di raffreddamento* assumono un significato particolare. Un *effetto agghiacciante* (o effetto deterrente) si ha quando i titolari di diritti fondamentali si astengono dall'esprimere opinioni che in linea di principio sono ammissibili (e quindi auspicabili nel discorso sociale) per timore di sanzioni o a causa di una situazione giuridica poco chiara, ovvero sono dissuasi dall'esercitare i loro diritti fondamentali. Tale effetto deterrente può

essere causato da disposizioni legali vaghe, da una giurisprudenza poco chiara, ma anche da sanzioni particolarmente severe per l'espressione di opinioni. Ad esempio, la Corte Suprema Federale ha tendenzialmente affermato il possibile *effetto dissuasivo* del profiling del DNA e dell'identificazione durante una manifestazione pacifica. L'*effetto* chilling è particolarmente importante anche in relazione alla protezione delle fonti giornalistiche. Poiché l'*effetto agghiacciante*, per definizione, colpisce e scoraggia le opinioni che sono ammissibili e auspicabili come parte del dibattito sociale, questo tipo di restrizione influisce indirettamente sul dibattito sociale o politico al di là del singolo caso; gli interventi attraverso l'*effetto agghiacciante*, anche se indiretti, possono quindi essere particolarmente problematici dal punto di vista dei diritti fondamentali nei singoli casi.

## 3. Valutazione delle restrizioni ai sensi dell'art. 36 Cost.

### a. Base giuridica (art. 36 cpv. 1 Cost.)

Ai sensi dell'art. 36 cpv. 1 Cost. le restrizioni alla libertà di espressione richiedono una**base giuridica**, ossia una base sotto forma di norma generale astratta. 52

Più grave è l'interferenza nel caso specifico, più alti sono i requisiti per il **livello** e la **densità della** rispettiva base per l'interferenza. Ad esempio, la Costituzione federale stabilisce all'art. 36 cpv. 1 frase 2 che le restrizioni gravi devono essere previste dalla legge stessa. Per quanto riguarda la densità delle norme, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma nella sua giurisprudenza che la base giuridica in questione deve essere formulata in modo così preciso che gli interessati possano orientare il loro comportamento di conseguenza e prevedere le conseguenze di un determinato comportamento con un certo grado di certezza. Quanto più grave è l'interferenza, tanto più elevati sono i requisiti di precisione della base giuridica. 53

In molti casi, le restrizioni alla libertà di espressione si basano **su diverse basi giuridiche** nel diritto civile (in particolare gli articoli 28 e seguenti del Codice civile svizzero) e, soprattutto, nel diritto penale (ad esempio, l'articolo 135 del CP, gli articoli 173 e seguenti del StGB, l'articolo 197 del StGB). CP, Art. 197 CP, Art. 259 e segg. e in particolare Art. 261bis CP, Art. 296 e segg. CP). Tuttavia, sono rilevanti anche l'art. 3 cpv. 1 lett. a LCSl e altre norme giuridiche federali e cantonali. Alla luce dei requisiti citati al N. 53, in particolare della necessaria 54

densità di norme giuridiche, le singole disposizioni di diritto semplice non sono probabilmente sufficientemente precise: Alcuni studiosi criticano la formulazione non sufficientemente precisa dell'art. 261bis CP (discriminazione e incitamento all'odio), che è “molto” lontana dai requisiti del principio di legalità.

55 La giurisprudenza e la dottrina affermano che i requisiti della base giuridica possono essere meno rigorosi nei **rapporti a statuto speciale**. Ciò vale soprattutto per le norme che regolano la forma specifica del rapporto di status speciale; in questo caso, sia i requisiti del livello della norma che la densità della norma devono essere applicati in modo meno rigoroso. Per contro, i requisiti relativi alla base giuridica non sono ridotti per quanto riguarda le norme che stabiliscono il rispettivo rapporto giuridico.

56 Le disposizioni di legge che fungono da base per la restrizione delle espressioni di opinione devono essere interpretate e applicate **in conformità con i diritti fondamentali** alla luce dell'art. 16 Cost. (cfr. sull'effetto terzi indiretto e l'interpretazione in conformità con i diritti fondamentali anche infra N. 76 s.).

57 Eccezionalmente - in caso di pericolo grave, immediato e altrimenti inevitabile per interessi legali di alto livello - la **clausola di polizia generale** (art. 36 cpv. 1 frase 3 Cost.) consente una restrizione della libertà di espressione senza una base esplicita nella legge. Tuttavia, l'applicazione di questa eccezione richiede cautela: Ad esempio, la restrizione de facto della libertà di espressione (e della libertà dei media) che impedisce a un giornalista di recarsi al WEF di Davos non rientra nella clausola di polizia generale secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo a causa della prevedibilità del pericolo.

### b. Interesse pubblico e protezione dei diritti fondamentali di terzi (art. 36 cpv. 2 Cost.)

58 Ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 Cost. le restrizioni alla libertà di espressione devono essere giustificate da un interesse pubblico prevalente o dalla tutela dei diritti fondamentali di terzi.

59 L'art. 36 cpv. 2 Cost. **non** fornisce **un catalogo esaustivo** di possibili interessi pubblici per limitare il diritto fondamentale. In pratica, l'elenco dei possibili interessi pubblici di cui all'art. 10 cpv. 2 CEDU fornisce un orientamento: la

disposizione cita, ad esempio, la protezione della sicurezza pubblica o il mantenimento dell'ordine pubblico, la protezione della salute pubblica o della morale pubblica, la protezione dei diritti (fondamentali) di terzi, la prevenzione della diffusione di informazioni riservate o la salvaguardia dell'integrità e dell'imparzialità del potere giudiziario.

Non sono ammissibili restrizioni volte a tutelare interessi che **contrastano con l'essenza della protezione del diritto fondamentale**. Sarebbe quindi inammissibile limitare la libertà di espressione al solo scopo di impedire le critiche al governo o vietare le opinioni "periferiche", sostenute solo da una minoranza, per proteggere la maggioranza della popolazione dal confronto con tali opinioni, che possono essere impopolari o "scioccanti". 60

## c. Proporzionalità (art. 36 cpv. 3 Cost.)

Secondo l'art. 36 cpv. 3 Cost. le restrizioni alla libertà di espressione devono essere **proporzionate**. Una restrizione è considerata proporzionata se è idonea e necessaria a raggiungere l'obiettivo statale previsto e se la misura è ragionevole per la persona o le persone interessate dal diritto fondamentale. Nel valutare la proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali, si devono prendere in considerazione le circostanze specifiche di ogni singolo caso. Ciò solleva questioni relative sia all'intensità che alla precisione dell'interferenza nel caso specifico. 61

Nell'esaminare la proporzionalità e, in particolare, la ragionevolezza delle restrizioni alla libertà di espressione, la Corte europea dei diritti dell'uomo fa regolarmente riferimento all'importanza del diritto fondamentale per una società democratica. A seguito della particolare intensità della protezione per le dichiarazioni su **argomenti di interesse sociale**, la Corte riconosce che la Convenzione lascia poco spazio alla restrizione delle cosiddette dichiarazioni politiche e che tali restrizioni devono quindi essere soggette a un esame particolarmente rigoroso. 62

Nel valutare la proporzionalità di una restrizione alla libertà di espressione, è rilevante anche la posizione della **persona interessata** da una dichiarazione, in particolare nel contesto delle dichiarazioni diffamatorie. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo - e anche del Tribunale federale - i politici e le altre figure pubbliche devono sopportare un livello particolarmente elevato di critiche pubbliche e devono quindi 63

mostrare un alto grado di tolleranza nei confronti delle dichiarazioni verbalmente offensive. Tuttavia, anche le persone pubbliche godono del diritto alla privacy, motivo per cui l'ampia ammissibilità delle dichiarazioni è data principalmente nella sfera pubblica delle persone interessate. Tuttavia, quando parti della vita privata di una persona pubblica sono di rilevanza o interesse sociale, la restrizione di tali dichiarazioni relative alla vita privata è consentita solo a condizioni restrittive. Nel caso dei privati, la valutazione della proporzionalità di una restrizione deve basarsi principalmente sul fatto che le dichiarazioni in questione facciano parte di un dibattito pubblico e in che misura.

64 Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza tengono conto anche dello status della **persona o delle persone che rilasciano le dichiarazioni** nel valutare la proporzionalità delle restrizioni alla libertà di espressione. Come menzionato al n. 37, ulteriori restrizioni alla libertà di espressione possono essere giustificate per le persone **con uno status speciale**. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte suprema federale riconoscono che lo status e il dovere di lealtà dei dipendenti pubblici, degli insegnanti, dei funzionari e dei giudici possono dare origine a un certo obbligo di restrizione o a un motivo per limitare la libertà di espressione. Allo stesso tempo, però, la Corte di giustizia e il Tribunale federale hanno affermato che tali restrizioni sono ammissibili solo in modo restrittivo e che la loro necessità deve essere dimostrata in modo convincente, in particolare nel caso di argomenti di interesse per il dibattito sociale. Sulla base di queste considerazioni, la Corte Suprema Federale ha classificato le misure disciplinari contro un docente di un'università statale per una campagna di volantinaggio (con un volantino redatto con cautela) su un argomento di interesse pubblico come un'interferenza inammissibile con la libertà di espressione.

65 Anche gli **alunni** e gli **studenti** godono di uno status speciale nel contesto dell'istruzione (superiore). Tuttavia, la Corte Suprema Federale ha già sottolineato nella sua precedente giurisprudenza che gli alunni e gli studenti sono protetti dalla libertà di espressione e non possono essere sanzionati per dichiarazioni legalmente lecite che sono compatibili con gli obblighi derivanti dal rapporto di status speciale. A mio avviso, vista l'importanza della libertà di espressione per lo sviluppo della personalità e della capacità di esprimersi di alunni e studenti, si deve anche esigere che le restrizioni derivanti dal rapporto di status speciale - ad esempio, per considerazioni didattiche per

mantenere le operazioni di insegnamento - siano applicate in modo restrittivo e precisamente giustificate.

Anche la libertà di espressione delle **donne medico** e **avvocato** è oggetto di una valutazione specifica da parte della giurisprudenza: Mentre l'etica professionale consente restrizioni alla libertà di espressione nel caso dei medici, le restrizioni alle dichiarazioni critiche nei confronti della magistratura sono più giustificabili nel caso degli avvocati, a causa della loro funzione nell'amministrazione della giustizia, rispetto a quanto avverrebbe, ad esempio, per i professionisti dei media. 66

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato criteri speciali per valutare la proporzionalità delle sanzioni imposte ai dipendenti per aver **denunciato un'irregolarità**, a prescindere dal fatto che siano impiegati nel quadro del diritto pubblico o privato. In questo contesto, la Corte afferma che la protezione dell'art. 10 CEDU si estende anche ai rapporti di diritto privato e che il legislatore ha il dovere di proteggere gli individui, tra l'altro, dalle restrizioni alla loro libertà di espressione da parte di privati. Da questo principio la Corte ricava anche un dovere minimo di protezione degli informatori: Nel valutare la proporzionalità delle sanzioni per tali persone, la Corte europea dei diritti dell'uomo prende in considerazione i cosiddetti criteri Guja, ossia se erano disponibili mezzi alternativi per divulgare le informazioni, qual è l'interesse pubblico delle informazioni divulgate, se le informazioni sono autentiche, quali sono gli svantaggi per il datore di lavoro e se la persona ha agito in buona fede. Come in molti altri casi (N. 74), anche qui si tiene conto della severità della sanzione. 67

Come menzionato al N. 36, l'ambito personale di protezione della libertà di espressione si estende nella stessa misura anche alle **persone senza cittadinanza svizzera**. L'art. 16 CEDU prevede la possibilità di restrizioni (aggiuntive), tra l'altro, all'art. 10 CEDU per “l'attività politica di persone straniere”. Un atteggiamento simile ha influenzato per lungo tempo la concezione della libertà di espressione e di riunione in Svizzera: ad esempio, il “Decreto del Consiglio federale sul discorso politico degli stranieri” ha subordinato la partecipazione di oratori stranieri alle assemblee a un'autorizzazione fino al 1998 (!). Tuttavia, un'ulteriore possibilità di restrizione o un'ipotesi più generosa di ragionevolezza delle restrizioni alla libertà di espressione solo sulla base della nazionalità è oggi giustamente considerata superata. 68

69 Le circostanze rilevanti e concrete che devono essere prese in considerazione nei singoli casi quando si valuta la proporzionalità di una restrizione alla libertà di espressione includono anche l'**intensità della violazione dell'interesse legale**. Per valutarla, si prendono in considerazione il contesto, i mezzi scelti, la forma o gli effetti della dichiarazione nel caso specifico: Ad esempio, quando si valuta una dichiarazione presumibilmente offensiva, gli eventi precedenti, ad esempio nel contesto di un acceso dibattito politico, sono inclusi come elemento del **contesto**. La **forma** o i **mezzi** scelti per la dichiarazione sono presi in considerazione in particolare per quanto riguarda il loro **impatto** sugli interessi contrapposti interessati. In relazione alla tutela della privacy o dei diritti personali in generale, ad esempio, alcuni mezzi e forme di espressione hanno un impatto particolarmente forte sui diritti fondamentali delle persone interessate. L'impatto delle dichiarazioni di ampia portata, e in particolare dei servizi di immagine, è preso in considerazione dalla giurisprudenza, che in genere parte dal presupposto che i diritti della personalità della persona interessata siano più intensamente colpiti.

70 La valutazione delle dichiarazioni diffamatorie e la proporzionalità delle loro restrizioni svolgono un ruolo importante nella pratica. Oltre alle considerazioni relative al bisogno di protezione (N. 62), alle persone colpite e che si esprimono (N. 63 e segg.) e al contesto (N. 69), la distinzione tra **affermazioni di fatto** e **affermazioni di giudizio** è regolarmente rilevante per la questione della ragionevolezza della restrizione delle dichiarazioni diffamatorie. L'ammissibilità delle affermazioni sui fatti è determinata principalmente dalla loro veridicità o meno. Mentre la fornitura della prova della verità è un elemento centrale per l'ammissibilità di una dichiarazione (che incide sull'onore) nel caso di affermazioni di fatto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non ritiene ragionevole richiedere la prova della verità per le dichiarazioni valutative. Va notato che il concetto di giudizi di valore è definito in modo ampio nella giurisprudenza della Corte e comprende anche i giudizi generali esagerati. La ragionevolezza dei giudizi di valore puri, invece, viene valutata, tra l'altro, a seconda che possano essere supportati da una base fattuale sufficiente.

71 Nella giurisprudenza, è anche importante valutare la proporzionalità delle restrizioni alla libertà di espressione per proteggere **gli interessi della collettività**, come la salute pubblica, la protezione dei segreti di Stato, la

protezione dell'integrità del sistema giudiziario o l'ordine pubblico e la sicurezza. Quest'ultimo interesse gioca spesso un ruolo nelle restrizioni alla libertà di espressione nel contesto dell'uso del suolo pubblico per scopi comunicativi. La giurisprudenza della Corte Suprema Federale ritiene che un requisito di autorizzazione per l'uso comunicativo del suolo pubblico che vada oltre l'uso pubblico sia fondamentalmente proporzionato allo scopo di coordinare i diversi interessi di utilizzo (e quindi l'ordine pubblico). Nel riesaminare l'autorizzazione o la mancata autorizzazione di manifestazioni a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, la giurisprudenza deve regolarmente valutare se sarebbero state possibili misure più blande, ad esempio sotto forma di condizioni, misure protettive o rinvii in termini di luogo o tempo.

La questione della **responsabilità per le dichiarazioni rilasciate da terzi**, 72
in particolare sulle piattaforme di social media, è affrontata anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo come una questione di proporzionalità della restrizione della libertà di espressione. Negli ultimi anni, la giurisprudenza sia della Corte Suprema Federale che della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è concentrata sulla questione se e in base a quali criteri politici e altre figure pubbliche possano essere ritenuti responsabili per i commenti fatti nei loro post (pubblici). Mentre il Tribunale federale ha affrontato la questione della responsabilità penale senza fare esplicito riferimento alla garanzia della libertà di espressione, la Corte nella causa *Sanchez c. Francia* ha affrontato in dettaglio la questione di come tale responsabilità debba essere valutata ai sensi dell'art. 10 CEDU. Facendo riferimento alla sua giurisprudenza sulla responsabilità per i commenti di terzi online, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha identificato il contesto delle dichiarazioni, le misure adottate dal denunciante, la possibilità di ritenere responsabile l'autore effettivo e le conseguenze del procedimento per il denunciante come criteri rilevanti nella valutazione della proporzionalità. Particolarmente importante in questo contesto è la questione della misura in cui la persona che pubblica un post è obbligata a monitorare i commenti e, in base a ciò, a cancellarli se necessario.

Una questione di responsabilità si pone anche - sebbene per le proprie 73
dichiarazioni e non per quelle di terzi - quando si tratta di limitare l'espressione di opinioni da parte di funzionari pubblici selezionati: l'art. 162 cpv. 1 Cost. garantisce ai funzionari pubblici selezionati a livello federale

**l'immunità** per le dichiarazioni rese in seno ai Consigli e ai loro organi e crea la possibilità di altre forme di immunità nel cpv. 2. Pertanto, oltre alla protezione assoluta per le dichiarazioni rese nei Consigli (cfr. art. 16 LParl), i membri del Parlamento godono anche di un'immunità relativa per le dichiarazioni rese in diretta connessione con le loro attività parlamentari sulla base dell'art. 17 f. LParl. Garanzie simili di immunità si trovano anche nel diritto cantonale. Ciò significa che le rispettive persone non possono essere ritenute responsabili di dichiarazioni fondamentalmente illegali e quindi legittimamente restrittive nei contesti descritti.

74 Nel valutare la proporzionalità di un'interferenza si tiene conto anche del **tipo e del livello di** eventuali **sanzioni**.74 La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che le sanzioni penali per dichiarazioni presumibilmente diffamatorie nei confronti di politici siano particolarmente gravi e quindi generalmente irragionevoli. Pertanto, esamina tali restrizioni con particolare precisione. Nel contesto delle sanzioni per le espressioni di opinione, si deve tenere conto anche dell'eventuale *effetto di repressione* di una restrizione. Nel caso di sanzioni severe, ad esempio, non è rilevante solo l'impatto della sanzione sulla persona sanzionata nel singolo caso, ma anche il fatto che tale sanzione possa dissuadere altre persone dal fare dichiarazioni simili in futuro.

## D. Dimensione oggettivo-giuridica della libertà di espressione

### 1. Realizzazione della libertà di espressione

75 Secondo l'art. 35 cpv. 1 della Cost. i diritti fondamentali devono essere realizzati come norme fondamentali oggettive nell'intero sistema giuridico. La libertà di espressione non agisce quindi solo come contenuto giuridico soggettivo che conferisce all'individuo diritti di difesa, protezione o prestazione, ma nella sua **dimensione giuridica oggettiva** obbliga anche le autorità a prendere le misure necessarie per la sua realizzazione.

76 La libertà di espressione si concretizza quindi, da un lato, come linea guida per l'interpretazione e l'applicazione di semplici disposizioni di legge. Nella giurisprudenza, ciò riguarda spesso l'**interpretazione delle** disposizioni di legge per la protezione delle dichiarazioni in ambito civile e penale che violano i diritti della personalità o l'onore, e riguarda regolarmente le dichiarazioni corrispondenti nei media.

Nella sua **dimensione programmatica**, la libertà di espressione obbliga il legislatore, in applicazione dell'art. 35 cpv. 1 Cost. a legiferare in conformità con i diritti fondamentali e nella realizzazione dei diritti fondamentali, il che garantisce un quadro di comunicazione in cui il diritto fondamentale può svolgere le funzioni individuali e sociali previste. In questa sede, l'attenzione si concentra sulla garanzia di un livello minimo di pari opportunità comunicative, ad esempio fornendo la necessaria infrastruttura tecnica o concedendo l'accesso ai canali di comunicazione pertinenti o adottando le necessarie misure di protezione. Nel settore della radio e della televisione, si pone anche la questione della salvaguardia della "diversità pluralistica". 77

## 2. Dimensione oggettivo-giuridica della comunicazione via Internet in particolare

Attualmente, la **comunicazione su Internet** in particolare e le minacce alla comunicazione pubblica e alle strutture di comunicazione pertinenti che sorgono in questo contesto sollevano interrogativi sulla realizzazione dei diritti fondamentali della comunicazione. Ad esempio, gli studiosi sostengono che le minacce specifiche alla comunicazione sociale poste dalle nuove strutture e dai nuovi fenomeni di comunicazione potrebbero obbligare le autorità a prendere misure specifiche e a intervenire in modo normativo per proteggere i processi e le strutture dei diritti fondamentali della comunicazione. 78

Le prime **normative** in questo senso - come la NetzDG tedesca e successivamente la Legge sui servizi digitali (DSA) dell'UE - si concentrano sui fornitori di grandi piattaforme (principalmente social network e motori di ricerca) e formulano per loro requisiti relativi all'applicazione di norme giuridiche (già applicabili). Oltre ai requisiti per la cancellazione dei contenuti illegali e alle norme sulla trasparenza, le disposizioni pertinenti della DSA (e le norme che sostituisce nella NetzDG) includono anche l'obbligo per i rispettivi fornitori di definire persone di contatto e procedure specifiche in cui le persone interessate possono agire contro i contenuti cancellati (o non cancellati) su una piattaforma. Queste ultime misure possono essere viste come un tentativo di salvaguardare il contenuto della libertà di espressione attraverso la creazione di procedure. 79

Per quanto riguarda le espressioni di opinione in vista delle **elezioni**, le corrispondenti disposizioni francesi obbligano gli operatori delle piattaforme 80

online a creare trasparenza nei tre mesi precedenti le elezioni per quanto riguarda gli autori delle informazioni, il flusso di fondi e l'uso dei dati personali degli utenti in relazione al processo decisionale politico. La legge prevede inoltre la possibilità di intraprendere azioni legali contro informazioni incomplete, false o fuorvianti presenti su queste piattaforme. Con queste disposizioni, la Francia cerca di proteggere la comunicazione sociale in preparazione di specifiche decisioni democratiche - e quindi i contenuti particolarmente sensibili che sono al centro dei diritti fondamentali della comunicazione - da influenze manipolative.

81 Anche gli **accordi informali** tra l'UE (Commissione) e i fornitori delle principali piattaforme, in vigore rispettivamente dal 2016 (rivisto nel 2022) e dal 2018, si collocano in un'area giuridicamente diffusa. In due codici di condotta, i provider firmatari si impegnano ad agire contro i *discorsi d'odio* illegali e la disinformazione. A causa della loro natura giuridica poco chiara, dell'applicabilità relativamente ampia a contenuti solo vagamente definiti e delle questioni aperte riguardanti l'accessibilità delle procedure di cancellazione, ad esempio, questi accordi tendono a essere problematici dal punto di vista della libertà di espressione.

82 La questione della misura in cui il quadro giuridico per le grandi piattaforme, per quanto riguarda la **cancellazione o il blocco dei contenuti e degli account** per le dichiarazioni "legali" basate sulle proprie "house rules", sia necessario per proteggere le strutture di base del diritto della comunicazione non è ancora stata chiarita dal punto di vista giuridico. In letteratura, si presume generalmente che tali cancellazioni o blocchi siano generalmente consentiti sulla base della libertà economica degli operatori, ma che questi ultimi debbano garantire i requisiti per le procedure e l'accesso fondamentalmente uguale e non discriminatorio a causa della loro posizione di potere di mercato. Negli Stati Uniti, in diversi Stati sono state recentemente emanate disposizioni che limitano fortemente la cancellazione, l'ordinamento o l'etichettatura dei post (legalmente consentiti) da parte degli operatori delle piattaforme in base al contenuto della dichiarazione. Ciò si basa sull'argomentazione che la cancellazione (ma anche, ad esempio, l'etichettatura come "falsa" o l'ordinamento) di affermazioni legalmente consentite a causa del loro contenuto viola la libertà di parola sancita dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Mentre la corrispondente legge del Texas è stata ritenuta ammissibile dalla Corte

d'Appello del 5° Circuito nel settembre 2022, la Corte d'Appello dell'11° Circuito ha ritenuto incostituzionale un'analoga disposizione della Florida nel maggio 2022. In queste circostanze, sembra probabile una sentenza chiarificatrice da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti nel prossimo futuro.

Nell'estate del 2023, la Corte Suprema degli Stati Uniti non ha fornito una risposta definitiva a questioni relative all'ordinamento algoritmico e alla raccomandazione di post basati sulla cronologia delle ricerche e delle visualizzazioni sulle piattaforme di social media. In due casi, i ricorrenti hanno accusato diverse piattaforme di social media di suggerire ai propri utenti contenuti basati sulle ricerche passate attraverso l'**algoritmo** utilizzato, promuovendo e sostenendo così il terrorismo. A questo proposito, il tribunale nella causa *Twitter, Inc. contro Taamneh* ha ritenuto che gli atti di raccomandazione e smistamento da parte delle grandi piattaforme non avessero la qualità e l'intensità del favoritismo richiesto dalla legge e che pertanto le piattaforme non potessero essere ritenute responsabili nel caso di specie. A causa della mancanza di una motivazione circostanziata, il caso *Gonzalez* è stato rinviato al tribunale di primo grado con l'istruzione di applicare al caso il ragionamento di *Twitter, Inc.* Di conseguenza, è rimasta aperta l'intrigante questione sollevata nella causa *Gonzalez v. Google*, ovvero se i fornitori delle piattaforme debbano rispettare determinati obblighi nella progettazione dei feed e delle raccomandazioni algoritmiche e, in relazione a ciò, se la creazione di un feed costituisca “solo” un'offerta di contenuti di terzi o se ad essa sia collegato un atto di espressione. 83

Inoltre, non è ancora del tutto chiaro se - e, in caso affermativo, come - lo stretto legame tra il **potere economico** dei pochi grandi gestori di piattaforme e il loro altrettanto importante potere o sovranità sugli spazi di comunicazione e quindi sui contenuti della comunicazione debba essere trattato giuridicamente dal punto di vista del diritto della comunicazione di base. Lo stesso vale per la questione dell'imperatività o dell'eventuale necessità di una regolamentazione statale nell'affrontare l'ordinamento algoritmico dei contenuti della comunicazione o per la questione della misura in cui gli obblighi di etichettatura o i limiti massimi per i contributi alle dichiarazioni generate dalle macchine possano essere misure sensate. 84

Nell'affrontare queste questioni irrisolte, in generale sembra importante non dimenticare lo scopo di qualsiasi (futuro) modello normativo. Gli approcci 85

appropriati dovrebbero salvaguardare i processi e le strutture di comunicazione rilevanti, garantendo così le funzioni individuali e sociali della libertà di espressione. Questo scopo normativo può essere utilizzato anche per formulare **requisiti** su come questi **approcci normativi** dovrebbero o non dovrebbero essere progettati.

86 A mio avviso, sarebbe inammissibile obbligare i fornitori di piattaforme a cancellare o moderare in altro modo le "**informazioni false**". Un tale obbligo di intervenire contro le "false" affermazioni sarebbe in contraddizione con una delle idee centrali della libertà di espressione, secondo la quale i mezzi contro le affermazioni false e dannose non sono divieti, ma contro-discorsi e, di conseguenza, una "polizia della verità" statale è accolta con grande diffidenza. Per queste ragioni, un simile obbligo di etichettatura può essere giustificato in situazioni specifiche - ad esempio nel delicato contesto che precede le elezioni e le votazioni - ma un simile obbligo non sarebbe considerato ammissibile come obbligo generale.

87 Sulla base di considerazioni analoghe, un **obbligo di indicazione chiara del nome** per le interazioni sui social network, ad esempio, può inizialmente sembrare ragionevole come misura contro le dichiarazioni (spesso anonime) infiammatorie, diffamatorie o simili "dannose". Tuttavia, un tale obbligo (prima ancora di affrontare la questione dell'attuazione e dell'applicazione) sarebbe in contraddizione con l'idea che la libertà di espressione protegge anche il diritto di fare dichiarazioni anonime.

## III. LIBERTÀ DI INFORMAZIONE (ART. 16 CPV. 1 E 3 COST.)

### A. Libertà di informazione attiva e passiva

88 Oltre alla libertà di espressione, l'art. 16 cpv. 1 Cost. tutela la **libertà di informazione** e - concretizzato nel cpv. 3 della stessa disposizione - garantisce a ogni persona il diritto di ricevere liberamente informazioni e di ottenerle e diffonderle da fonti generalmente accessibili.

89 La libertà di informazione così formulata garantisce, da un lato, la **libertà passiva di informazione** (nota anche come libertà di ricezione) e quindi tutela il diritto dell'individuo a ricevere informazioni senza interferenze da parte dello Stato.

D'altra parte, l'art. 16 cpv. 1 e 3 Cost. protegge anche la **libertà attiva di informazione** e quindi il diritto di accesso alle informazioni dello Stato. Tuttavia, secondo il cpv. 3 della disposizione, questo aspetto attivo del diritto fondamentale è limitato alle informazioni "provenienti da fonti generalmente accessibili". La formulazione della Costituzione conferma quindi la vecchia giurisprudenza della Corte Suprema Federale, secondo la quale la libertà di informazione non stabilisce un obbligo statale "che le autorità debbano fornire informazioni sulle loro attività" e limita quindi il diritto di accesso a "fonti generalmente accessibili". Il Tribunale federale ha mantenuto questo principio fino ad oggi. 90

Le fonti considerate generalmente accessibili sono determinate principalmente da semplici **norme di legge**. Ad esempio, alcuni registri, le audizioni parlamentari (in linea di principio) o le udienze pubbliche sono considerate generalmente accessibili, ma non, ad esempio, la procedura di co-relazione o le delibere delle commissioni parlamentari. La Costituzione lascia quindi (ancora) al legislatore la concretizzazione di questo aspetto della libertà attiva di informazione. 91

## B. Principio della natura pubblica dell'amministrazione

In realtà, la restrizione alle fonti generalmente accessibili a livello federale è stata fortemente ridimensionata dal 2006 dalla **Legge federale sull'informazione pubblica** (LTras): Con l'entrata in vigore della legge nel 2006, il passaggio dal principio di segretezza al principio di pubblicità dell'amministrazione è stato completato a livello legislativo federale. Oggi, l'art. 6 cpv. 1 della legge federale sulla libertà d'informazione garantisce a ogni persona il diritto di consultare i documenti ufficiali e di ottenere dalle autorità informazioni sul contenuto dei documenti ufficiali. Questo diritto di accesso non dipende dall'esistenza di un interesse specifico all'ispezione, ma è garantito "incondizionatamente". Sebbene il diritto non sia assoluto, ma possa essere limitato in singoli casi in presenza di interessi privati o pubblici contrastanti in materia di riservatezza, la legge federale sulla libertà d'informazione stabilisce il principio che le informazioni provenienti da tutte le autorità che rientrano nel campo di applicazione della legge sono in linea di principio accessibili al pubblico. 92

Mentre in precedenza l'accesso ai documenti ufficiali era "generalmente a **pagamento** ' ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 LTras, dal novembre 2023 la 93

disposizione rivista stabilisce che 'nei procedimenti per l'accesso ai documenti ufficiali non viene riscosso alcun diritto [...]". Questo passaggio dal principio dell'obbligatorietà delle tasse al principio dell'assenza di tasse è da accogliere con favore.

94 Anche a **livello cantonale**, negli ultimi anni si è assistito a un costante sviluppo verso l'ancoraggio del principio della pubblica amministrazione. Oggi, la stragrande maggioranza dei Cantoni garantisce il principio dell'accesso pubblico e quindi il diritto di accesso alle informazioni amministrative ufficiali senza alcuna precondizione nella Costituzione cantonale o sancisce tale diritto nella legge.

95 Un'evoluzione verso la fondamentale natura pubblica delle informazioni ufficiali come parte della libertà di informazione può essere osservata anche nel **diritto internazionale**: Nella recente giurisprudenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce in particolare un diritto fondamentale di accesso alle informazioni ufficiali come parte dell'articolo 10 della CEDU. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il prerequisito per un diritto di accesso alle informazioni ufficiali è che l'accesso alle informazioni sia una condizione necessaria per l'esercizio della libertà di espressione o della libertà di stampa. In particolare, si può parlare di diritto di accesso se l'informazione richiesta serve un interesse pubblico o riguarda un argomento di interesse sociale, se il richiedente ha una funzione di controllo sociale e se l'informazione richiesta è già disponibile e facilmente accessibile.

## C. Ulteriori sviluppi della libertà di informazione attiva?

96 Alla luce degli sviluppi degli ultimi anni e decenni descritti nei nn. 92-95, è discutibile se limitare la libertà attiva di informazione all'accesso a "fonti generalmente accessibili" sia ancora sostenibile oggi. È piuttosto necessario un **ulteriore sviluppo della libertà di informazione** ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 e 3 Cost. I recenti sviluppi suggeriscono una concezione della libertà d'informazione secondo la quale la formulazione dell'art. 16 cpv. 3 Cost. esprime solo un aspetto della libertà d'informazione, ma il diritto odierno - derivato dall'art. 16 cpv. 1 Cost. - dovrebbe essere inteso in modo più ampio, nel senso di un diritto fondamentale di accesso alle informazioni ufficiali, indipendentemente dal fatto che queste siano considerate generalmente accessibili o meno. In concreto, ciò significherebbe che il diritto di accesso alle informazioni ufficiali, costituzionalmente protetto, si estenderebbe in

linea di principio a tutte le informazioni ufficiali e non sarebbe più limitato alle informazioni classificate come accessibili al pubblico dal legislatore - ciò varrebbe in particolare per quei Cantoni che attualmente non applicano il principio dell'accesso pubblico. Inoltre, le restrizioni al diritto di accesso a livello legislativo o in singoli casi specifici dovrebbero essere giustificate da un interesse prevalente ed essere proporzionate. Resta da vedere se e in che misura il Tribunale federale intraprenderà un ulteriore sviluppo della libertà di informazione e del diritto legale ai sensi della legge sulla libertà di informazione e delle relative disposizioni cantonali nei prossimi anni.

*Informazioni sull'autore*

*La prof.ssa Raphaela Cueni, LL.M., è professore aggiunto di diritto amministrativo presso l'Università di San Gallo. Da diversi anni si occupa di questioni legali nell'ambito dei diritti fondamentali della comunicazione. Contatto: raphaela.cueni@unisg.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Basel 2011.

Blasi Vincent, The Checking Value in First Amendment Theory, in: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, 3 (1977), S. 521 ff.

Bollinger Lee C., The Tolerant Society, Oxford 1986.

Bollinger Lee C./Stone Geoffrey R. (Hrsg.), Social Media, Freedom of Speech and the Future of our Democracy, New York 2022.

Garton Ash Timothy, Free Speech. Ten Principles for a Connected World, London 2016.

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

Kosseff Jeff, Liar in a Crowded Theater: Freedom of Speech in a World of Misinformation, Baltimore 2023.

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004.

Schauer Frederick, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge 1982.

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faulty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff.

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver / Hertig Maya / Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Sunstein Cass R., Democracy and the Problem of Free Speech, New York 1993.

Sunstein Cass R., Why Societies Need Dissent, Cambridge (MA) 2003.

## BIBLIOGRAFIA

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit – Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, in: RuZ 3 (2021), S. 194 ff. (zit. Ammann, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit).

Amstutz Kathrin, Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Bern 2002 (zit. Amstutz, Existenzsicherung).

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. ...).

Augsberg Ino/Petras Maximilian, Deplatforming als Grundrechtsproblem. Die Sperrung durch soziale Netzwerke, in: JuS 2022, S. 97 ff. (zit.: Augsberg/Petras, Deplatforming als Grundrechtsproblem).

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. Barrelet/Werly, Droit de la communication).

Bacher Bettina, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015 (zit. Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz).

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten. Begründungsmodelle der korporativen Menschenrechtsträgerschaft, Berlin 2017 (zit. Baldegger, Menschenrechtsschutz).

Berka Walter, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, 6. Aufl., Wien 2016 (zit. Berka, Verfassungsrecht).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... BV N. ...).

Blasi Vincent, The Checking Value in First Amendment Theory, in: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, 3 (1977), S. 521 ff. (zit. Blasi, The Checking Value).

Blasi Vincent, Free Speech and Good Character: From Milton to Brandeis to the Present, in: Bollinger Lee C. / Stone Geoffrey (Hrsg.), Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era, Chicago/London 2002 (zit. Blasi, Free Speech and Good Character).

Bollinger Lee C., The Tolerant Society, Oxford 1986 (zit. Bollinger, The Tolerant Society).

Bollinger Lee C., Uninhibited, Robust, and Wide-Open. A Free Press for a New Century, Oxford 2010 (zit. Bollinger, Uninhibited, Robust, and Wide-Open).

Braam Laura, Die anonyme Meinungsäusserung – rechtliche Bewertung einer internettypischen Kommunikationsform. Zum Spannungsverhältnis zwischen anonymen Äusserungen und Persönlichkeitsrechten, Berlin 2015 (zit. Braam, Die anonyme Meinungsäusserung).

Breunig Christian, Kommunikationsfreiheiten. Ein internationaler Vergleich, Konstanz 1994 (zit. Breunig, Kommunikationsfreiheiten).

Buyse Antoine, Contested Contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective. Articles 10 and 17 ECHR, in: Eva Brems/ Janneke Gerards (Hrsg.), Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, Cambridge 2013, 183 ff. (zit. Buyse, Contested Contours)

Cannie Hannes/Voorhoof Dirk, The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention. An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/1 (2011), S. 54 ff. (zit. Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause).

Chiariello Elisabeth, Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte. Das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten (EGMR, EuGH), Dike 2009 (zit. Chiariello, Der Richter als Verfassungsgeber?).

Clayton Richard/Tomlinson Hugh, The Law of Human Rights, 2. Aufl., Oxford 2009 (zit. Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights).

Cottier Bertil, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Martenet Vincent / Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Cottier, Art. 16 N. ...).

Cottier Bertil, Le droit d'accès aux documents officiels, in: Métille Sylvain (Hrsg.), Le droit d'accès, Bern 2021 (zit. Cottier, Le droit d'accès aux documents officiels).

Cueni Raphaela, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes. Überlegungen zur Revision von Art. 17 BGÖ, in: Recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2 (2023), S. 57 ff. (zit. Cueni, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes).

Cueni Raphaela, EGMR Lacatus gegen die Schweiz vom 19.1.2021, in: Jusletter vom 19.4.2021 (zit. Cueni, EGMR Lacatus v. Schweiz).

Cueni Raphaela, Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz, in: ex ante 1 (2019), S. 3 ff. (zit. Cueni, Falschinformationen).

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Zürich St./Gallen 2019 (zit. Cueni, Satire).

Currie Ian, Freedom of expression and association, in: Tushnet Mark/Fleiner Thomas/Saunders Cheryl (Hrsg.), Routledge Handbook of Constitutional Law, Abingdon 2013 (zit. Currie, Freedom of expression and association).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Vol. II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Dubey, Droits fondamentaux).

Dubey Jacques/Di Cicco Domenico, Kommentierung zu Art. 33 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR- Dubey/Di Cicco, N. ...).

Dumermuth Martin, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG. Besprechung von BGE 149 I 2, in: AJP/PJA 9 (2023), S. 1042 ff. (zit. Dumermuth, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG).

Errass Christoph/Rechsteiner David, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Errass/Rechsteiner, Art. 17 N. ...).

Flückiger Alexandre/Junod Valérie, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH. Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse, in: Jusletter vom 27.2.2017 (zit. Flückiger/Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations).

Garton Ash Timothy, Free Speech. Ten Principles for a Connected World, London 2016 (zit. Garton Ash, Free Speech).

Glaeser Edward/Sunstein Cass R., Does More Speech Correct Falsehoods?, in: The Journal of Legal Studies, 1 (2014), S. 65 ff. (zit. Glaeser/Sunstein, Does More Speech Correct Falsehoods?).

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § ... N. ...).

Greenawalt Kent, Free Speech Justifications, in: Columbia Law Review, 89 (1989), S. 191 ff. (zit. Greenawalt, Free Speech Justifications).

Grisel Etienne, Droits fondamentaux. Libertés idéales, Bern 2008 (zit. Grisel, Droits fondamentaux).

Grote Rainer/Wenzel Nicola, Kapitel 18: Meinungsfreiheit, in: Dörr Oliver/Grote Rainer/Marauhn Thilo (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl., Tübingen 2022 (zit. Grote/Wenzel, EMRK/GG KK, Kap. 18 N. ...).

Guillén-Nieto Victoria, Hate Speech. Linguistic Perspectives, Berlin/Boston 2023 (zit. Guillén-Nieto, Hate Speech).

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht).

Harris David J./O'Boyle Michael/Bates Ed P./Buckley Carla M. (Hrsg.), Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., New York 2023 (zit. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR).

Heer Markus, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private: unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. Heer, Ausserordentliche Nutzung).

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016 (zit. Heinze, Hate Speech).

Hertig Maya, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Hertig, Art. 16 N. ...).

Hertig Randall Maya, La responsabilité pénale des personnalités politiques pour les commentaires haineux publiés sur le mur de leur compte Facebook – un regard vers Lausanne et Strasbourg, in: sui generis #unbequem 2024, S. 123 ff. (zit. Hertig Randall, Responsabilité).

Hertig Randall Maya/Le Fort Olivia, L'interdiction de la mendicité revisitée, in: Plaidoyer 4 (2012), S. 34 ff. (zit. Hertig/Le Fort, L'interdiction de la mendicité revisitée).

Hoch Hilmar, Meinungsfreiheit, in: Kley Andreas/Vallender Klaus A., Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Schaan 2012, S. 195 ff. (zit. Hoch, Meinungsfreiheit).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 2012, S. 510 ff. (zit. Hoffmann-Riem, Regelungsstrukturen).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002 (zit. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten).

Jaag Tobias, «Preferred Freedoms» im schweizerischen Verfassungsrecht, in: Zen-Ruffinen Piermarco/Auer Andreas (Hrsg.), De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 355 ff. (zit. Jaag, Preferred Freedoms).

Junod Valérie, La liberté d'expression du whistleblower. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Guja c. Moldova, 12 février 2008, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 77 (2009), S. 227 ff. (zit. Junod, La liberté d'expression du whistleblower).

Kaiser Anna-Bettina, Kommentierung zu Art. 5 GG, in: Brosius-Gersdorf Frauke (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1–19), 4. Aufl., Tübingen 2023 (zit. GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. ...).

Kellner Anna, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, Baden-Baden 2019 (zit. Kellner, Meinungsmacht).

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011 (zit. Krüsi, Zensurverbot).

Lewke Christian, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit. Der dauernde Kampf um ein bewegtes Gut, in: MRM 1 (2018), S. 41 ff. (zit.: Lewke, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit).

Martenet Vincent/Zandirad David, Kommentierung zu Art. 15 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Martenet/Zandirad, Art. 15 N. ...).

Mahon Pascal, Droit constitutionnel. Droits fondamentaux, Band II, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. Mahon, Droit constitutionnel).

Mahon Pascal/Gonin Olivier, Kommentierung zu Art. 6 BGÖ, in: Brunner Stephan C./Mader Luzius (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar

Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008 (zit. Mahon/Gonin, HK BGÖ, Art. 6 BGÖ N. ...).

Mazziotti Di Celso Manlio/Salerno Giulio M., Manuale di diritto costituzionale, 2. Aufl., Padova 2003 (zit. Mazziotti Di Celso/Salerno, Manuale di diritto costituzionale).

Meiklejohn Alexander, Free Speech and its Relation to Self-Government, New York 1948, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 788 ff. (zit. Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self-Government).

Mélin-Soucramanien Ferdinand/Pactet Pierre, Droit constitutionnel, 39. Aufl., Paris 2021 (zit. Mélin-Soucramanien/Pactet, Droit constitutionnel).

Mill John Stuart, On Liberty, AUK Classics, bearbeitete Auflage mit einer Einleitung von W. L. Courtney, Luton 2014 (zit. Mill, On Liberty).

Milton John, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 52 ff. (zit. Milton, Areopagitica).

Moeckli Daniel, Bettelverbote: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, in: ZBl 11 (2010), S. 537 ff. (zit. Moeckli, Bettelverbote).

Mörsdorf Oliver, Beitragslöschungen und Kontosperrungen nach den «Hausregeln» sozialer Netzwerke, in: NJW 2021, S. 3158 ff.

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz).

Nussbaumer Katrin, Kommentierung zu Art. 17 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung. Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, Basel 2014 (zit. Nussbaumer, Kommentar ParlG, Art. 17 ParlG N. ...).

Öhlinger Theo/Eberhard Harald, Verfassungsrecht, 13. Aufl., Wien 2022 (zit. Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht).

Pahud de Mortanges René, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Pahud de Mortanges, Art. 15 N. ...).

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004 (zit. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit).

Pille Jens-Ullrich, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2016 (zit. Pille, Meinungsmacht).

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021 (zit. Piolino, Staatsunabhängigkeit).

Piolino Marina/Cueni Raphaela, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 6.1.2024 (OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. ...).

Rechsteiner David/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV- Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. ...).

Rose Jürgen, Soldat und Meinungsfreiheit. Die Bedeutung von Meinungs- und Pressefreiheit im Rahmen der Inneren Führung, in: Sicherheit und Frieden (S+F) 3 (1998), S. 178 ff. (zit. Rose, Soldat und Meinungsfreiheit).

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit, Basel 2020 (zit. Rüegger, Kunstfreiheit).

Saxer Urs/Kollenberg Roman, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge. Medienregulierung auf konstitutionellen Abwegen, in: Verfassungsblog vom 20.10.2022 (zit. Saxer/Kollenberg, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge).

Schabas William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., Kehl 2019 (zit. Schabas, CCPR Commentary).

Schaub Lukas, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, in: ZBl 11 (2017), 583 ff. (zit. Schaub, Stimmpflicht).

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faulty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff. (zit. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment).

Schauer Frederick, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge 1982 (zit. Schauer, Free Speech).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. Schefer, Kerngehalte).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV. Der Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten, in: Jusletter vom 7.2.2022 (zit. Schefer/Cueni, Informationsfreiheit).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Handen des BAKOM, 7.7.2020 (verfügbar unter: https://bit.ly/3b0Jdbe) (zit. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel).

Schefer Markus/Looser Martin, Die Beeinträchtigung von Grundrechten (Art. 36 BV), in: ius.full 3 (2008), S. 82 ff. (zit. Schefer/Looser, Die Beeinträchtigung von Grundrechten).

Shiffrin Seana Valentine, A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech, in: 27 Constitutional Commentary (2011), S. 283 ff. (zit. Shiffrin, A Thinker-Based Approach).

Spescha Marc, Rechtsbruch und sozialer Wandel. über Ursachen und Wirkungen demonstrativer Normverletzungen im sozialen Konflikt und in

gesellschaftlichen Veränderungsprozessen, Berlin 1988 (zit.: Spescha, Rechtsbruch und sozialer Wandel).

Staben Julian, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments, Tübingen 2017 (zit.: Staben, Abschreckungseffekt).

Stone Adrienne, The comparative constitutional law of freedom of expression, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011 (zit. Stone, Freedom of expression).

Struth Anna Katharina, Hassrede und Freiheit der Meinungsäusserung, Heidelberg 2019.

Sunstein Cass R., Why Societies Need Dissent, Cambridge (MA) 2003 (zit. Sunstein, Why Societies Need Dissent).

Thurnherr Daniela, Kommentierung zu Art. 162 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Thurnherr, Art. 162 N. ...).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Tschannen/Müller/Kern, Verwaltungsrecht).

van Dijk Peter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., Cambridge 2018 (zit. van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR).

Volokh Eugene/Falk Richard M., Google First Amendment Protection for Search Engine Search Results, in: The Journal of Law, Economics & Policy 2012, S. 883 ff. (zit. Volokh/Falk, Google First Amendment Protection).

Williams Susan H., Free Speech and Autonomy: Thinkers, Storytellers, and a Systemic Approach to Speech, in: 27 Constitutional Commentary 2011, S. 399 ff. (zit. Williams, Free Speech and Autonomy).

Wu Tim, Machine Speech, in: University of Pennsylvania Law Review 2013, S. 1495 ff. (zit. Wu, Machine Speech).

Zelezny John D., Communications Law. Liberties, Restraints, and the Modern Media, 4. Aufl., Belmont 2004 (zit. Zelezny, Communications Law).

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich: Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Zürich/Basel/Genf 2020 (Zumsteg, Demonstrationen).

Zumsteg Patrice Martin, Kommentierung zu Art. 22 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 8.9.2023 (OK-Zumsteg zu Art. 22 BV, N. ...).

## I MATERIALI

Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2.3.1992, BBl 1992 II 269 ff. (zit. Botschaft Art. 261$^{bis}$ StGB).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12.2.2003, BBl 2003 1963 ff. (zit. Botschaft BGÖ).

Europäischer Gerichthof für Menschenrechte, Guide on Article 10 of the European Convention of Human Rights. Freedom of Expression. Updated on 28 February 2023 (zit. ECHR, Case Law Guide Art. 10, Rz. ...).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 17 Cost.

Un commentario di Marina Piolino / Raphaela Cueni

CITAZIONE SUGGERITA

Marina Piolino/Raphaela Cueni, Commentario all'art. 17 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Piolino/Cueni, Art. 17 Cost. N. XX.

**Art. 17 Libertà dei media**

[1] La libertà della stampa, della radio e della televisione nonché di altre forme di telediffusione pubblica di produzioni e informazioni è garantita.

[2] La censura è vietata.

[3] Il segreto redazionale è garantito.

# STRUTTURA

I. Informazioni generali ..... 237
A. Storia (origine) ..... 237
B. Garanzie di diritto internazionale e riferimenti di diritto comparato ..... 238
C. Significato e funzione della libertà dei media ..... 239
II. Libertà dei media (cpv. 1) ..... 240
A. Ambito materiale di protezione ..... 240
1. Definizione di media nel contesto della libertà dei media ..... 240
2. Affermazioni protette e contenuti parziali ..... 242
a. Protezione del contenuto dei media e protezione degli aspetti istituzionali ..... 242
b. Rivendicazioni individuali e contenuti parziali (dimensione soggettivo-giuridica) ..... 243
c. Dimensione oggettivo-giuridica della libertà dei media ..... 245
B. Ambito di protezione personale ..... 247
C. Restrizioni ..... 249
1. Valutazione ai sensi dell'art. 36 Cost. ..... 250
a. Base giuridica (Art. 36 cpv. 1 Cost.) ..... 250
b. Interesse pubblico (art. 36 cpv. 2 Cost.) ..... 251
c. Proporzionalità (Art. 36 cpv. 3 Cost.) ..... 251
2. Restrizioni al contenuto della libertà dei media ..... 253
3. Gli obblighi di diffusione come caso particolare di restrizione dei contenuti 257
4. Restrizioni alle attività di ricerca e alla forma di presentazione ..... 259
5. Restrizioni alla distribuzione e alla diffusione dei prodotti mediatici ..... 259
6. Restrizioni attraverso misure strutturali e organizzative ..... 260
a. Restrizioni all'accesso al mercato sotto forma di obblighi di autorizzazione o licenza ..... 260
b. Fornitura di base di servizi mediatici (servizio pubblico) e forme di finanziamento statale dei media ..... 262
III. Divieto di censura (cpv. 2 Cost.) ..... 263
A. Concetto di censura ..... 263
B. Esempi critici ..... 265
C. Stato di emergenza ..... 266
D. Il principio dell'indipendenza dello Stato ..... 266
IV. Segreto editoriale (cpv. 3) ..... 269
A. Significato e origine ..... 269
B. Ambito materiale di tutela ..... 270
C. Ambito personale di tutela ..... 271
D. Limitazioni al segreto editoriale ..... 271
Letture consigliate ..... 272
Bibliografia ..... 273

I materiali..... 282

# I. INFORMAZIONI GENERALI

## A. Storia (origine)

1 La libertà dei media è nata come reazione alle forme di censura dei contenuti della comunicazione (cfr. sul divieto di censura N. 76 ss.). Dopo l'invenzione della stampa, queste furono praticate sia dalla Chiesa che dallo Stato dal XVI al XIX secolo. L'antenato della libertà dei media è la libertà di stampa, poiché per secoli non c'è stato altro mezzo di comunicazione di massa che la stampa. In Svizzera, la libertà di stampa è stata garantita per la prima volta nella Costituzione elvetica del 12 aprile 1798. Dopo la reintroduzione della censura pochi mesi dopo da parte del governo elvetico a causa delle critiche mosse allo Stato francese, i Cantoni iniziarono ad abolire la censura e a garantire nuovamente la libertà di stampa nelle loro costituzioni solo durante il periodo della rigenerazione (1830-1848).

2 A causa della diffidenza dei cantoni conservatori, nel 1848 la libertà di stampa fu inserita nella neonata Costituzione federale come "diritto federale fondamentale della prima ora". La protezione di altri tipi di media e di altre espressioni di opinione non era originariamente prevista nella Costituzione federale. La garanzia della libertà di stampa è rimasta in vigore per oltre 150 anni, fino alla revisione totale della Costituzione federale alla fine del XX secolo, quando è stata trasformata nella libertà dei media che si applica oggi.

3 Il progetto di Costituzione del 1996 elencava ancora la "libertà di stampa, radio e televisione" come un aspetto della libertà di opinione, di informazione e dei media (art. 14 VE 1996). L'inclusione esplicita della radio e della televisione nella libertà dei media è stata fatta con riferimento alla giurisprudenza sull'art. 10 CEDU, secondo cui anche la radio e la televisione rientrano nell'ambito di protezione dell'art. 10 CEDU e quindi godono della tutela dei diritti fondamentali. Alla luce dell'importanza sociale dei media (cfr. n. 8), il Parlamento ha infine creato una disposizione separata per la libertà dei media nell'art. 17 della Cost. e, come l'art. 93 della Cost. (radio e televisione), l'ha estesa ad "altre forme di diffusione pubblica di spettacoli e informazioni mediante telecomunicazioni" (cfr. anche n. 14 su questo termine). In questo modo si è voluto mantenere il campo di applicazione dell'art. 17 Cost. aperto agli sviluppi futuri di nuove forme di media. Il Parlamento ha inoltre aggiunto il divieto di censura e di segreto editoriale. L'articolo 17 della Costituzione

federale, tuttora invariato, è stato così incorporato nella nuova Costituzione federale, entrata in vigore nel 2000.

L'art. 17 della Costituzione federale è strettamente legato all'art. 93 della Costituzione federale, che è stato incorporato nella Costituzione federale nel 1984 come base costituzionale per il regime di licenze radiotelevisive in vigore dagli anni Venti. A differenza della stampa, l'emittenza radiotelevisiva è stata a lungo caratterizzata da canali di distribuzione limitati (scarsità di frequenze) e da elevati requisiti finanziari. Per questo motivo, l'emittenza radiotelevisiva è stata organizzata esclusivamente come monopolio di Stato sui servizi di base, al fine di garantire un'ampia gamma di servizi a tutta la popolazione fino alla liberalizzazione del mercato nel 2006 (cfr. n. 29 e 73). Il settore della stampa, invece, è stato a lungo caratterizzato da una situazione di concorrenza con un gran numero di offerte diverse, per cui l'adozione di misure statali per garantire la diversità è passata in secondo piano rispetto al settore radiotelevisivo (si veda, tuttavia, il n. 31 sull'attuale cambiamento strutturale dell'intero panorama mediatico). 4

## B. Garanzie di diritto internazionale e riferimenti di diritto comparato

Le garanzie del diritto internazionale sono vincolanti anche per la comprensione e l'interpretazione della libertà dei media ai sensi dell'art. 17 Cost. e devono quindi essere rispettate. Ad esempio, l'art. 10 CEDU e gli artt. 19 e seguenti del Patto delle Nazioni Unite II tutelano le dichiarazioni nei media e le attività dei media. A differenza della Costituzione federale, tuttavia, questi non sanciscono la libertà dei media come garanzia standardizzata indipendente, ma la assicurano come parte delle garanzie globali dei diritti fondamentali di comunicazione. 5

Nella giurisprudenza svizzera sulla libertà dei media, l'art. 10 CEDU è particolarmente importante. Data l'importanza essenziale della libertà dei media per la democrazia, la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) riconosce una protezione particolarmente rigorosa alle dichiarazioni dei media e ai professionisti dei media: In questo modo, ha costantemente affermato che, sebbene i media non possano superare determinati limiti, è loro dovere diffondere informazioni e idee di interesse pubblico. In questo contesto, si sottolinea che il margine di giudizio degli Stati per quanto riguarda la restrizione di (tali) dichiarazioni di interesse pubblico è 6

fondamentalmente ridotto. La Corte riconosce inoltre che l'art. 10 CEDU non si limita a obbligare gli Stati ad astenersi dall'interferire con i diritti fondamentali, ma stabilisce anche obblighi positivi di tutela delle garanzie (cfr. infra, n. 18, 22 e segg.). Con la sua giurisprudenza differenziata e l'alto livello di protezione sviluppato per le dichiarazioni dei media, la giurisprudenza sull'art. 10 CEDU è quindi estremamente rilevante anche nella pratica per l'interpretazione dell'art. 17 Cost.

7 Un'analisi giuridica comparata rivela che diritti fondamentali specifici relativi alla libertà dei media o alla libertà di stampa sono sanciti anche in altre costituzioni: Si pensi, ad esempio, alla libertà di stampa e di radiodiffusione garantita dall'art. 5 cpv. 1 frase 2 GG (Germania) e al divieto di censura sancito dall'art. 5 cpv. 3 GG. Una garanzia esplicita della libertà di stampa si trova anche, ad esempio, nel Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Oltre alle costituzioni con varie garanzie esplicite sulla libertà dei media e della stampa, altre costituzioni riconoscono la libertà dei media attraverso la giurisprudenza come parte di garanzie più generali per la protezione dei diritti fondamentali della comunicazione.

## C. Significato e funzione della libertà dei media

8 La libertà dei media prevede una protezione speciale per le dichiarazioni fatte da o attraverso i media (di massa) rispetto alla libertà di espressione (art. 16 Cost.). Questa protezione specifica è espressione della particolare importanza dei media e della comunicazione basata sui media in una società democratica. Elaborando e comunicando informazioni di vario tipo, i media dovrebbero consentire al pubblico di formarsi liberamente un'opinione su vari argomenti di interesse pubblico (funzione di formazione dell'opinione). Garantendo un flusso libero di notizie e un libero scambio di opinioni, la libertà dei media svolge quindi un ruolo chiave nella formazione dell'opinione pubblica e ha un'importante valenza sociale e politica. Con questa concezione dei mezzi di comunicazione di massa come anello di comunicazione tra la popolazione e lo Stato, la libertà dei media svolge anche una funzione particolare come strumento di controllo del potere politico e sociale. Pertanto, la Corte europea dei diritti dell'uomo e (seguendo la sua giurisprudenza) il Tribunale federale riconoscono il ruolo dei media come "cani da guardia" in una società democratica (si veda più dettagliatamente il paragrafo 9 e seguenti sul concetto di media).

# II. LIBERTÀ DEI MEDIA (CPV. 1)

## A. Ambito materiale di protezione

### 1. Definizione di media nel contesto della libertà dei media

Nella sua giurisprudenza sull'art. 10 della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo basa la definizione dei media sulla loro funzione di osservatori pubblici (cfr. sul significato e la funzione della libertà dei media n. 8). Nell'ambito di questo approccio funzionale, la Corte accorda una maggiore protezione in particolare ai contributi che sono diretti al pubblico e trattano argomenti di interesse pubblico. Per molto tempo, la Corte ha concesso uno standard di protezione più elevato solo ai contributi preparati secondo criteri di diligenza giornalistica professionale. Sulla scia della crescente importanza di Internet, la Corte europea dei diritti dell'uomo ammette sempre più spesso che i contributi non giornalistici possano beneficiare della protezione rafforzata prevista dall'art. 10 della CEDU, a condizione che contribuiscano a un dibattito di interesse pubblico e siano stati preparati con ragionevole diligenza, come ad esempio le informazioni fornite da una ONG su un sito web o le dichiarazioni rilasciate da un blogger su un forum su Internet. Nel contesto del diritto di accesso alle informazioni ufficiali, la Corte ha anche stabilito che gli utenti dei social media più popolari svolgono anche funzioni di vigilanza pubblica e possono quindi beneficiare di una maggiore protezione. Ciononostante, la Corte europea dei diritti dell'uomo continua a sottolineare l'importanza di rispettare i doveri di diligenza professionale del giornalismo, in particolare alla luce della marea di informazioni disponibili su Internet. 9

Il Tribunale federale intende il termine "media" ai sensi dell'art. 17 della Cost. come espressioni di opinione pubbliche, tecnicamente diffuse e di contenuto non materiale. Di conseguenza, la dichiarazione deve essere diretta a un gruppo indefinito di destinatari. Inoltre, la dichiarazione pubblica deve essere memorizzata e trasmessa con mezzi tecnici. Ciò significa che, in linea di principio, anche le informazioni diffuse pubblicamente su Internet sono protette dalla libertà dei media. Per quanto riguarda la comunicazione attraverso i social media, a volte è necessario chiedersi se l'espressione di opinione sia diretta a un gruppo indeterminato di destinatari. In considerazione delle diverse motivazioni degli utenti dei social media, questa 10

domanda deve essere sempre valutata caso per caso. Inoltre, l'informazione pubblica deve contenere contenuti che formino un'opinione o un ideale. Secondo la prassi dei tribunali federali (in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), invece, i diritti fondamentali della comunicazione non sono rilevanti per i contenuti prevalentemente commerciali, ma piuttosto per la libertà economica, che offre una protezione minore (art. 27 Cost.).

11 È discutibile in che misura la protezione offerta dall'art. 17 Cost. presupponga l'osservanza dei doveri di diligenza professionale giornalistica. Nel contesto dell'accreditamento dei professionisti dei media, il Tribunale federale ha dichiarato costituzionale la limitazione giuridica del termine "media" ai mezzi di comunicazione giornalistici e ha fatto riferimento all'applicazione dei doveri etici professionali adottati dal Consiglio svizzero della stampa, l'organo di autoregolamentazione per le questioni di etica dei media. Nella sua prassi più recente, il Tribunale federale ha cercato di definire più chiaramente la libertà dei media in vista della digitalizzazione. Ad esempio, non concede ai non giornalisti alcuna protezione nell'ambito della libertà dei media per quanto riguarda l'accesso alle informazioni ufficiali o la giustificazione delle violazioni dei diritti della personalità. Alcuni studiosi sono anche favorevoli a limitare la libertà dei media ai contributi giornalistici. Se gli argomenti di interesse pubblico sono trattati nel contesto di dichiarazioni non giornalistiche - ad esempio da parte di ONG - Zeller/Kiener, ad esempio, sono favorevoli alla concessione selettiva di una protezione comparativamente maggiore nel contesto della libertà di espressione e di informazione. A nostro avviso, questo punto di vista dovrebbe essere condiviso.

12 Infine, alcuni autori ritengono che solo le attività giornalistiche di una certa continuità dovrebbero essere protette dalla libertà dei media. Ciò è giustificato dal fatto che i media necessitano di una struttura organizzativa minima pensata per il lungo periodo e che richiede le risorse corrispondenti per poter svolgere efficacemente le loro funzioni speciali. A nostro avviso, è discutibile se questo criterio, a causa del suo ostacolo relativamente alto, costituisca un elemento costitutivo del concetto di media ai sensi dell'art. 17 Cost. o se non debba piuttosto essere considerato come un principio guida per la categorizzazione di un contributo mediatico nell'ambito della libertà dei media.

In sintesi, si può affermare che anche il diritto costituzionale svizzero ha una concezione funzionale dei media nel contesto della libertà di comunicazione che si avvicina alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una maggiore protezione, sia nel contesto della libertà dei media che in quello della libertà di opinione e di informazione, deve essere garantita alla comunicazione pubblica di contenuti che formano l'opinione e che svolgono una funzione di formazione e controllo dell'opinione essenziale per la democrazia. Questo è in particolare il caso dei contributi giornalistici che vengono diffusi nell'ambito di una certa struttura organizzativa. 13

## 2. Affermazioni protette e contenuti parziali

### a. Protezione del contenuto dei media e protezione degli aspetti istituzionali

La libertà dei media comprende sia un aspetto legato ai contenuti sia un aspetto istituzionale o organizzativo. L'aspetto contenutistico è orientato a una protezione più intensa dei contenuti dei media (cfr. n. 9 e segg. sul concetto di media, cfr. n. 45 e segg. sugli effetti della protezione speciale nel contesto del test di proporzionalità). Questa protezione speciale è garantita indipendentemente dalla forma o dal tipo di supporto utilizzato per distribuire il contenuto dei media; in altre parole, l'art. 17 Cost. è tecnologicamente neutro. Mentre la stampa comprende tutte le forme di stampa, per radio e televisione si intende la distribuzione temporale o lineare di contenuti audio o audiovisivi. Attraverso la clausola generale e di sviluppo di "altre forme", l'art. 17 Cost. protegge allo stesso modo tutte le forme attuali e future di comunicazione pubblica distribuite attraverso le telecomunicazioni (cfr. n. 4 sopra). 14

L'aspetto istituzionale o organizzativo protegge i media in quanto istituzioni o organizzazioni e, in questo senso, le condizioni organizzative che sono inestricabilmente legate alla pubblicazione dei contenuti dei media e sono necessarie per l'effettivo svolgimento delle funzioni democratiche essenziali dei media (cfr. n. 8 sul significato e la funzione della libertà dei media). Ciò include l'intero processo di produzione di contenuti mediatici, dalla ricerca e dalla redazione alle attività di diffusione e archiviazione, ad esempio sotto forma di garanzia esplicita del segreto editoriale (art. 17 cpv. 3 Cost., cfr. n. 88 e segg.). La libertà istituzionale dei media comprende anche il requisito dell'indipendenza dei media dallo Stato. L'art. 10 CEDU garantisce anche le 15

condizioni organizzative da cui i media dipendono per svolgere le loro funzioni, come le operazioni dei media, le condizioni tecniche e l'organizzazione indipendente dallo Stato dei media. L'aspetto istituzionale della libertà dei media protegge tipicamente dall'influenza indiretta dello Stato sui contenuti dei media (cfr. n. 37).

### b. Rivendicazioni individuali e contenuti parziali (dimensione soggettivo-giuridica)

16 Nella sua dimensione soggettiva-giuridica, la libertà dei media protegge le posizioni giuridiche specifiche dei titolari di diritti fondamentali interessati e fornisce loro rivendicazioni giustiziabili. In questo caso, l'attenzione si concentra sulla protezione dei professionisti dei media dalle violazioni della libertà dei media, ad esempio attraverso il divieto di una pubblicazione imminente come parte di una misura provvisoria ai sensi degli artt. 261 e segg. CPC o la sanzione penale per una dichiarazione che viola l'onore o la privacy di una persona. Tuttavia, la libertà dei media protegge anche i professionisti dei media dall'essere ostacolati nelle loro attività di ricerca, ad esempio tenendoli lontani da determinati luoghi.

17 Di particolare rilevanza pratica è anche il segreto editoriale specificamente garantito dall'art. 17 cpv. 3 Cost. che, in particolare, garantisce ai professionisti dei media la protezione contro la divulgazione delle loro fonti di informazione (cfr. in dettaglio infra n. 88 e segg.).

18 La libertà dei media protegge inoltre i professionisti dei media nelle loro attività di ricerca. In questo contesto, la libertà dei media dà anche diritto a un'adeguata protezione da parte delle autorità competenti contro eventuali (imminenti) atti di violenza da parte di terzi.

19 In base all'art. 17 Cost. i professionisti dei media hanno anche il diritto di diffondere informazioni. Tutte le attività relative al trasporto, alla vendita e alla distribuzione di contenuti o prodotti mediatici sono quindi protette.

20 L'obbligo di notifica preventiva, autorizzazione o licenza per i prodotti mediatici è ammissibile solo a condizioni molto restrittive. Tale pratica rappresenta una grave violazione della libertà dei media, che può equivalere alla censura. Per le emittenti radiofoniche e televisive più strettamente regolamentate, invece, gli obblighi di notifica, autorizzazione e licenza sono considerati ammissibili nel quadro dell'art. 17 Cost. e dell'art. 10 CEDU (cfr. in

dettaglio il n. 72 s.; cfr. già il n. 4 sul settore radiotelevisivo più strettamente regolamentato).

21 La libertà dei media garantisce anche ai professionisti dei media il diritto di non dover "trasportare" informazioni da terzi, per cui le considerazioni a questo proposito sono particolarmente rilevanti nella pratica nel settore radiotelevisivo più strettamente regolamentato. Secondo la giurisprudenza consolidata, in linea di principio non esiste il cosiddetto "diritto all'antenna", ossia il diritto di terzi o dello Stato di richiedere alle emittenti di programmi di diffondere determinate informazioni (si veda anche N. 63 e seguenti per maggiori dettagli sulle eccezioni).

22 Tradizionalmente, la libertà dei media è stata intesa principalmente come un diritto fondamentale di difesa, che in linea di principio non conferisce alcun diritto a benefici e, in particolare, nessun diritto a misure di promozione dei media. Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina riconoscono anche specifici diritti di prestazione e partecipazione nel contesto della libertà dei media, sia per quanto riguarda l'accesso alle informazioni dello Stato (si veda il n. 23 e seguenti) sia per quanto riguarda l'accesso alle infrastrutture (esistenti). In questo contesto, vanno sottolineati gli specifici diritti di accesso dei professionisti dei media alle informazioni rilevanti.

23 Pertanto, la libertà dei media conferisce un diritto di accesso alle fonti statali che, secondo l'attuale giurisprudenza della Corte Suprema Federale, (probabilmente) va oltre i diritti di accesso garantiti dalla libertà di informazione ai sensi dell'art. 16 Cost. Le esigenze dei professionisti dei media sono prese in considerazione anche nella struttura della legge federale sulla libertà d'informazione. Ad esempio, l'art. 10 cpv. 4 lett. a LTras e l'art. 9 OTras obbligano le autorità a prendere in considerazione i media quando richiedono l'accesso a documenti ufficiali sulla base della legge citata. Dal 2014, l'art. 15 cpv. 4 OTras prevede in generale una riduzione del 50% delle tariffe applicate ai professionisti dei media.

24 In base all'art. 70 cpv. 3 del CPP, i professionisti dei media hanno anche diritti di accesso più ampi per la cronaca giudiziaria dei processi penali rispetto a quelli concessi al pubblico in generale ai sensi dell'art. 30 cpv. 3 Cost. e degli artt. 69 e ss. StPO (cfr. anche n. 26). CPP (si vedano anche i paragrafi 26, 56, 67 e seguenti). Ciò corrisponde all'importanza dei professionisti dei media come

organo di controllo dell'azione statale e al loro ruolo di cani da guardia e mediatori in questi procedimenti.

25 La libertà dei media non ha un effetto diretto orizzontale o di terzietà tra soggetti privati. Ciò significa che i professionisti dei media non possono invocare direttamente la libertà dei media contro l'influenza esercitata dall'editore, ad esempio (la cosiddetta "libertà dei media interna"). Piuttosto, le tensioni tra la libertà mediatica del personale editoriale, da un lato, e la libertà mediatica ed economica dell'editore come datore di lavoro, dall'altro, non devono essere risolte direttamente dal diritto costituzionale, ma dal diritto del lavoro (da interpretare in conformità alla Costituzione). Ciò significa che la libertà dei media dei professionisti dei media deve essere tenuta sufficientemente in considerazione nell'applicazione del diritto del lavoro pertinente (cfr. art. 35 cpv. 3 Cost.; cfr. infra, n. 27).

### c. Dimensione oggettivo-giuridica della libertà dei media

26 Nella sua dimensione oggettiva e giuridica, la libertà dei media obbliga lo Stato a prendere le misure necessarie per la sua realizzazione. Ciò deriva esplicitamente dall'art. 35 cpv. 1 Cost. secondo cui i diritti fondamentali devono essere applicati come norme fondamentali oggettive nell'intero sistema giuridico. Da un lato, lo Stato è quindi tenuto a legiferare in conformità con i diritti fondamentali, nell'ambito dei quali l'adempimento delle funzioni essenziali dei media è effettivamente reso possibile e non viene compromesso dagli sviluppi della realtà costituzionale. Ne sono un esempio il cosiddetto diritto penale dei media, che prevede una protezione privilegiata per le dichiarazioni dei media limitando la cerchia delle persone penalmente responsabili (art. 28 CP, art. 322 CP, art. 322bis CP), l'art. 322 CP, l'art. 323 CP. 322bis CP), l'art. 266 CPC (cfr. infra n. 57), o le già citate disposizioni dell'art. 10 comma 4 lett. a LTras, dell'art. 9 OTras e dell'art. 15 comma 4 LTras (cfr. anche supra n. 23), nonché l'art. 70 comma 3 CPC (cfr. anche supra n. 23).

27 D'altra parte, la libertà dei media si applica anche all'applicazione della legge e richiede che le autorità che applicano la legge interpretino le disposizioni giuridiche in conformità con i diritti fondamentali. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della libertà dei media, ciò vale in particolare per l'applicazione delle disposizioni che limitano la libertà dei media, come quelle del diritto civile e penale, della legge sul commercio equo e solidale o del diritto d'autore, in conformità con i diritti fondamentali (cfr. n. 53 e segg.).

Un esempio tipico della dimensione giuridico-oggettiva della libertà dei media è il requisito della diversità. Sebbene sia diventato particolarmente importante per il settore radiotelevisivo a causa di circostanze storiche (cfr. n. 4 sopra), esso si applica all'intero settore dei media. I media, infatti, devono essere in grado di trasmettere al pubblico il maggior numero possibile di argomenti e opinioni diverse per poter svolgere la loro funzione di formazione dell'opinione e di controllo. Lo Stato deve quindi garantire un ordine mediatico che si adoperi per la diversità dei media che rifletta la diversità delle opinioni. In una democrazia, esistono numerosi interessi e opinioni diverse che hanno fondamentalmente lo stesso valore. Si distingue tra diverse dimensioni della diversità. Al centro vi è la ricerca di una diversità di opinioni e di informazioni su questioni di interesse pubblico (diversità di contenuti). Questa diversità di contenuti può essere garantita da un gran numero di fornitori di media diversi con offerte individuali (pluralismo esterno). Inoltre, la diversità di contenuti può esistere anche all'interno di uno stesso fornitore di media (pluralismo interno). 28

Nel settore radiotelevisivo, la garanzia della diversità è esplicitamente prevista dal mandato di servizio universale o di servizio pubblico, ai sensi dell'art. 93 cpv. 2 Cost. Di conseguenza, la Confederazione ha la responsabilità di assicurare che il settore radiotelevisivo sia organizzato in modo tale da garantire al pubblico in modo ottimale la libertà di espressione e la diversità di opinioni. Il legislatore federale garantisce questo obiettivo trasferendo il mandato di servizio pubblico di cui all'art. 93 cpv. 2 Cost. alla Società svizzera di radiotelevisione (SRG) e prevedendo anche la concessione di cosiddette licenze con mandato di prestazione alle emittenti locali e regionali. Queste emittenti di servizio pubblico sono tenute a garantire la diversità dei contenuti in conformità con il requisito della diversità previsto dalla legge sulla radiodiffusione (pluralismo interno). Questo sistema si spiega storicamente con il fatto che il settore radiotelevisivo è stato caratterizzato per anni dall'esistenza di un numero ridotto di emittenti radiofoniche e televisive (cfr. n. 4 sopra). 29

A differenza del settore radiotelevisivo, il settore della stampa è stato a lungo caratterizzato dalla concorrenza tra diversi fornitori con offerte individuali. Il diritto di ciascun editore di determinare la tendenza contenutistica della propria offerta - la cosiddetta libertà di tendenza - costituisce una componente importante della libertà di stampa, in quanto controparte della 30

legge sulla stampa rispetto al requisito della diversità previsto dalla legge sulla radiodiffusione, e garantisce il pluralismo esterno nel settore della stampa. Finora questo pluralismo esterno è stato considerato una garanzia sufficiente della diversità dei contenuti in questo settore (cfr. n. 4). I tentativi di introdurre disposizioni costituzionali che avrebbero conferito alla Confederazione l'autorità di garantire la diversità e la politica dei media in tutti i generi sono già falliti più volte. Ciò significa che la Confederazione deve affidarsi ad altre norme di competenza per promuovere la diversità della stampa, come la competenza nel settore postale di ridurre le tariffe postali per la stampa.

31 L'intero panorama dei media sta subendo un cambiamento strutturale a causa della digitalizzazione. A causa dell'elevata portata dei cosiddetti intermediari dell'informazione, come i social media e i motori di ricerca, le entrate pubblicitarie si stanno spostando sempre più verso attori come Google e Meta in particolare (fino al 2021: Facebook). Inoltre, la disponibilità del pubblico a pagare per l'informazione giornalistica in Svizzera è costantemente bassa. Ciò significa che l'intero settore dei media giornalistici è sempre più caratterizzato da una mancanza di risorse, che rende più difficile lo svolgimento delle loro funzioni democratiche essenziali. Indipendentemente dal tipo di media, la situazione concorrenziale si sta quindi avvicinando a quella precedente nel settore radiotelevisivo (cfr. N. 4 e N. 29), in quanto più la varietà dei contenuti è elevata, meno è garantita da un gran numero di fornitori di media diversi. In linea con questi cambiamenti nel campo dei diritti fondamentali, riteniamo che la responsabilità dello Stato di adottare misure crossmediali per garantire la diversità sia destinata ad essere aggiornata. In considerazione della mancanza di risorse, le misure di sostegno finanziario sono in particolare al centro di questo processo (si veda il paragrafo sul sostegno statale ai media N. 74).

## B. Ambito di protezione personale

32 Tutte le persone fisiche e giuridiche coinvolte nella ricerca, produzione e distribuzione di contenuti mediatici possono invocare la libertà dei media, indipendentemente dalla loro nazionalità. Ciò significa che sia i professionisti dei media che le organizzazioni dei media sono protetti dalla libertà dei media. Anche gli ausiliari dei professionisti dei media, come i cameraman, sono coperti. A nostro avviso, i professionisti dei media devono almeno essere

guidati da regole professionali giornalistiche e dimostrare un certo grado di professionalità in questo senso (si veda il n. 9 e seguenti sul termine "media"). Di conseguenza, l'opinione secondo cui la scrittura di lettere al direttore o di commenti in blog o forum di discussione, ad esempio, non è un'attività di "creazione di media" i cui autori sono coperti dall'ambito di protezione personale dell'art. 17 Cost.

33 La tutela dei diritti fondamentali delle persone giuridiche nel contesto dell'adempimento di un compito pubblico è affermata dalla giurisprudenza prevalente se la persona giuridica serve direttamente e specificamente alla realizzazione dei diritti fondamentali in una funzione specifica. Per molto tempo, il Tribunale federale (analogamente ai Comuni) ha concesso alla SSR solo l'autonomia (di programma) garantita dall'art. 93 cpv. 3 Cost. nell'ambito del mandato di prestazioni definito per legge e quindi nessuna protezione ai sensi dei diritti fondamentali. Al contrario, una parte della dottrina ha sempre richiesto la protezione della SSR in base ai diritti fondamentali nell'adempimento del suo mandato pubblico, in quanto la SSR "deve svolgere una funzione essenziale per la libertà di espressione e di informazione [...] proprio a causa del suo mandato di programmazione". Nel frattempo, anche il Tribunale federale ha affermato la protezione della SSR ai sensi dell'art. 17 Cost. nell'adempimento del suo mandato di prestazione.

34 La misura in cui anche gli utenti dei media e il pubblico sono protetti dalla libertà dei media non è stata pienamente chiarita dalla dottrina. In ogni caso, il pubblico può invocare la libertà di informazione funzionalmente assegnata alla libertà dei media ai sensi dell'art. 16 cpv. 3 Cost. che talvolta garantisce l'accesso alle informazioni dei media senza interferenze statali. Tuttavia, rimane discutibile se l'interferenza con la libertà dei media - ad esempio l'influenza dello Stato su un giornale locale - costituisca sempre anche un'interferenza con la libertà di informazione degli utenti dei media (ad esempio, i lettori del giornale in questione) a causa di questa relazione funzionale. In ogni caso, l'individuo dovrebbe soddisfare il requisito della legittimazione a presentare un reclamo per far valere le violazioni dei diritti fondamentali in tribunale. Secondo la prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'art. 10 della CEDU, una persona non è autorizzata a denunciare una violazione della propria libertà di informazione a causa di un divieto statale su un giornale solo perché lo legge regolarmente, finché continua a esistere un'offerta mediatica sufficientemente diversificata. Di

conseguenza, a nostro avviso, un'invocazione della libertà dei media o della libertà d'informazione è almeno ipotizzabile se l'individuo non ha più accesso a un'offerta mediatica sufficientemente diversificata a causa di una misura statale restrittiva, per la quale è necessario prendere in considerazione le circostanze locali e regionali.

35 È probabile che l'ambito di tutela della libertà dei media comprenda anche le dichiarazioni generate (parzialmente) in modo automatico; in particolare, dovrebbero essere prese in considerazione le dichiarazioni rilasciate dai "bot giornalistici". I bot giornalistici o le tecnologie di intelligenza artificiale possono essere utilizzati in varie fasi della produzione e della diffusione di dichiarazioni sui media. Tali tecnologie sono attualmente utilizzate come "generatori" di dichiarazioni sui media, ad esempio nella creazione di testi, nell'editing di immagini o video o come chatbot, ad esempio per interagire con gli utenti al fine di personalizzare l'offerta. Queste dichiarazioni devono essere protette come dichiarazioni mediatiche a prescindere dal modo in cui sono state create; il fatto che siano state generate (parzialmente) in modo automatico non le esclude dall'ambito sostanziale di protezione della libertà dei media. Tuttavia, non si può concludere che le applicazioni di IA corrispondenti siano di per sé soggette ai diritti fondamentali.

## C. Restrizioni

36 L'interferenza con la libertà dei media assume la forma di restrizioni legali dirette, come divieti preventivi, ordini di accesso negativi o sanzioni successive.

37 Un altro tipo di interferenza è rappresentato dalle restrizioni indirette all'attività giornalistica (note anche come interferenze indirette). A differenza dell'interferenza diretta, l'interferenza indiretta non è legata a contenuti specifici dei media, il che significa che influenza la selezione e l'organizzazione dei contenuti dei media solo in modo indiretto e meno prevedibile. Il fatto che l'influenza dello Stato debba essere considerata diretta o indiretta dipende dalla controllabilità dell'influenza sull'organizzazione dei contenuti mediatici. Lo Stato dispone tipicamente di tali mezzi di influenza indiretta nel contesto delle misure organizzative, ad esempio nell'organizzazione del servizio universale o del servizio pubblico nel settore dei media (cfr. n. 72 e segg. sulle restrizioni organizzative alla libertà dei media; cfr. anche n. 84).

Oltre a queste restrizioni legali, si devono prendere in considerazione anche le restrizioni di fatto. Queste includono, ad esempio, l'allontanamento fisico dei professionisti dei media dal luogo della manifestazione, impedendo loro di viaggiare, o le critiche pubbliche e mirate rivolte dalle autorità a singoli professionisti dei media o a società di media. 38

Le restrizioni indirette alla libertà dei media attraverso il cosiddetto "effetto agghiacciante" non sono trascurabili: la Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, sottolinea nella sua giurisprudenza che sanzioni severe contro i professionisti dei media o una protezione inadeguata delle fonti possono indurre i professionisti dei media ad astenersi in generale dall'effettuare servizi leciti e auspicabili su determinati argomenti o in determinate aree per timore di sanzioni. 39

Le restrizioni alla libertà dei media del tipo sopra descritto devono essere valutate in linea di principio alla luce dei requisiti dell'art. 36 Cost. Poiché le restrizioni - siano esse di natura giuridica, fattuale o indiretta - riguardano aspetti diversi dell'attività e dell'organizzazione dei media, possono sorgere questioni particolari. Di conseguenza, nella giurisprudenza sono emersi gruppi specifici di casi. Pertanto, dopo le spiegazioni generali, verranno discussi questi diversi gruppi di casi rilevanti (n. 52 e segg.). 40

## 1. Valutazione ai sensi dell'art. 36 Cost.

Le restrizioni alla libertà dei media devono essere generalmente valutate in base ai requisiti dell'art. 36 Cost. Quanto più grave è l'interferenza, tanto più elevati sono i requisiti di giustificazione, e quanto più grave è la restrizione, tanto più precisamente deve essere esaminata dai tribunali. 41

### a. Base giuridica (Art. 36 cpv. 1 Cost.)

Ai sensi dell'art. 36 cpv. 1 Cost. le restrizioni alla libertà dei media necessitano di una base giuridica, in base alla quale più grave è la restrizione da classificare, più alti sono i requisiti per il livello e la densità delle norme. Le restrizioni si basano su varie norme del diritto federale (cfr. più avanti n. 53 e segg.) o del diritto cantonale. Per le dichiarazioni alla radio e alla televisione, sono particolarmente rilevanti le disposizioni della LRTV (cfr. più dettagliatamente infra, n. 60). 42

43 In via eccezionale - in caso di pericolo grave, immediato e altrimenti inevitabile per interessi legali di alto livello - la clausola di polizia generale (art. 36 cpv. 1 frase 3 Cost.) consente una restrizione della libertà dei media senza una base esplicita nella legge. Tuttavia, l'applicazione di questa eccezione richiede cautela: Ad esempio, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, la restrizione di fatto della libertà dei media che impedisce a un giornalista di recarsi al WEF di Davos non rientra nella clausola di polizia generale a causa della mancanza di prevedibilità del pericolo.

### b. Interesse pubblico (art. 36 cpv. 2 Cost.)

44 Le restrizioni alla libertà dei media perseguono diversi interessi pubblici, che vanno dalla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, alla protezione dell'autorità e dell'integrità dell'amministrazione della giustizia, alla tutela della salute pubblica, della moralità pubblica, delle informazioni riservate e alla protezione dei diritti fondamentali di terzi. L'art. 36 cpv. 2 Cost. non contiene un catalogo esaustivo di possibili interessi pubblici per limitare la libertà dei media. Tuttavia, le restrizioni che perseguono un interesse pubblico essenzialmente contrario alla tutela del diritto fondamentale sono inammissibili. Pertanto, non sono mai ammissibili restrizioni volte a impedire la critica dello Stato.

### c. Proporzionalità (Art. 36 cpv. 3 Cost.)

45 Le restrizioni alla libertà dei media devono essere proporzionate (art. 36 cpv. 3 Cost.). Una restrizione è considerata proporzionata se è idonea e necessaria per raggiungere l'obiettivo statale perseguito dalla misura restrittiva e se la misura è ragionevole per la persona o le persone interessate dai diritti fondamentali. Nel valutare la proporzionalità, la giurisprudenza e la dottrina si concentrano sulle circostanze specifiche del singolo caso.

46 Nell'esaminare la proporzionalità delle restrizioni alla libertà dei media, la Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea regolarmente che l'esercizio della libertà di stampa è anche associato a doveri e responsabilità. Di conseguenza, i professionisti dei media devono comportarsi in buona fede e riferire in modo affidabile e accurato in conformità con i principi etici dei media (si veda il n. 11 sull'osservanza della diligenza giornalistica come parte del concetto di media). Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, i professionisti dei media sono tenuti a fornire informazioni corrette e veritiere.

Per quanto riguarda il dovere giornalistico di chiarire la veridicità delle informazioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che la portata di questo dovere dipende in particolare dalla natura dell'accusa o della critica e dalla gravità del possibile danno alla buona reputazione della persona interessata. I professionisti dei media hanno anche il dovere di effettuare ricerche indipendenti e di verificare le informazioni utilizzate. Tuttavia, i requisiti per questo obbligo di verifica sono meno severi quando si tratta di informazioni tratte da documenti ufficiali: In questo caso, i professionisti dei media possono generalmente presumere che le informazioni contenute siano veritiere.

47 Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una pena detentiva per i giornalisti basata sulle loro attività giornalistiche è ammissibile solo in casi eccezionali per motivi di proporzionalità, ad esempio se il lavoro dei professionisti dei media interessati compromette gravemente altri diritti fondamentali. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha una visione generalmente critica delle sanzioni penali contro i professionisti dei media e sottolinea che non è la severità della pena, ma il fatto che venga comminata, che può avere un effetto deterrente sull'attività giornalistica.

48 Per quanto riguarda le critiche dei media al sistema giudiziario, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che esiste un particolare interesse pubblico all'accesso alle informazioni sui processi. Pertanto, le restrizioni o il rifiuto di fornire informazioni al fine di proteggere l'integrità dell'amministrazione della giustizia sono considerate ammissibili solo se vi è una "assoluta certezza di pericolo per la reputazione dell'amministrazione della giustizia".

49 Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Tribunale federale, le critiche dei media nei confronti di politici e altre figure pubbliche sono consentite in misura particolarmente ampia. Tuttavia, anche in questo caso è importante fare una distinzione: Rispetto alle dichiarazioni riguardanti la sfera pubblica di questi individui, le restrizioni sulle dichiarazioni dei media relative alla vita privata dei personaggi pubblici sono più consentite. Quando si parla di persone private, l'ambito delle dichiarazioni consentite è molto più limitato; nel soppesare l'interesse dei media per l'informazione, da un lato, e la protezione della privacy o dei diritti personali delle persone private, dall'altro, questi ultimi hanno

regolarmente la precedenza, per cui si deve tenere conto della misura in cui la persona privata è parte di un dibattito pubblico.

50 Nel contesto dell'informazione giornalistica, i professionisti dei media sono generalmente autorizzati a utilizzare dichiarazioni esagerate e polemiche. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma nella sua giurisprudenza che i professionisti dei media non possono abusare dei loro diritti per fare attacchi personali gratuiti. Va notato che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, i giudizi esagerati e polemici devono essere regolarmente classificati come sentenze e non come dichiarazioni di fatto. La richiesta della prova della verità per l'espressione di opinioni (rispetto a dichiarazioni di fatto) è generalmente considerata inammissibile.

51 L'informazione sulle immagini, che è protetta dalla libertà dei media, deve essere regolarmente soppesata con i diritti personali delle persone interessate nei singoli casi. I criteri che vengono presi in considerazione nel valutare la proporzionalità di una restrizione includono il rilievo o la natura della persona ritratta, il contributo della pubblicazione a un dibattito di interesse sociale, l'argomento del reportage, il comportamento precedente della persona, il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione e le circostanze relative alla produzione dell'immagine.

## 2. Restrizioni al contenuto della libertà dei media

52 Le restrizioni alla libertà dei mezzi di comunicazione incidono regolarmente sul contenuto delle dichiarazioni programmate o rilasciate o tali restrizioni si basano sul contenuto di una dichiarazione dei mezzi di comunicazione.

53 Di grande importanza pratica nel diritto sostanziale è la giurisprudenza sulle dichiarazioni diffamatorie dei media, la cui restrizione si basa sugli artt. 28 e segg. CC o art. 173 CP. La giurisprudenza afferma che le norme pertinenti devono essere interpretate in conformità alla Costituzione, ma che il mandato informativo della stampa non è una giustificazione generale per la violazione dei diritti personali. Inoltre, in varie occasioni si afferma che le norme citate rappresentano esse stesse una concretizzazione degli interessi protetti dai diritti fondamentali e che pertanto, in casi specifici, è necessario trovare un equilibrio tra la tutela dei diritti personali e l'interesse a informare il pubblico. Nei dibattiti politici, ad esempio, la qualità diffamatoria di una dichiarazione

deve essere assunta solo con cautela. Nel valutare se una dichiarazione è diffamatoria o offensiva dei diritti della personalità, la giurisprudenza si basa sul cosiddetto "lettore medio". Nella sua prassi consolidata, il Tribunale federale definisce il mandato informativo della stampa in modo ampio e include non solo l'informazione in senso stretto, ma anche la provocazione di uno scambio di idee e, in linea di principio, il (puro) intrattenimento. A questo proposito, tuttavia, la giurisprudenza specifica che il soddisfacimento della curiosità o del sensazionalismo non rientra nel dovere di informazione dei media e quindi non può giustificare una violazione dei diritti della personalità.

Altre disposizioni penali rilevanti nel contesto della libertà dei media sono le 54
disposizioni sulla protezione della privacy (in particolare l'art. 179bis e segg. CP, l'art. 321ter CP) e dei segreti (art. 293 CP, art. 320 e segg. CP) o l'art. 261bis CP, che consente restrizioni su specifiche dichiarazioni discriminatorie e sull'incitamento all'odio.

Inoltre, le restrizioni dirette e indirette legate ai contenuti derivano da un gran 55
numero di altre disposizioni. Un elenco esemplare comprende le restrizioni alle dichiarazioni sui media ai sensi del diritto della concorrenza, imposte in particolare per proteggere la reputazione economica di una persona ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 lett. a LCSl. Si applicano anche le disposizioni sulla tutela del diritto d'autore. Anche l'art. 47 cpv. 1 lett. c è attualmente in discussione. BankA, secondo il quale è perseguibile chiunque "divulghi ad altre persone o sfrutti per sé o per altri un segreto che gli è stato rivelato [...]". Questa disposizione costituisce una restrizione diretta e indiretta alla libertà dei media.

Vanno prese in considerazione anche le restrizioni derivanti dalle disposizioni 56
pertinenti del diritto processuale civile e penale. Ad esempio, gli artt. 261 e segg. CPC consentono di vietare le dichiarazioni programmate e gli artt. 69 e segg. CPP prevedono restrizioni alla cronaca giudiziaria a tutela delle parti in causa o di terzi.

Sebbene molte di queste disposizioni consentano restrizioni successive alla 57
libertà dei media (ad esempio sotto forma di una sanzione o di un obbligo di risarcimento danni o di soddisfazione), sono possibili anche restrizioni preventive come l'imposizione di una sanzione o l'obbligo di risarcimento danni o di soddisfazione, in particolare sulla base degli artt. 261 e segg. CPC, sono possibili anche restrizioni preventive come il divieto di rilasciare

dichiarazioni ai media. Data l'importanza della libertà dei media per il processo decisionale sociale e democratico e per il controllo del potere politico (cfr. n. 8), le restrizioni preventive tendono a essere piuttosto severe e - a seconda del tipo e del contesto - possono avvicinarsi a forme di censura in termini di gravità dell'interferenza. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, la proporzionalità di tali misure preventive contro le dichiarazioni dei media viene valutata in base alla loro portata, alla loro durata, all'esistenza di una giustificazione e alla possibilità di impugnare il divieto. Il legislatore ne tiene conto, limitando le misure preventive contro i media che appaiono periodicamente a situazioni in cui si rischia uno svantaggio particolarmente grave e non vi è ovviamente alcuna giustificazione, tramite l'art. 266 CPC. In considerazione della severità delle restrizioni preventive, anche l'emendamento all'art. 266 CPC è quindi problematico: nella nuova versione della disposizione, in futuro sarà sufficiente un previsto "grave" svantaggio per le persone colpite. L'emendamento, che è esplicitamente inteso, tra l'altro, come mezzo per migliorare la gestione delle notizie dei media che (presumibilmente) violano i diritti personali, è stato anche oggetto di un dibattito controverso tra gli accademici e l'opinione pubblica.

58 Nell'applicare i suddetti standard, le autorità competenti e i tribunali sono tenuti a tenere conto del contenuto della libertà dei media nei rispettivi procedimenti, interpretando le disposizioni restrittive in conformità con la Costituzione (si veda anche il precedente n. 27). Ciò include la presa in considerazione della libertà dei media nel momento in cui viene inclusa in un possibile reato - ad esempio interpretando in modo restrittivo il concetto di diffamazione di personaggi politici e di altre personalità pubbliche - nonché la considerazione delle preoccupazioni della libertà dei media come possibili motivi di giustificazione. Ad esempio, la Corte Suprema Federale ha affrontato la questione se la registrazione di un colloquio di consulenza con un consulente assicurativo allo scopo di scoprire irregolarità in questa consulenza fosse giustificata dalla protezione degli interessi della libertà dei media. Pur non escludendo la possibilità di giustificare il comportamento che costituiva un reato ai sensi dell'art. 179bis cpv. 1 e 2 CP o dell'art. 179ter cpv. 1 CP, la Corte ha concluso che nel caso specifico sarebbero stati disponibili anche mezzi più blandi, in particolare la trascrizione della conversazione, motivo per cui la condanna penale è stata confermata. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato diversamente la situazione nel caso specifico ed è giunta alla conclusione che, in considerazione del contributo a

un dibattito pubblico e dell'interferenza non molto grave nella vita privata del consulente assicurativo, vi è stata una restrizione sproporzionata dell'art. 10 CEDU.

59 L'obbligo di interpretare e applicare le disposizioni legali restrittive in conformità con i diritti fondamentali si applica anche al caso particolare della riproduzione di dichiarazioni rilevanti ai sensi del diritto penale nell'ambito di un servizio giornalistico, ad esempio se le dichiarazioni di discriminazione razziale vengono riprodotte a scopo di documentazione: La riproduzione di dichiarazioni di terzi è importante nel contesto delle attività dei media; la funzione dei media è, tra l'altro, proprio quella di riprodurre dichiarazioni di terzi. L'art. 28 cpv. 4 CP stabilisce esplicitamente che il resoconto veritiero di udienze pubbliche e comunicazioni ufficiali da parte di un'autorità pubblica è esente da pena. La precedente sentenza Jersild c. Danimarca, in cui la Corte ha stabilito che la riproduzione di dichiarazioni razziste punibili da parte di terzi nel contesto di un reportage sul razzismo può essere consentita, a condizione che le dichiarazioni siano inserite in un contesto riconoscibile e che la loro riproduzione serva chiaramente un interesse pubblico, è una novità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

60 Per le dichiarazioni alla radio e alla televisione, devono essere rispettati anche i requisiti di contenuto per la progettazione dei programmi ai sensi degli articoli 4 e seguenti della LRTV. I requisiti minimi per il contenuto dei programmi - come l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali (art. 4 cpv. 1 LRTV), il requisito dell'adeguatezza (art. 4 cpv. 2 LRTV) o - per i programmi autorizzati - il requisito della diversità (art. 4 cpv. 4 LRTV) (si veda in dettaglio il precedente n. 29) - sono già stabiliti nell'art. 93 cpv. 2 LRTV. Con i loro requisiti di contenuto per l'organizzazione dei programmi radiotelevisivi, questi standard costituiscono la base per le restrizioni alla libertà dei media ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 Cost.

61 Secondo la dottrina e la giurisprudenza consolidate, il divieto di pubblicità politica e religiosa alla radio e alla televisione ai sensi dell'art. 10 cpv. 1 lett. d ed e LRTV è considerato ammissibile. La restrizione (ora definita in modo più restrittivo) di questo tipo di pubblicità non materiale serve a tutelare l'indipendenza della radio e della televisione rispetto alla pubblicità politica, nonché le pari opportunità nel processo decisionale politico. Il divieto di pubblicità religiosa mira a proteggere la pace religiosa e la neutralità confessionale.

62 In generale, le restrizioni al contenuto della libertà dei media devono essere esaminate con particolare precisione se l'interferenza riguarda informazioni di interesse sociale e deve quindi essere classificata come piuttosto grave. Nel caso di una condanna di professionisti dei media per critiche satiricamente aggressive nei confronti di un politico, la Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea di conseguenza che il margine di apprezzamento degli Stati membri in questa materia è ridotto e conclude che la condanna non è proporzionata a causa del carattere della persona criticata come figura politica e del ruolo della persona condannata come professionista dei media e che l'art. 10 CEDU è quindi violato. La Corte Suprema Federale ha tenuto conto di questa giurisprudenza in diverse sentenze, ma trova regolarmente difficile soddisfare i requisiti della libertà dei media nell'interpretazione e nell'applicazione degli artt. 173 e segg. CP o degli artt. 28 e segg. CC in modo coerente e convincente.

### 3. Gli obblighi di diffusione come caso particolare di restrizione dei contenuti

63 L'obbligo dei media di diffondere determinati contenuti rappresenta un'interferenza fondamentalmente grave con la libertà dei media e deve pertanto basarsi su una base giuridica formale sufficientemente specifica, essere di interesse pubblico significativo e resistere a un rigoroso test di proporzionalità. Di conseguenza, gli obblighi di diffusione dei media devono essere limitati a casi eccezionali esplicitamente previsti da una legge formale. Gli obblighi di diffusione possono assumere la forma di diritti dello Stato o di terzi a rilasciare dichiarazioni o espressioni.

64 Gli annunci dello Stato devono essere chiaramente etichettati come tali in considerazione del principio dell'indipendenza dello Stato e diffusi sotto l'esclusiva responsabilità dell'autorità committente, in modo che i media non vengano utilizzati come portavoce delle autorità (cfr. anche N. 87). A livello federale, l'art. 8 cpv. 1 LRTV prevede, ad esempio, un diritto proporzionato dello Stato di fare annunci limitati a determinate situazioni eccezionali, in base al quale le emittenti radiotelevisive autorizzate possono essere obbligate a trasmettere annunci urgenti di polizia (gratuitamente). A nostro avviso, tuttavia, i diritti ufficiali di rettifica e controdichiarazione previsti da alcune disposizioni di legge cantonali sono problematici. Questi prevedono un diritto di applicazione generale e quindi molto esteso delle autorità di correggere a

piacimento informazioni fuorvianti o errate relative all'esercizio dell'autorità ufficiale.

I diritti di divulgazione di terzi includono il diritto di replica di diritto civile in caso di violazione dei diritti della personalità ai sensi degli artt. 28g e segg. CC (cfr. n. 21) e, per il settore radiotelevisivo, il cosiddetto "diritto di antenna". Va notato che, in base all'autonomia dei programmi già garantita dall'art. 93 cpv. 3 Cost. nessuno può esigere che un'emittente trasmetta determinati spettacoli e informazioni (art. 6 cpv. 3 LRTV). Ciò significa che i terzi non hanno un "diritto all'antenna" indipendente. Tuttavia, tale diritto esiste in via eccezionale e accessoria se il rifiuto di accesso è illegittimo. Ciò si basa sulla disparità di trattamento o sulla discriminazione di un terzo nella sua espressione di opinione. Ciò avviene se a determinati terzi, come i partiti politici, viene concesso l'accesso al programma, mentre a terzi analoghi viene negato l'accesso senza una ragione oggettiva. Per questi casi eccezionali, il legislatore ha introdotto il ricorso per l'accesso all'Autorità indipendente per i reclami radiotelevisivi (UBI) (cfr. art. 93 cpv. 3 lett. b e art. 97 cpv. 2 lett. b LRTV). 65

Finora, un rifiuto illegittimo di accesso è stato riconosciuto nella pratica solo nel caso particolare del settore pubblicitario della SSR in relazione alla pubblicità non materiale. Secondo il Tribunale federale, la SSR non poteva giustificare il rifiuto di accesso al settore pubblicitario solo con il timore che la pubblicità (non materiale) potesse danneggiare la reputazione della SSR. La SSR non può invocare la sua autonomia di programma nel settore pubblicitario come nel programma editoriale, ma deve tenere conto della libertà di espressione di terzi in relazione ai suoi diritti fondamentali di titolare di una licenza privilegiata della Confederazione. Secondo il Tribunale federale, la SSR non è quindi solo tenuta a rispettare il principio dell'uguaglianza giuridica e il divieto di discriminazione nel settore pubblicitario, ma deve anche tenere conto del contenuto ideale dei diritti di libertà ed essere in grado di giustificare le corrispondenti violazioni dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 36 Cost. Dal momento che la SSR non ha potuto far valere una base giuridica e non ha presentato un interesse pubblico prevalente, il rifiuto di accesso è stato considerato illegittimo. A nostro avviso, questa decisione di bilanciamento deve essere approvata. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto ammissibile questa decisione. 66

## 4. Restrizioni alle attività di ricerca e alla forma di presentazione

67 Oltre a interferire con la libertà dei media in termini di contenuti, è necessario prendere in considerazione anche le restrizioni alle attività di ricerca o alla forma di presentazione. Un esempio di restrizione alla forma di presentazione scelta è il divieto di effettuare registrazioni video e audio per la cronaca giudiziaria nei procedimenti penali di cui all'art. 70 cpv. 1 del CPP. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel valutare l'ammissibilità delle immagini nelle indagini penali, nei procedimenti giudiziari e nei confronti di persone condannate, le condizioni di salute della persona, la natura del reato o qualsiasi collegamento tra l'immagine e il testo svolgono un ruolo oltre al grado di riconoscimento della persona.

68 Se ai professionisti dei media viene negato l'accesso a un carcere per proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico, anche questo costituisce una restrizione della libertà dei media. Lo stesso vale se vengono imposte restrizioni all'accesso dei professionisti dei media alle udienze pubbliche dei tribunali o dei parlamenti per proteggere la salute pubblica, o se i cronisti giudiziari vengono esclusi da un'udienza principale per motivi di protezione delle vittime. Queste limitazioni all'accesso devono essere prese in considerazione perché possono limitare anche la forma di presentazione scelta: Se, ad esempio, un'intervista non può essere condotta a causa della mancanza di accesso a un luogo o a una persona, l'intervista come forma di presentazione viene omessa.

69 Nella misura in cui queste restrizioni alle attività di ricerca e alla forma di presentazione sono neutre in termini di contenuto, la loro applicazione è legalmente equa e non si prevedono effetti sostanziali (unilaterali) sull'informazione su argomenti di interesse sociale, esse sono - rispetto alle restrizioni legate al contenuto - fondamentalmente meno problematiche, motivo per cui i requisiti per la loro giustificazione e il controllo giurisdizionale sono praticamente meno severi. Tuttavia, sono lecite solo se si basano su una base giuridica, se perseguono un interesse pubblico e se sono proporzionate al caso specifico.

## 5. Restrizioni alla distribuzione e alla diffusione dei prodotti mediatici

70 Le restrizioni alla libertà dei media possono riguardare anche la distribuzione e la diffusione dei prodotti mediatici. La dottrina sottolinea, ad esempio, che

sarebbe inammissibile se lo Stato penalizzasse la distribuzione di determinati prodotti mediatici attraverso una (eventuale) posizione di monopolio nel settore postale. Gli interventi nella fase di distribuzione e diffusione sono possibili anche sulla base dell'art. 2 cpv. 2 lett. c LMSI. Questa disposizione stabilisce che il governo federale può sequestrare, confiscare o sequestrare materiale di propaganda con contenuti che incitano alla violenza come "misura di polizia preventiva". A causa di questa formulazione, non si può escludere che anche i prodotti mediatici possano rientrare nella disposizione come "materiale di propaganda" e possano quindi essere sequestrati, confiscati o confiscati. Nella misura in cui si tratta di misure preventive e di contenuto, esse devono essere considerate come gravi violazioni della libertà dei media. Anche le restrizioni alla distribuzione dei prodotti mediatici sono problematiche per lo stesso motivo. La Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che il divieto di vendita, distribuzione e stoccaggio di un quotidiano per proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico - in particolare la lotta al terrorismo - persegue un interesse pubblico. Tuttavia, manca la base giuridica precisa richiesta per una restrizione preventiva. Pertanto, il divieto non è necessario in una società democratica, cioè non è necessario e quindi non è proporzionato.

## 6. Restrizioni attraverso misure strutturali e organizzative

Gli interventi attraverso misure strutturali o organizzative di solito hanno un effetto indiretto piuttosto che diretto sulla creazione dei media (vedi sopra n. 37). Questi includono, in particolare, restrizioni all'accesso al mercato per i media sotto forma di obblighi di autorizzazione o licenza per la produzione di media, nonché misure per la fornitura di base di servizi mediatici (servizio pubblico) e forme di finanziamento statale dei media. 71

### a. Restrizioni all'accesso al mercato sotto forma di obblighi di autorizzazione o licenza

Nel settore della radio e della televisione, la cosiddetta clausola di radiodiffusione di cui all'art. 10, comma 1, frase 3, della CEDU stabilisce che l'art. 10 della CEDU non impedisce agli Stati di richiedere un'autorizzazione per le società radiofoniche e televisive. In origine, questa clausola doveva consentire agli Stati di prendere in considerazione gli aspetti tecnici, in modo che l'uso di frequenze scarse potesse essere soggetto ad autorizzazione. In seguito all'abolizione della scarsità di frequenze, anche la salvaguardia della 72

diversità, orientata ai contenuti, è stata qualificata come un obiettivo d'intervento legittimo ed è stato riconosciuto l'interesse pubblico a garantire la qualità e l'equilibrio dei programmi radiotelevisivi attraverso un obbligo di licenza. La clausola sulla radiodiffusione estende quindi la cerchia degli obiettivi legittimi dell'interferenza oltre a quelli elencati nell'articolo 10, paragrafo 2, della CEDU. In generale, la Corte europea dei diritti dell'uomo concede agli Stati un ampio margine di discrezionalità nella scelta dei programmi da approvare o autorizzare. La misura in cui la salvaguardia della diversità possa essere presa in considerazione come interesse legittimo ai sensi della clausola di radiodiffusione anche al di fuori del settore radiotelevisivo tradizionale è oggetto di controversia tra gli studiosi. In ogni caso, a nostro avviso, la clausola sulla radiodiffusione non è formulata in modo tale da rendere di per sé inammissibili le autorizzazioni al di fuori del settore della radiodiffusione. Tuttavia, in quanto violazioni più gravi dei diritti fondamentali, tali autorizzazioni sono possibili solo a condizioni molto restrittive. La questione è attuale in quanto la diversità dei media è sempre più in calo in tutti i generi mediatici e le misure statali volte a garantire la diversità nel settore dei media, come le misure di promozione dei media, saranno probabilmente aggiornate di conseguenza (cfr. N. 31 sul cambiamento strutturale dell'intero panorama mediatico).

73 Per quanto riguarda la Svizzera, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che essa avesse il diritto di richiedere a tutte le emittenti radiofoniche e televisive di contribuire all'adempimento del servizio universale o del mandato di servizio pubblico ai sensi dell'art. 93 cpv. 2 Cost. mediante un obbligo di licenza e di prescrivere un'informazione generale e diversificata per il pubblico. Questo sistema, che ha stabilito che l'emittenza radiotelevisiva è un monopolio di servizio pubblico, è stato applicato fino alla liberalizzazione del mercato attraverso la revisione totale della LRTV nel 2006. Da allora, l'emittenza radiotelevisiva è soggetta a un semplice obbligo di registrazione e, oltre alle emittenti autorizzate, vi sono ora emittenti registrate che godono di libertà di tendenza (sistema duale, cfr. n. 4 sopra). Autorizzando le emittenti che non sono obbligate alla diversità dei contenuti, il sistema duale combina il pluralismo interno ed esterno (cfr. n. 28 s.).

## b. Fornitura di base di servizi mediatici (servizio pubblico) e forme di finanziamento statale dei media

Un'altra misura strutturale e organizzativa da menzionare è la fornitura di base dei servizi mediatici, definita per legge, che dovrebbe essere disponibile per tutta la popolazione e per tutte le regioni del Paese secondo gli stessi principi (servizio pubblico). Per garantire questo servizio di base, lo Stato emette mandati di prestazione, di cui controlla e finanzia l'adempimento (cfr. nn. 4 e 29 per la radiodiffusione). In questo modo, lo Stato dispone di sottili strumenti di influenza indiretta sull'attività giornalistica (cfr. n. 37). Lo stesso vale per varie forme di sovvenzioni statali ai media, come le tariffe postali ridotte a livello federale (cfr. n. 30). In questi ambiti, lo Stato si trova in un difficile duplice ruolo: può garantire la diversità dei media attraverso l'organizzazione del servizio universale o gli strumenti di finanziamento, ma allo stesso tempo mette potenzialmente a rischio la libertà dei media. Tali misure richiedono quindi sempre una base giuridica sufficiente e devono essere di interesse pubblico e proporzionate. L'organizzazione di un servizio di base o di strumenti di finanziamento statali per i media non è quindi inammissibile in quanto tale, ma la libertà dei media può essere violata a causa del modo in cui tali misure sono strutturate (cfr. in particolare il requisito dell'indipendenza dello Stato come parte del divieto di censura nel dettaglio N. 84 e seguenti). 74

Anche l'assegnazione di contratti pubblicitari da parte dello Stato può essere considerata una forma particolare di promozione statale dei media. Come ha dimostrato lo scandalo della pubblicità in Austria nel 2021, lo Stato ha un notevole potenziale per esercitare un'influenza in questo senso. Poiché lo Stato è fondamentalmente vincolato ai diritti fondamentali anche quando agisce nell'ambito del diritto privato (cfr. art. 35 cpv. 1 Cost.), nell'assegnazione dei contratti pubblicitari deve tenere conto degli interessi dei diritti fondamentali dei media. Il principio della parità di trattamento è al centro di tutto ciò. Lo Stato deve trattare tutte le organizzazioni mediatiche allo stesso modo e deve quindi sempre fornire ragioni oggettive per la selezione o l'esclusione di determinati media, come ad esempio la rapida fornitura di informazioni a una determinata regione o diffusione. In considerazione del requisito dell'indipendenza dallo Stato, anche la pubblicità o gli annunci provenienti dallo Stato devono essere chiaramente riconoscibili come tali (cfr. n. 87). 75

## III. DIVIETO DI CENSURA (CPV. 2 COST.)

### A. Concetto di censura

76 Ai sensi dell'art. 17, comma 2, Cost. la censura è vietata. Il divieto di censura rappresenta il contenuto centrale della libertà dei media. Il termine "censura" viene talvolta utilizzato come termine generico per indicare il controllo statale dei contenuti. Tuttavia, secondo la giurisprudenza e la dottrina consolidate, la censura ai sensi dell'art. 17 cpv. 2 Cost. si riferisce solo al controllo preventivo e sistematico dei contenuti (precensura sistematica). Lo scopo del divieto di censura è quello di prevenire il rischio che lo Stato controlli o indirizzi la formazione delle opinioni. Non è necessario dimostrare che si sia effettivamente verificata una paralisi della formazione dell'opinione in un singolo caso specifico, poiché il divieto di censura è volto a proteggere dalle minacce alla libertà dei media. Inoltre, è irrilevante che la revisione sistematica riguardi solo alcune forme o contenuti di comunicazione. L'istituzione di procedure statali per il controllo preventivo dei contenuti, come i requisiti che sistematicamente sottopongono all'approvazione di un'autorità tutte le pubblicazioni di una certa organizzazione mediatica, di determinati autori o su un certo argomento, o addirittura le vietano del tutto, è quindi assolutamente vietata.

77 I controlli preliminari sui contenuti in singoli casi devono essere distinti dalla precensura sistematica. Sebbene, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente, tali interventi preventivi non incidano sul contenuto centrale dei diritti fondamentali di comunicazione, essi rappresentano sempre gravi violazioni dei diritti fondamentali secondo l'opinione qui espressa. Tali restrizioni devono quindi essere previste da una legge formale e sono ammissibili solo in casi eccezionali per proteggere da una minaccia concreta, dimostrabile e imminente a interessi giuridici fondamentali come la vita umana o il mantenimento della sicurezza militare. Un esempio non privo di problemi di intervento preventivo in casi individuali è l'autorizzazione prevista dall'art. 28a comma 1 n. 1 CC in combinato disposto con gli artt. 261 e segg. L'art. 261 e segg. CPC prevede la possibilità che il giudice vieti la pubblicazione di un parere come misura cautelare in caso di imminente violazione dei diritti della personalità (cfr. in dettaglio N. 57).

78 Nel contesto della digitalizzazione, alcuni studiosi vorrebbero anche considerare la censura sistematica successiva alla pubblicazione come una

censura assolutamente vietata. Ciò è giustificato in modo convincente dal fatto che oggi è tecnicamente possibile bloccare un sito web immediatamente dopo la pubblicazione dei contenuti. Poiché tali procedure sono equivalenti alla pre-censura nei loro effetti, il tempo del controllo istituzionalizzato non può più giocare un ruolo in questi casi. In questo contesto, la ricerca attiva su Internet di siti web con contenuti penalmente rilevanti o che mettono a rischio la sicurezza interna, unita alla possibilità di bloccare i domini svizzeri, deve essere definita quantomeno costituzionalmente problematica.

79 Un altro problema sorto con la digitalizzazione è il controllo sistematico dei contenuti da parte dei fornitori privati di servizi di comunicazione, sia di propria iniziativa sia motivato da misure governative. Poiché servizi di comunicazione come Facebook, Instagram, Tiktok o YouTube hanno un alto tasso di utilizzo e sono controllati solo da pochi fornitori (potere dell'opinione), tale monitoraggio può avere un effetto simile alla censura tradizionale, soprattutto se lo Stato dà luogo a controlli sistematici. Questo vale indipendentemente dal fatto che lo Stato obblighi direttamente gli operatori delle piattaforme a monitorare o che questi siano indirettamente indotti a farlo dallo Stato, ad esempio attraverso norme di responsabilità oggettiva in relazione a contenuti illegali. Inoltre, è più probabile che tali fornitori di servizi limitino i contenuti per evitare sanzioni statali, il che può tradursi in una sorta di "censura collaterale". Lo Stato deve tenere conto di questi effetti quando regolamenta i servizi di comunicazione, per non contravvenire al divieto di censura. Allo stesso tempo, anche i controlli sui contenuti effettuati di propria iniziativa da fornitori di servizi con una forte opinione sono a rischio per i diritti fondamentali della comunicazione. Ciò avviene in particolare se le restrizioni sui contenuti si basano su condizioni d'uso imprecise e in rapida evoluzione, arbitrarie o prive di motivazioni oggettive o addirittura discriminatorie, senza che gli interessati possano difendersi efficacemente dalle cancellazioni. A differenza dello Stato, i fornitori di servizi privati non sono fondamentalmente vincolati ai diritti fondamentali. Tuttavia, lo Stato deve garantire che i diritti fondamentali siano effettivi anche tra i privati, a seconda della loro idoneità (art. 35 cpv. 2 Cost.). Ciò vale in particolare nei casi in cui l'esercizio effettivo dei diritti fondamentali da parte di un gran numero di persone è minacciato da privati potenti.

80 A differenza della Costituzione federale, l'art. 10 CEDU non vieta espressamente la censura. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo applica generalmente uno standard rigoroso quando esamina la base giuridica e la proporzionalità degli interventi preventivi. In questo contesto, mentre la Corte dichiara ammissibili, a determinate condizioni, le misure preventive sotto forma di licenze o procedure di autorizzazione nel settore radiotelevisivo alla luce dell'art. 10 CEDU (cfr. n. 72 s.), ha classificato come sproporzionati gli interventi sotto forma di divieti di pubblicazione sulla futura pubblicazione di interi giornali e non solo di alcuni tipi di articoli. Nella "decisione Manole", la Corte europea dei diritti dell'uomo ha qualificato il controllo preventivo delle notizie diffuse dall'emittente pubblica moldava da parte dell'organo direttivo dell'emittente, fedele al governo, come un'interferenza sproporzionata nella libertà di comunicazione dei giornalisti ricorrenti.

## B. Esempi critici

81 I seguenti sono esempi di controllo preventivo dei contenuti che dovrebbero essere considerati in modo critico rispetto al divieto di censura. In primo luogo, vi è il controllo ufficiale preventivo dei film per motivi di tutela dei minori. In Svizzera questo controllo è ormai in gran parte scomparso, in quanto si è ridotto alla definizione dell'età minima per l'ammissione degli spettatori per ogni film al cinema. La legge federale sulla protezione dei minori nei settori del cinema e dei videogiochi (JSFVG), approvata nel 2022, contiene solo requisiti standardizzati per l'etichettatura e il controllo dell'età, il che significa che non è costituzionalmente criticabile sotto questo aspetto. Al contrario, nel Cantone di Zurigo, ad esempio, la classificazione dei film in base all'età è legata alla possibilità di un divieto di proiezione, il che non sembra essere esente da problemi di diritto costituzionale.

82 In secondo luogo, il pre-screening sistematico della corrispondenza dei detenuti e dei detenuti in custodia cautelare deve essere considerato in modo critico. È vero che la dottrina e la giurisprudenza, con riferimento all'applicazione differenziata del divieto di censura alla corrispondenza come comunicazione individuale, non la qualificano come assolutamente vietata senza ulteriori indugi. Tuttavia, anche la comunicazione individuale è protetta dai diritti fondamentali della comunicazione, il che significa che il controllo

preventivo sistematico della corrispondenza può essere consentito solo a condizioni molto restrittive.

## C. Stato di emergenza

Secondo il diritto costituzionale svizzero, il contenuto essenziale dei diritti fondamentali si applica anche in determinate situazioni di emergenza, come l'emanazione di leggi federali dichiarate urgenti senza una base costituzionale propria ai sensi dell'art. 165 cpv. 3 Cost. Il divieto di censura preventiva sistematica deve quindi essere rispettato anche in questi casi. Le situazioni di guerra, invece, sono una situazione eccezionale, anch'essa giuridicamente irrisolta, che richiede regole proprie. L'art. 10 CEDU, invece, non è soggetto allo stato di emergenza ai sensi dell'art. 15 CEDU, il che significa che può essere derogato sia in tempo di guerra che in altre emergenze pubbliche. Tuttavia, ciò richiede che la situazione richieda assolutamente tale deroga (principio di proporzionalità). La censura preventiva sistematica non è quindi consentita senza ulteriori indugi perché c'è una guerra o un'altra emergenza pubblica. In questo contesto, la decisione del Consiglio dell'UE del 1° marzo 2022 di vietare le emittenti russe Russia Today e Sputnik a causa della loro propaganda a favore della Federazione Russa deve essere valutata criticamente. Al contrario, la decisione del Consiglio federale svizzero di non adottare le sanzioni dell'UE contro le due emittenti, sostenendo che è più efficace contrastare le affermazioni false e dannose con i fatti piuttosto che vietarle, è, a nostro avviso, da accogliere con favore. Questo perché le restrizioni statali alla propaganda non sono legittime di per sé, ma solo nei casi previsti dalla legge. La decisione di Swisscom AG - un'azienda pubblica e quindi fondamentalmente vincolata ai diritti fondamentali - di non trasmettere più i canali Russia Today e Sputnik è quindi a nostro avviso difficilmente compatibile con la libertà dei media. 83

## D. Il principio dell'indipendenza dello Stato

La precensura sistematica può essere realizzata non solo attraverso procedure statali di precontrollo di specifici contenuti mediatici, ma anche attraverso il controllo dell'attività dei media per mezzo di misure organizzative statali. Questo rischio esiste in particolare nell'ambito del servizio universale o del servizio pubblico, in cui lo Stato emette mandati di servizio e supervisiona e finanzia il loro adempimento, nonché nell'ambito della promozione statale dei 84

media (cfr. già n. 74 e n. 86). A differenza delle procedure statali di precensura, le misure organizzative statali non consentono in primo luogo un controllo diretto e preciso dei contenuti, ma piuttosto un controllo indiretto e quindi solo approssimativo o orientativo dei contenuti. Questa cosiddetta "censura generale" attraverso il controllo organizzativo dell'attività mediatica da parte dello Stato viene talvolta definita censura istituzionalizzata (cfr. già il requisito dell'indipendenza dello Stato come parte dell'aspetto organizzativo o istituzionale della libertà dei media n. 15). Il divieto di controllare l'attività dei media attraverso misure organizzative statali è anche il contenuto centrale del principio di indipendenza dello Stato. Se i media devono essere in grado di svolgere efficacemente la loro funzione di formazione dell'opinione e di controllo (cfr. n. 8), non devono essere dominati dallo Stato, ma devono essere indipendenti da esso. Poiché il divieto di censura protegge anche dalle minacce (cfr. n. 76), è sufficiente la possibilità o l'apparenza di un'influenza dominante dello Stato sulla produzione di contenuti mediatici.

85 I requisiti minimi del divieto di indipendenza dello Stato mirano a garantire che lo Stato non sia autorizzato a svolgere direttamente attività mediatiche (cfr. n. 87 sulla liceità delle attività di pubbliche relazioni dello Stato). Questo divieto di funzioni o attività, che si applica allo Stato nel settore dei media a differenza di altri settori economici come le telecomunicazioni o i servizi postali, è rivolto a tutti e tre i poteri statali e alle società controllate dallo Stato. In generale, ciò significa che le misure organizzative statali lasciano alle organizzazioni dei media un notevole margine di manovra nelle loro attività giornalistiche. Nel dettaglio, ciò è garantito da vari requisiti minimi a livello normativo, istituzionale e finanziario. Ad esempio, nell'ambito dei mandati di prestazione o del finanziamento dei media, lo Stato non può stabilire requisiti così specifici per le attività dei media da equivalere a un vero e proprio intervento statale. In questo contesto, maggiore è la prossimità del contenuto dei requisiti statali, minore deve essere la densità della regolamentazione. Nel controllare la conformità ai requisiti stabiliti, lo Stato non può esercitare alcun controllo di opportunità o supervisione specializzata sull'attività giornalistica. Ciò richiede l'esternalizzazione delle attività dei media a organizzazioni indipendenti o autonome. Poiché lo Stato potrebbe anche determinare la direzione della produzione di contenuti prendendo decisioni sul personale, non deve avere alcuna influenza sull'assunzione del personale operativo. I rappresentanti dello Stato, invece, sono ammessi negli organi di gestione strategica delle organizzazioni dei media, purché non occupino una posizione

di forte minoranza (principio del limite di un terzo). Le organizzazioni dei media non possono quindi essere strutturate come società pubbliche o controllate dallo Stato, ma devono essere attori privati. Se lo Stato finanzia le attività dei media, deve lasciare loro un ampio margine di manovra nell'utilizzo delle risorse finanziarie. Ciò è garantito, tra l'altro, dall'assegnazione globale di fondi statali ai media (budget globali). A nostro avviso, il finanziamento da parte del bilancio statale è tanto più delicato quanto maggiore è il potere discrezionale dello Stato nella decisione di finanziamento e quanto maggiore è la dipendenza delle attività dei media dal finanziamento statale. A questo proposito, la determinazione del finanziamento statale su un periodo di tempo più lungo, ad esempio in una legge, può garantire alle organizzazioni dei media un certo grado di sicurezza nella pianificazione finanziaria.

I pericoli di violazione del requisito dell'indipendenza dello Stato esistono in particolare quando lo Stato organizza la fornitura di base o il servizio pubblico. Pericoli simili esistono nel contesto degli strumenti di finanziamento statale nel settore dei media (cfr. n. 74 sopra). Ad esempio, per quanto riguarda la supervisione statale della SSR, l'art. 33 cpv. 1 LRTV stabilisce che il Consiglio federale può nominare un quarto dei membri del Consiglio di amministrazione. Sebbene i rappresentanti del Consiglio federale consentano di influire sulla direzione strategica della SSR, ciò significa che la Confederazione non può influenzare direttamente, ma almeno indirettamente, le attività giornalistiche della SSR. Tuttavia, poiché il numero di membri del Consiglio d'amministrazione nominati dalla Confederazione non supera il limite di un terzo (cfr. supra, n. 85), a nostro avviso non vi è un controllo statale inammissibile sulla SSR. A nostro avviso, piuttosto, il diritto di elezione previsto dalla legge può essere giustificato ai sensi dell'art. 36 Cost. in quanto consente al Consiglio federale di adoperarsi per una composizione del Consiglio di amministrazione della SSR equilibrata dal punto di vista politico e federale, in linea con il requisito della diversità, e quindi per l'adempimento del mandato di servizio pubblico. 86

Infine, esiste il rischio di un'attività dei media statali nell'ambito della comunicazione o delle relazioni pubbliche dello Stato. Affinché non vi sia una tale attività, la comunicazione di Stato che lo Stato deve svolgere deve essere strettamente diversa nel contenuto dall'attività mediatica vietata allo Stato: Mentre l'attività dei media rappresenta una diffusione di informazioni 87

costituzionalmente protetta e quindi tematicamente illimitata, lo Stato può diffondere solo informazioni provenienti dalla propria area di responsabilità nell'ambito del suo dovere di fornire informazioni in base alle proprie competenze e quindi tematicamente limitate. In termini formali, il lavoro di pubbliche relazioni del governo deve anche evitare di sembrare un contenuto mediatico e deve quindi essere chiaramente riconoscibile come tale (requisito di trasparenza). In questo quadro, le informazioni ufficiali possono, a nostro avviso, essere redatte e distribuite ai mass media attraverso i propri canali informativi, come pubblicazioni stampate, siti web, social media o radio e televisione - ad esempio video esplicativi sulle votazioni imminenti, dibattiti parlamentari o conferenze stampa chiaramente etichettati come governativi - a condizione che vengano rispettati anche gli altri principi della comunicazione governativa, in particolare i principi di obiettività e proporzionalità. Lo stesso vale per le comunicazioni statali diffuse sotto forma di pubblicità statale, ad esempio da parte di organizzazioni mediatiche (si veda già il n. 75).

## IV. SEGRETO EDITORIALE (CPV. 3)

### A. Significato e origine

88 L'art. 17 cpv. 3 Cost. garantisce il segreto editoriale come parte della libertà dei media. La garanzia protegge i processi editoriali interni e le informazioni e, in particolare, offre protezione dall'obbligo di rivelare le fonti giornalistiche. La Costituzione riconosce quindi l'importanza di questo elemento della libertà dei media come prerequisito indispensabile per assicurare che il flusso di informazioni provenienti da informatori privati su argomenti di interesse sociale per i professionisti dei media rimanga garantito. Se gli informatori non possono confidare nella protezione della loro identità (o dell'anonimato) e nel fatto che i professionisti dei media possano far valere il corrispondente diritto di rifiutarsi di testimoniare nei procedimenti, saranno particolarmente riluttanti a rivelare informazioni su argomenti politicamente, socialmente o personalmente controversi. Questo effetto deterrente, in caso di garanzie inadeguate o inesistenti di segretezza editoriale, renderebbe quindi molto più difficile riferire su lamentele all'interno delle autorità pubbliche o di altre organizzazioni fondamentalmente non pubbliche (come le aziende private). In questo senso, la tutela del segreto editoriale serve anche a salvaguardare la

funzione dei media come cani da guardia in uno Stato democratico (cfr. n. 8 su questa funzione).

Nonostante l'importanza del segreto editoriale sia oggi riconosciuta, il Tribunale federale ha negato per molti anni la protezione delle fonti come parte della libertà di informazione. Solo come reazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel 1996 il segreto editoriale è stato riconosciuto come parte della libertà di stampa sancita dall'allora art. 55 aBV. 89

## B. Ambito materiale di tutela

Come già detto, il segreto editoriale protegge i processi editoriali interni e le informazioni e, in particolare, offre ai professionisti dei media una protezione contro la divulgazione delle loro fonti di informazione. 90

La protezione delle fonti giornalistiche è al centro del segreto editoriale. L'art. 17 cpv. 3 Cost. sancisce quindi il diritto dei professionisti dei media di rifiutare di testimoniare e di rivelare le fonti giornalistiche nei procedimenti (il cosiddetto diritto di rifiutare di testimoniare e di rifiutare di rivelare). Oltre a questa vera e propria "protezione delle fonti", l'art. 17 cpv. 3 Cost. garantisce la riservatezza dei processi editoriali interni in generale e protegge anche da misure coercitive procedurali come perquisizioni domiciliari o confische. Il segreto editoriale offre anche una protezione contro i "tentativi di elusione"; se, ad esempio, viene aperto un procedimento penale contro un professionista dei media con l'obiettivo di rivelare l'identità di un informatore, la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che ciò costituisca un'illegittima elusione deliberata della protezione delle fonti e una grave violazione dell'art. 10 CEDU. Anche il Tribunale federale concorda con questa valutazione. La garanzia offre protezione anche contro le misure che consistono semplicemente nella minaccia di un obbligo di divulgazione o che potrebbero indirettamente servire a identificare (sospetti) reati. 91

Da un punto di vista fattuale o geografico, l'art. 17 cpv. 3 Cost. protegge tutte le informazioni relative alle attività editoriali e non si limita alle informazioni "in redazione" o alle fonti giornalistiche nel senso di informazioni di terzi. Di conseguenza, i professionisti dei media sono protetti in particolare anche dall'obbligo di pubblicare il proprio materiale di ricerca. 92

Per i procedimenti penali, l'art. 28a CP e l'art. 172 CPP concretizzano il segreto editoriale e definiscono l'ambito di protezione in modo più ristretto 93

rispetto all'art. 17 cpv. 3 Cost: La protezione nei procedimenti penali è limitata alla pubblicazione professionale di informazioni nella sezione editoriale di un mezzo di comunicazione pubblicato periodicamente. Tuttavia, va notato che il segreto editoriale ai sensi dell'art. 17 cpv. 3 Cost. non è limitato ai procedimenti penali, ma si applica anche nel contesto delle indagini preliminari di polizia, dei procedimenti civili e dei procedimenti amministrativi. Di conseguenza, non sarebbe corretto limitare l'ambito materiale di protezione del segreto editoriale costituzionalmente garantito in generale al contenuto più ristretto definito dall'art. 28a CP e dall'art. 172 CPP.

## C. Ambito personale di tutela

94 Dal punto di vista personale, il segreto editoriale protegge tutte le persone fisiche e giuridiche che creano contenuti mediatici (cfr. sull'ambito personale di tutela della libertà dei media n. 32 e segg.). Ciò significa che l'ambito di protezione va anche oltre, in termini personali, rispetto alla protezione prevista dall'art. 172 CPP nei procedimenti penali, che è limitata alle persone che sono professionalmente coinvolte nella pubblicazione di informazioni nella sezione editoriale di un mezzo di comunicazione pubblicato periodicamente (cfr. n. 93 sopra).

## D. Limitazioni al segreto editoriale

95 Il segreto editoriale non è assoluto; le restrizioni sono possibili a condizione che siano fondate su una base legale, che vi sia un interesse legittimo all'interferenza e che questa sia considerata proporzionata (art. 36 Cost.). Tuttavia, data l'importanza del segreto editoriale per l'attività giornalistica (cfr. n. 88) e la minaccia di un effetto deterrente delle disposizioni di legge o di un'interpretazione delle stesse che consenta un'interferenza troppo ampia, le restrizioni al segreto editoriale sono ammissibili solo per la protezione di interessi legali di alto livello e richiedono un attento test di proporzionalità. Ciò significa che anche nei casi in cui il diritto di rifiutare di testimoniare non si applica ai sensi dell'art. 28a cpv. 2 CP, occorre esaminare in ogni singolo caso se il segreto editoriale può essere limitato o meno.

*Gli autori*

*Marina Piolino, Dr. iur., ha scritto la sua tesi di laurea sul principio costituzionale dell'indipendenza dei media dallo Stato. Attualmente lavora*

*come avvocato dei media presso l'Ufficio federale delle comunicazioni (UFCOM).*

*Raphaela Cueni, Prof. Dr iur. LL.M., ha scritto la sua tesi di laurea sulla protezione costituzionale delle espressioni satiriche e partecipa a diversi progetti su questioni relative alla libertà di opinione e alla libertà dei media. È assistente di diritto amministrativo presso l'Università di San Gallo.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Bern 2011.

Camenisch Nora, Journalistische Sorgfalt. Rechtliche und medienethische Anforderungen, Zürich 2023.

Dumermuth Martin, Rundfunkregulierung — Alte und neue Herausforderungen, in: Jarren Ottfried/Donges Patrick (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff..

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011.

Oster Jan, Media Freedom as a Fundamental Right, Cambridge 2015.

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004.

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021.

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Schmohl Denise, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013.

Werly Stéphane, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel 2005

Zeller Franz/Kiener Regina, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015.

## BIBLIOGRAFIA

Alexy Robert, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2011 (zit. Alexy, Grundrechte).

Bacher Bettina, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015 (zit. Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz).

Barrelet Denis, § 45 Les libertés de la communication, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 721 ff. (zit. Barrelet, Libertés).

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. Barrelet/Werly, Droit de la communication).

Bartole Sergio/Bin Roberto, Commentario breve alla Costituzione, 2. Aufl. 2008. (zit. Bartole/Bin, Comm. breve).

Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. Belser/Waldmann, Grundrechte II).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017. (zit. Biaggini, Art. … N. …).

Brunner Stephan C., Art. 17 BV, in: Weerts Sophie/Rossat-Favre Colette/Guy-Ecabert Christine/Benoit Anne/Flückiger Alexander (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 95 ff. (zit. Brunner, Art. 17 BV).

Buess Carl, Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden. Eine Studie zum schweizerischen Medienstrafrecht, Diss. Bern 1990, Bern 1991 (zit. Buess, Strafrechtliche Verantwortlichkeit).

Capt Nicolas, Kommentierung zu Art. 10 RTVG, in: Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Loi sur la radiotélévision (LRTV) (Commentaire Stämpfli), Bern 2014 (zit. Capt, Comm LRTV, Art. 10 LRTV N. ...).

Cerutti Davide/Frattolillo Andrea, Twitter, Facebook & Co – Plus média ou social? in: medialex 2020, 3.9.2020 (zit. Cerutti/Frattolillo, Twitter) (verfügbar unter: https://medialex.ch/2020/09/03/twitter-facebook-co-plus-media-ou-social/).

Cottier Bertil, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit.: CR-Cottier, Art. 17 N. ...).

Cueni Raphaela, Das ist doch einseitige Stimmungsmache! Zur Zulässigkeit satirischer Äusserungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen im Radio- und Fernsehangebot der SRG, in: Jusletter 8.3.2021 (zit. Cueni, Satire im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen).

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Cueni, Satire).

Currie Ian, Freedom of expression and association, in: Tushnet Mark/Fleiner Thomas/Saunders Cheryl (Hrsg.), Routledge Handbook of Constitutional Law, Abingdon/New York 2013, S. 231 ff. (zit. Currie, Freedom of expression).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Dubey, Droits fondamentaux II).

Dumermuth Martin, Rundfunkregulierung — Alte und neue Herausforderungen, in: Jarren Ottfried/Donges Patrick (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff. (zit. Dumermuth, Rundfunkregulierung).

Dumermuth Martin, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, in: ZSR 2006, S. 229 ff. (zit. Dumermuth, Revision RTVG).

Dumermuth Martin, Die Rechtsnatur der Radio- und Fernsehempfangsgebühr, in: medialex 2004, S. 145 ff. (zit. Dumermuth, Empfangsgebühr).

Dumermuth Martin, Rundfunkrecht, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Teil 4 (zit. Dumermuth, Rundfunkrecht).

Dumermuth Martin, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidpraxis der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, Diss. Bern, Basel/Frankfurt a.M. 1992 (zit. Dumermuth, Programmaufsicht).

Errass Christoph/Rechsteiner David, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 17 BV N. ...).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Hauptbefunde, Jahrbuch 2022, Zürich 2022 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2022).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Hauptbefunde, Jahrbuch 2021, Zürich 2021 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2021).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Jahrbuch 2020, Zürich 2020 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2020).

Gersdorf Hubertus, Staatliche Kommunikationstätigkeit, AfP 2016, S. 293 ff. (zit. Gersdorf, Staatliche Kommunikationstätigkeit).

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit. Grabenwarter/Pabel, EMRK).

Hangartner Yvo, Unabhängigkeit vom Staat und von staatlichen Unternehmen als Voraussetzung der Medienfreiheit, in: AJP 2005, S. 1183 ff. (zit. Hangartner, Unabhängigkeit).

Hangartner Yvo, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer

Daniel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 111 ff. (zit. Hangartner, Verfassungsmässige Rechte).

Harris David J./O'Boyle Michael/Bates Ed P./Buckley Carla M. (Hrsg.), Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., New York 2018 (zit. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR).

Herrmann Günter/Lausen Matthias, Rundfunkrecht, Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, 2. Aufl., München 2004 (zit. Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht).

Hertig Maya, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. ...).

Hettich Peter/Schöller Maximilian, Kommentierung zu Art. 93 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 93 BV N. ...).

Hettich Peter/Schelker Mark, Medien im digitalen Zeitalter, Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Hettich/Schelker, Medien).

Heydt Volker, Rundfunkfinanzierung aus dem Staatshaushalt, in: AöR 1975, S. 584 ff. (zit. Heydt, Rundfunkfinanzierung).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002 (zit. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Grundfragen, Baden-Baden 2000 (zit. Hoffmann-Riem, Regulierung).

Hürlimann Daniel, Soll es einfacher werden, unliebsame Medienberichte gerichtlich zu stoppen?, Unser Recht, 27.8.2021 (https://unser-recht.ch/2021/08/27/daniel-huerlimann-soll-es-einfacher-werden-unliebsame-medienberichte-gerichtlich-zu-stoppen/) (zit. Hürlimann, Unliebsame Medienberichte).

Jarass Hans D., Die Freiheit der Massenmedien, Zur staatlichen Einwirkung auf Presse, Rundfunk, Film und andere Medien, Habil. München, Baden-Baden 1978 (zit. Jarass, Massenmedien).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte).

Kley Andreas, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus?, in: medialex 2008, S. 15 ff. (zit. Kley, Programmzugang) (verfügbar unter: https://perma.cc/U6MH-ZTGS).

Kley Andreas, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 183 ff. (zit. Kley, Medien).

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011 (zit. Krüsi, Zensurverbot).

Langer Lorenz, Behördliche Stellungnahmen und der Schutz der freien Willensbildung: Grenzen der Kategorisierung, in: ZBl 4/2020, S. 179 ff. (zit. Langer, Behördliche Stellungnahmen).

Martenet Vincent, La notion de service public en droit suisse, in: Tanquerel Thierry/Bellanger François (Hrsg.), Le service public, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 9 ff. (zit. Martenet, Service public).

Masmejan Denis, Kommentierung zu Art. 4 RTVG, in: Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Loi sur la radiotélévision (LRTV) (Commentaire Stämpfli), Bern 2014 (zit: Masmejan, Comm LRTV, Art. 4 LRTV N. ...).

Masmejan Denis, Vorsorgliche Massnahmen gegen die Medien: Die Meinungsäusserungsfreiheit ist in Gefahr, auf: humanrights.ch, 31.8.2021.

Milton John, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 52 ff. (zit. Milton, Areopagitica).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung der Grundrechte).

Müller Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Müller, Elemente).

Müller Jörg Paul/Grob Franziska, Kommentar zu Art. 55bis BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1999 (zit. Müller/Grob, Kommentar zu Art. 55bis aBV).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus/Zeller Franz, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 482 ff. (zit.: Müller/Schefer/Zeller, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus/Zeller Franz, Medienfreiheit, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 438 ff. (zit.: Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit).

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021 (zit. Nobel/Weber, Medienrecht).

Oster Jan, European and International Media Law, Cambridge 2017 (zit. Oster, Media Law).

Oster Jan, Media Freedom as a Fundamental Right, Cambridge 2015 (zit. Oster, Meda Freedom).

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004 (zit. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit).

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021 (zit. Piolino, Staatsunabhängigkeit).

Puppis Manuel/Schenk Michael/Bosshart Stefan/Hofstetter Brigitte, Schlussfolgerungen, in: Puppis Manuel/Schenk Michael/Hofstetter Brigitte (Hrsg.), Medien und Meinungsmacht, Zürich 2017, S. 353 ff. (zit. Puppis et al., Medien).

Rechsteiner David/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK- Rechtseiner/Errass, Art. 16 BV N. ...).

Riklin Franz, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996 (zit. Riklin, Presserecht).

Riklin Franz, «Kassensturz»-Aufnahmen mit versteckter Ton-Bild-Kamera – Bundesgerichtsentscheid vom 7.10.2008 (6B_225/2008), in: medialex 2008, S. 180 ff. (zit. Riklin, «Kassensturz»-Aufnahmen).

Rauchhaus Alexandra, Rundfunk und Staat, Das Gebot der Staatsferne des Rundfunks vor neuen Herausforderungen, Diss. Passau, Berlin 2014 (zit. Rauchhaus, Rundfunk und Staat).

Saxer Urs, Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat, in: medialex 2004, S. 19 ff. (zit. Saxer, Öffentlichkeitsinformationen)

Saxer Urs/Thurnheer Simon, Kommentierung zu Art. 71 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Saxer/Thurnheer, Art. 71 StPO N. ...).

Schabas William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., Kehl 2019 (zit. Schabas, CCPR Commentary).

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faculty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff. (zit. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001(zit. Schefer, Kerngehalte).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Handen des BAKOM, 7.7.2020 (verfügbar unter: https://bit.ly/3b0Jdbe) (zit. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel).

Schmohl Denise, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013 (zit. Schmohl, Redaktionsgeheimnis).

Schulze-Fielitz Helmuth, Kommentierung zu Art. 5 GG, in: Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1–19), 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. Schulze-Fielitz, GG-Kommentar, Art. 5 GG N. ...).

Schürmann Frank, Staatliche Mediennutzung – Staatspresse, amtliche Verlautbarungen, Staatsrundfunk, Rundfunksponsoring, in: AfP 1993, S. 435 ff. (zit. Schürmann, Staatliche Mediennutzung).

Schwaibold Matthias, Ein Attentat auf die Meinungsfreiheit. Die Rechtskommission des Ständerates plant eine brisante Änderung der ZPO, medialex 3.5.2021 (zit. Schwaibold, Ein Attentat auf die Meinungsfreiheit).

Seiler Hansjörg, Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (Hrsg.), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 745 ff. (zit. Seiler, Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung).

Stone Adrienne, The comparative constitutional law of freedom of expression, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind, Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011, S. 406 ff. (zit. Stone, Freedom of expression).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 35 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann, Art. 35 BV N. ...).

Weber Rolf H., Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2008 (zit. Weber, Komm. RTVG).

Werly Stéphane, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel 2005 (zit. Werly, Secret rédactionnel).

Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, V. Kommunikationsgrundrechte, in: ZBJV 10 (2019), S. 692 ff. (zit. Zeller, Rechtsprechung 2017/2018).

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. ...).

Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, V. Kommunikationsgrundrechte, in: ZBJV 10 (2018), S. 671 ff. (zit. Zeller, Rechtsprechung 2018/2019).

Zeller Franz, Journalistische Sorgfaltspflicht beschäftigt die Justiz immer öfter, in: medialex 2018, S. 64 ff. (zit. Zeller, Journalistische Sorgfaltspflicht).

Zeller Franz, Das Konzept des «verantwortungsvollen Journalismus» rückt ins Zentrum, in: medialex 2017, S. 78 ff. (zit. Zeller, Konzept).

Zeller Franz, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Diss Bern 1997, Bern/Stuttgart/Wien 1998 (zit. Zeller, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik).

Zeller Franz/Dumermuth Martin, Kommentierung zu Art. 93 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. ...).

Zeller Franz/Kiener Regina, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. ...).

Zollinger David, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende. Muss der 2015 revidierte Art. 47 BankG korrigiert werden?, in: medialex 06/2022 (zit. Zollinger, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende).

## I MATERIALI

Botschaft über die Volksinitiative «Volkssouveränität statt Behördenpropaganda» vom 29.6.2005, BBl 2005 4373 ff. (zit. Botschaft Volkssouveränitätsinitiative).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18.12.2002, BBl 2003 1569 ff (zit. Botschaft RTVG 2003).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1 (zit. Botschaft BV).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17.6.1996, BBl 1996 IV 525 (zit. Botschaft Medienstrafrecht).

Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28.9. 1987, BBl 1987 II 689 ff. (zit. Botschaft RTVG 1987).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5.5.1982, BBl 1982 II 636 (zit. Botschaft Änderung ZGB (Persönlichkeitsschutz)).

Bericht des Bundesrats zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien, Bericht des Bundesrates vom 17.6.2016 in Erfüllung des Postulates 14.3298 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates (KVF-S) (zit. Bundesrat, Service-public-Bericht).

Eidgenössische Medienkommission, Besonderheiten von Medien im digitalen Zeitalter: Gestaltungsoptionen für eine leistungsfähige Medienlandschaft aus ökonomischer und gesellschaftlicher Perspektive, 22.1.2018 (zit. EMEK, Medien im digitalen Zeitalter) (verfügbar unter: https://perma.cc/NF2L-J5WQ).

Menschenrechtskommissar des Europarats, Media Pluralism and Human Rights, Issue Discussion Paper, CommDH(2011)43, 6.12.2011 (zit.

Menschenrechtskommissar
des Europarats, Media Pluralism) (verfügbar unter: https://perma.cc/R49W-S22T).

Ministerkomitee des Europarats, Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the Guarantee of the Independence of Public Service Broadcasting, R(96)10, 11.9.1996 (zit. Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung zur Unabhängigkeit des Service-public-Rundfunks). (verfügbar unter: https://perma.cc/VWZ3-8872).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996) (verfügbar unter: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bot-neue-bv-d.pdf.download.pdf/bot-neue-bv-d.pdf).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 20 Cost.

Un commentario di Raffaela Kunz

CITAZIONE SUGGERITA

Raffaela Kunz, Commentario all'art. 20 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Kunz, art. 20 Cost. N. XXX.

**Art. 20 Libertà della scienza**

La libertà della ricerca e dell'insegnamento scientifici è garantita.

# STRUTTURA

I. Storia dell'origine ..... 287
II. Contesto ..... 288
A. Rilevanza della scienza ..... 288
B. Funzioni della libertà accademica ..... 289
C. Concezione prioritaria come diritto di difesa ..... 290
D. Protezione internazionale ..... 293
III. Commento in senso stretto ..... 293
A. Concetto di scienza ..... 293
B. Ambito materiale di tutela ..... 297
1. Libertà di ricerca ..... 297
a. Generale ..... 297
b. Questioni individuali ..... 298
c. Libertà di ricerca e "scienza aperta" ..... 299
2. Libertà di insegnamento ..... 302
3. Libertà di apprendimento? ..... 302
C. Ambito di protezione personale ..... 303
D. Restrizioni ..... 304
1. Interventi ..... 304
2. Giustificazione ..... 306
E. Sfide e discussioni attuali ..... 308
1. Riemergere delle minacce tradizionali ..... 308
2. Nuovi tipi di minacce ..... 308
a. "Cultura dell'annullamento" ..... 308
b. "Politicizzazione" ed "economizzazione" della scienza ..... 310
Letture consigliate ..... 312
Bibliografia ..... 313

# I. STORIA DELL'ORIGINE

La libertà di scienza è stata inserita nella Cost. come **diritto fondamentale indipendente** solo con la modifica del 1999. Prima di allora, il Tribunale federale aveva ritenuto che il contenuto del diritto fosse coperto da altri diritti fondamentali, in particolare la libertà personale e la libertà di espressione, senza chiarire se si trattasse di un diritto fondamentale non scritto. Nel contesto della revisione totale, tuttavia, l'inclusione del diritto fondamentale è stata indiscussa fin dall'inizio. Già nel 1973, un gruppo di lavoro nominato dal Consiglio federale (la cosiddetta Commissione elettorale), con il compito di raccogliere proposte per una futura Costituzione federale, aveva raccomandato l'inclusione della libertà accademica come diritto fondamentale indipendente basato sul diritto costituzionale tedesco. Nell'ambito della revisione, la libertà accademica è stata inizialmente menzionata come un ulteriore "diritto fondamentale culturale" insieme alla libertà artistica; nel progetto di costituzione del 1996, ha ricevuto la sua attuale formulazione come garanzia indipendente. Durante le consultazioni è stato chiesto di porre maggiormente l'accento sulla responsabilità dei ricercatori nei confronti delle persone e dell'ambiente, ma la relativa mozione è stata respinta. 1

La libertà di scienza è considerata il **"contributo tedesco** ' al catalogo transnazionale dei diritti fondamentali e ha 'influenzato in modo significativo" anche la legislazione svizzera. Per comprendere il diritto fondamentale, è quindi opportuno dare uno sguardo laterale alla situazione giuridica tedesca. Ciò è giustificato dall'estrema differenziazione della giurisprudenza e della dottrina. Nonostante la "rivoluzionaria alleanza" tra scienza, illuminismo e ordine politico, la libertà di scienza non è esplicitamente inclusa nelle dichiarazioni classiche dei diritti umani come il *Bill of Rights* americano (1789/1791) o la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* francese (1789). In Germania, invece, i primi precursori risalgono al periodo del Vormärz; il diritto fondamentale fu menzionato per la prima volta nel progetto del cosiddetto Comitato dei diciassette per una nuova costituzione federale (1848) e successivamente adottato nella Costituzione di Weimar e infine nella Legge fondamentale. Tuttavia, il dibattito tedesco sulla libertà accademica non è stato privo di controversie; un punto centrale riguardava la preoccupazione per l'infiltrazione dello Stato sotto le vesti della libertà, cui fa 2

eco l'aggiunta che la libertà trova i suoi limiti nel dovere di essere fedeli alla Costituzione. Le esperienze del dominio nazista, invece, hanno avuto un ruolo sorprendentemente minore.

3 In termini di storia delle idee, la libertà accademica è figlia dell'**Illuminismo** e più antica dell'idea costituzionale moderna. L'appello di Spinoza per una *libertas philosophandi* analoga alla libertà di coscienza religiosa dalla coercizione dello Stato è considerato uno dei primi esempi*:* la libertà, in materia di conoscenza intellettuale, di non essere soggetti ad alcun legislatore che non sia la legge del pensiero. In questo modo è stata formulata l'idea di base, valida ancora oggi, secondo cui la ricerca scientifica della verità è esente da determinazioni politiche statali.

## II. CONTESTO

### A. Rilevanza della scienza

4 La scienza svolge un ruolo centrale nella **società dell'informazione o della conoscenza** . Le scoperte scientifiche sono alla base delle decisioni ufficiali e personali in tutti i settori della vita. La rilevanza dei pareri scientifici sulle politiche è stata rivelata in una misura senza precedenti durante la pandemia di coronavirus, alimentando le discussioni di lunga data sull'espertocrazia. Allo stesso tempo, la scienza è ora sottoposta a enormi pressioni. Tra queste, le richieste di una maggiore regolamentazione, di una democratizzazione ("citizen science") e di una migliore comunicazione della scienza ("science communication") di fronte agli scandali scientifici e ai potenziali pericoli associati alle nuove scoperte. La ricerca scientifica riconosce anche una crescente pressione di aspettative sul fatto che la scienza - soprattutto quella finanziata con fondi pubblici - debba fornire risultati concreti, più utilizzabili e socialmente utili. D'altro canto, e la pandemia COVID ne è un altro esempio paradigmatico, la scienza si trova anche ad affrontare critiche fondamentali in tempi di fake news, teorie del complotto e scetticismo scientifico alimentato dai populisti.

5 Questa **ambivalenza** - crescente rilevanza da un lato e crescente pressione dall'altro - si riflette già in parte nella Costituzione federale: ad esempio, l'art. 64 della Costituzione federale ha creato la base per il finanziamento statale della ricerca negli ultimi 50 anni; d'altro canto, la Costituzione federale fornisce anche un quadro per la regolamentazione della ricerca, in particolare

nell'ambito della ricerca sull'uomo (art. 118b Cost.), della medicina riproduttiva e dell'ingegneria genetica in campo umano (art. 119 Cost.) e nel contesto della protezione degli animali (art. 80 Cost.). Possono sorgere tensioni anche all'interno del diritto fondamentale stesso, ad esempio tra il suo patrocinio individuale e quello istituzionale (cfr. N. 27).

## B. Funzioni della libertà accademica

La Cost. parte dal presupposto che la libertà della scienza richieda una **protezione speciale** e non si confonda con altri diritti fondamentali come la libertà generale di opinione. Qual è la ragione di questa protezione speciale? La teoria della scienza distingue tre diversi modelli di giustificazione, che si ritrovano in modo simile anche in molti trattati giuridici: Protezione per motivi di autonomia individuale, per motivi epistemologici e per motivi di teoria democratica. La prima giustificazione pone l'accento sulla comprensione del mondo come base della libertà umana e quindi come elemento di sviluppo personale individuale; le altre giustificazioni sono più attente agli interessi collettivi. 6

La **giustificazione epistemologica** parte dal presupposto che la libertà stimola la creatività e quindi favorisce la produzione efficiente di conoscenza ("terzo beneficio inerente ai diritti fondamentali"). Nelle parole di Karl Jaspers, "la libertà del singolo studioso fino all'arbitrio è la condizione della sua intellettualità produttiva". In linea con questa idea, in molti Paesi occidentali le agenzie di ricerca si basano sull'idea di autoregolamentazione disciplinare anziché sull'organizzazione centrale. Ciò è chiaramente espresso anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, che sottolinea che "la scienza libera dall'utilità sociale e dalla convenienza politica serve meglio lo Stato e la società". Il Tribunale federale svizzero non si è pronunciato nello stesso modo; tuttavia, dalla storia della creazione della Costituzione federale emerge chiaramente che considerazioni simili hanno avuto un ruolo nell'inclusione della libertà scientifica nella Cost. Anche la ricerca *prima facie* "inutile" è quindi protetta, non solo per il valore intrinseco della conoscenza, ma anche per il presupposto che "tutte le grandi scoperte sono in genere intuizioni dimostrate successivamente". I successi della ricerca e l'innovazione tecnologica derivanti dalla ricerca industriale con obiettivi chiaramente definiti dall'esterno - esempi recenti sono la ricerca sul vaccino COVID dell'azienda Biontech - ma anche da sistemi scientifici non liberi 7

come l'ex Unione Sovietica o la Cina di oggi sembrano mettere in discussione questa giustificazione, soprattutto per la ricerca scientifica, in alcuni casi in modo empirico. Ciò rende evidente la necessità di ulteriori giustificazioni (cfr. infra, N. 8).

8 La **giustificazione basata sulla teoria democratica** si concentra sulla garanzia dell'indipendenza della conoscenza e della libertà dall'influenza politica. Pertanto, una preoccupazione centrale della libertà accademica, che condivide con la libertà religiosa, è l'allontanamento di fondo dello Stato laico da "qualsiasi verità sovratemporale". La verità scientifica è sottratta alla determinazione e al giudizio politico. La ragione di ciò è la necessità di una conoscenza indipendente come base per le decisioni nel processo democratico. A ciò si aggiunge la "protezione della contro-pubblicità razionale" per salvaguardare le strutture liberali.

9 Nel complesso, è quindi chiaro che **nessuna delle giustificazioni è valida in assoluto**: non si può sostenere l'argomento secondo cui la conoscenza può essere acquisita solo in condizioni di libertà, né la democrazia va automaticamente di pari passo con la libertà accademica. Piuttosto, le diverse linee di ragionamento si completano a vicenda. Mentre gli argomenti legati all'autonomia sottolineano la vicinanza al diritto alla libertà personale ("diritto personale accademico"), gli argomenti politico-democratici si concentrano sulla vicinanza alla libertà di opinione. È quindi vero che la libertà accademica combina elementi di diritti personali, diritti di comunicazione ed elementi politici e democratici. Tuttavia, il modo in cui la libertà accademica viene spesso rappresentata come un diritto fondamentale di comunicazione è una semplificazione eccessiva.

## C. Concezione prioritaria come diritto di difesa

10 In Svizzera, la libertà accademica è innanzitutto un **diritto soggettivo di difesa** contro le restrizioni ingiustificate della libertà da parte dello Stato. Essa protegge "l'indipendenza intellettuale e metodologica del ricercatore dalle interferenze dello Stato". Il messaggio del 1999 sulla Costituzione federale afferma già che il diritto "non conferisce alcun diritto a prestazioni statali"; anche la dottrina e la pratica non hanno ancora derivato alcun diritto a prestazioni giustiziabili dall'art. 20 Cost. Oltre al diritto all'uguaglianza e all'arbitrio (artt. 8 e 9 Cost.), non vi è quindi alcun diritto all'accesso all'istruzione superiore o a contributi per il finanziamento della ricerca. A

differenza della Germania, anche in Svizzera non esiste un diritto individuale al finanziamento di base. Questo si riferisce al diritto degli accademici "di ricevere le risorse di base e minime necessarie per svolgere i propri compiti nell'insegnamento e nella ricerca". Alcuni studiosi sostengono che l'articolo 20 della Cost. dia luogo anche a doveri di protezione giustiziabili, come il diritto a misure di sicurezza che garantiscano l'organizzazione di eventi scientifici su temi controversi. Soprattutto alla luce delle attuali situazioni di rischio (cfr. III. E. ), la concettualizzazione come diritto primario di difesa sembra superata e sembra opportuno un esame più approfondito di eventuali doveri positivi di agire. Per quanto riguarda l'accesso alle informazioni, si veda il successivo N. 26.

11 Oltre alla **dimensione** giuridico-soggettiva, la dottrina riconosce oggi unanimemente anche una **dimensione giuridico-oggettiva** della libertà accademica. Con questa si intende generalmente la dimensione dei diritti fondamentali come *principi progettuali* o "imperativi giuridici oggettivi", che impongono allo Stato di realizzare i diritti fondamentali anche al di là delle rivendicazioni azionabili individualmente. In quanto obiettivi e programmi, essi sono rivolti principalmente al legislatore. In relazione all'art. 20 della Cost. vengono regolarmente citati come giustificazione gli elevati requisiti finanziari, infrastrutturali e organizzativi della scienza, che in Svizzera è un compito statale e "dipende esistenzialmente dal sostegno dello Stato" per la sua realizzazione. La scienza si trova quindi in una certa tensione tra il bisogno di autonomia e il sostegno dello Stato. Tuttavia, il contenuto concreto della dimensione giuridico-oggettiva rimane poco definito in letteratura. Ciò è probabilmente legato anche al fatto che due ambiti in cui la questione potrebbe diventare rilevante sono solitamente discussi nel contesto della "costituzione educativa" piuttosto che della libertà accademica. In primo luogo, si tratta dell'autonomia dell'università, ora esplicitamente menzionata nell'art. 63a della Cost. e dell'obbligo di promuovere la ricerca di cui all'art. 64 della Cost. Tuttavia, la libertà accademica nella sua dimensione giuridico-oggettiva rimane rilevante in entrambi i settori come *linea guida* e *limite* per l'azione statale, per cui il legislatore ha un ampio margine di manovra. Ad esempio, l'art. 20 della Cost. stabilisce l'obbligo di organizzare le procedure di assegnazione dei fondi in modo adeguato alla scienza. La dimensione oggettiva-giuridica può anche essere mobilitata a favore del finanziamento pubblico di base, che spesso è più favorevole alla scienza rispetto ai finanziamenti di terzi assegnati su base competitiva. Oggi sono significativi

anche i doveri di agire e proteggere derivanti dalla dimensione giuridica oggettiva per mantenere la scienza libera *in quanto tale*, che rimangono al di sotto della soglia di una minaccia diretta ai diritti fondamentali e quindi si differenziano dalle richieste di protezione individuali giustiziabili.

12 Questa dimensione giuridica oggettiva è particolarmente forte in **Germania**, dove la Corte Costituzionale Federale ha già sottolineato nella sua sentenza del 1973 sull'istruzione superiore che, oltre al diritto soggettivo alla libertà, la libertà accademica contiene "una norma fondamentale oggettiva e decisiva per il valore che regola il rapporto della scienza, della ricerca e dell'insegnamento con lo Stato (...)". Di conseguenza, oltre a rispettare la libertà individuale, la libertà accademica richiede "l'impegno dello Stato (...) nei confronti dell'idea di scienza libera e la sua partecipazione alla sua realizzazione". La libertà accademica, quindi, non solo protegge la libertà d'azione individuale, ma anche - sebbene come condizione preliminare alla libertà individuale - l'autonomia scientifica e quindi il "funzionamento dell'istituzione della 'scienza libera' in quanto tale". La libertà accademica è stata quindi descritta anche come un "diritto fondamentale funzionale" e la scienza, al cui funzionamento autonomo contribuisce il diritto fondamentale, come un primo esempio di costituzione parziale civile emergente o *costituzione accademica*. Di conseguenza, il dovere di "consentire e promuovere la scienza fornendo risorse umane, finanziarie e organizzative" deriva dal diritto fondamentale. A differenza della Svizzera, la dimensione giuridica della garanzia è "risoggettivata" e i titolari dei diritti fondamentali possono vantare diritti azionabili, ad esempio a una "organizzazione universitaria accademicamente adeguata". Finora, la maggior parte della giurisprudenza della Corte costituzionale federale ha riguardato il cosiddetto diritto organizzativo e quindi la dimensione oggettiva del diritto fondamentale.

13 Anche in Svizzera, le discussioni odierne riguardano principalmente le restrizioni alla libertà che riguardano l'organizzazione delle università e della ricerca in senso lato, ad esempio per quanto riguarda il cosiddetto research sponsoring o gli oneri eccessivi per il personale docente dovuti a compiti amministrativi. Le minacce alla libertà accademica sono quindi diverse oggi rispetto al momento della creazione del diritto fondamentale, quando si trattava principalmente di proteggere la libera scienza dalle interferenze dello Stato e della Chiesa (cfr. I. sopra). Tuttavia, esse possono ancora avere un

impatto sull'istituzione della libera ricerca e dell'insegnamento; sarebbe quindi auspicabile che anche la Svizzera desse maggiori contorni alla dimensione giuridico-oggettiva (cfr. infra, E). Inoltre, una certa "**risoggettivizzazione**" della dimensione oggettiva rafforzerebbe anche la protezione dei diritti fondamentali in Svizzera. Ciò significherebbe che i titolari dei diritti fondamentali potrebbero, in determinate circostanze, adire le vie legali per contestare misure inadeguate dal punto di vista scientifico, ad esempio per quanto riguarda il finanziamento della ricerca o l'organizzazione universitaria. Ciò significherebbe che la questione della compatibilità delle misure legislative con la libertà accademica non sarebbe lasciata al solo legislatore e che, in determinate circostanze, l'azione legislativa a tutela della libertà accademica potrebbe essere richiesta con maggiore forza.

### D. Protezione internazionale

A livello internazionale, la libertà accademica è implicitamente protetta dal diritto dei diritti umani attraverso la libertà di espressione ai sensi della CEDU e del Patto delle Nazioni Unite II (art. 10 CEDU; art. 19 cpv. 2 Patto delle Nazioni Unite II). La libertà accademica è inoltre esplicitamente garantita dall'art. 15, cpv. 3, del Patto ONU I. Sebbene il Tribunale federale non riconosca la giustiziabilità di molti dei diritti contenuti in questo Patto, non è questo il caso di questa disposizione per il suo contenuto chiaramente difensivo. La libertà di scienza è inoltre espressamente sancita dall'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. 14

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Concetto di scienza

La libertà di scienza di cui all'art. 20 Cost. comprende indubbiamente i sottocontenuti della libertà di ricerca e della libertà di insegnamento, ognuno dei quali ha le proprie aree di protezione. La caratteristica comune di queste sottoporzioni è che solo le attività *scientifiche* sono coperte al fine di beneficiare della protezione dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 20 Cost. La Cost. presuppone quindi alcune razionalità scientifiche intrinseche che si differenziano da altri diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione, e giustificano quindi un'ammissibilità separata alla protezione. 15

Ciò richiede innanzitutto una **definizione**, che tuttavia incontra delle difficoltà.

16 Anche la **ricerca scientifica** presuppone che la conoscenza scientifica sia una forma *speciale* di sapere. Tuttavia, non si basa su un concetto standardizzato di scienza. Mentre la filosofia della scienza si concentra maggiormente sulle proprietà della conoscenza stessa, la sociologia della scienza è interessata alle pratiche degli scienziati e all'emergere della conoscenza scientifica. Tuttavia, l'idea della scienza come corpo di conoscenze oggettive, verificabili e universalmente vere, spesso associata al razionalismo critico *di Karl Popper* come ulteriore sviluppo del positivismo logico del XX secolo, ha subito forti pressioni negli ultimi decenni, inizialmente dalla stessa filosofia della scienza. Ricercatori come *Thomas S. Kuhn* hanno contribuito a mettere in discussione l'immagine di una scienza basata esclusivamente su fatti e logica e hanno evidenziato l'influenza di altri valori, ad esempio nella scelta dei metodi. In questo modo, hanno fornito "la porta d'ingresso per le spiegazioni sociologiche, per così dire". Da allora, gli approcci delle scienze sociali hanno evidenziato la costruzione sociale o la "co-produzione" della società e della conoscenza. Gli studi scientifici femministi, ad esempio, hanno scosso l'immagine della scienza imparziale; studi empirici come quelli di *Bruno Latour* mostrano in dettaglio la "costruzione" della conoscenza in laboratorio. Paul Feyerabend, una voce relativista radicale/costruttivista sociale che oggi appartiene al postmodernismo, ha persino messo in discussione l'idea di razionalità e di rigore metodologico, giungendo alla conclusione che "tutto è permesso".

17 A prescindere da questi dibattiti, dal punto di vista del diritto costituzionale, la Cost. presuppone la possibilità della scienza. I **limiti** della libertà accademica non devono quindi essere determinati in base a criteri epistemico-filosofici, ma **in base al diritto costituzionale**. In altre parole, non è compito del diritto costituzionale porre fine al dibattito scientifico-teorico sulla definizione di scienza; piuttosto, il diritto dovrebbe creare il contesto affinché questi dibattiti si svolgano il più liberamente possibile all'interno della scienza. La legge stessa deve quindi definire il concetto di base della scienza. Tuttavia, né la Cost. né i materiali concretizzano il termine; anche la Corte Suprema Federale ha fatto solo dichiarazioni rudimentali sull'argomento. La descrizione della*libertà scientifica* come "garanzia di un nucleo creativo inviolabile della conoscenza scientifica e dell'insegnamento, nonché della

conservazione dell'indipendenza intellettuale e metodologica della ricerca" si riferisce a sua volta solo al requisito della conoscenza scientifica e non è quindi una definizione.

**I tentativi di definizione**, come sono stati fatti più volte in letteratura, incontrano la difficoltà che, da un lato, si vieta allo Stato di adottare una certa concezione della scienza, dal momento che il diritto fondamentale intende sottrarre la conoscenza scientifica alla determinazione statale (divieto di identificazione). D'altra parte, l'autodichiarazione del lavoro scientifico da sola non è sufficiente a distinguere la scienza dalla non scienza; deve essere possibile operare una distinzione significativa da altre forme di comunicazione soggettiva e dalla pseudoscienza. In una certa misura, sembra esserci un consenso tra gli studiosi sul fatto che sia sensato collegare il concetto costituzionale di scienza alla *comunità scientifica* e a specifiche pratiche scientifiche. Tuttavia, basarsi sul riconoscimento da parte della *comunità scientifica* comporta nuovi pericoli di limitazione della libertà, in quanto il diritto fondamentale è volto a consentire la libera scienza e quindi a proteggere anche le opinioni minoritarie e gli approcci nuovi, innovativi o addirittura inaspettati. 18

Alla luce dello scopo protettivo della norma, sembra quindi opportuno basarsi su un **concetto ampio** di rigore scientifico, caratterizzato dalle pratiche esistenti nella comunità scientifica, ma non limitato ad esse. Un approccio sistematico e guidato dal metodo è centrale, il che implica la *verificabilità* e la comprensibilità intersoggettiva dei risultati. 19

Per molto tempo, un dibattito particolare nella teoria della scienza ha riguardato la questione se anche la **giurisprudenza** possa rivendicare l'etichetta di scientificità. Ciò ha a che fare con la mutevolezza della materia giurisprudenziale, che non può essere studiata come una "legge di natura", ma anche con la natura pratica della materia e con i confini spesso fluidi tra ricerca e attività pratica. Un altro punto riguardava la metodologia giuridica, o meglio la sua mancanza: Accanto all'ermeneutica e al diritto comparato, questa ha avuto per molto tempo solo un ruolo subordinato. Da allora la situazione è cambiata, probabilmente anche a causa dell'internazionalizzazione e della crescente rilevanza della procedura di candidatura presso il Fondo Nazionale Svizzero per la Ricerca Scientifica, che è caratterizzata dalle scienze naturali. Resta il fatto che la giurisprudenza è caratterizzata da norme, valori e interpretazioni e che alle questioni 20

giuridiche non si può rispondere con la stessa precisione dei problemi matematici, ad esempio. Tuttavia, ci sono dei limiti a ciò che è ancora considerato un'argomentazione convincente quando si applicano sistematicamente le regole di interpretazione giuridica. In ogni caso, un concetto di scienza che insiste sulla verificabilità empirica è probabilmente ormai considerato superato. Oggi, probabilmente, c'è un ampio consenso sul fatto che anche l'esplorazione e la comprensione sistematica dei contesti di significato al di là delle "dure" relazioni causali, come si pratica nelle scienze umane e sociali, sia considerata scienza. Invece di verificabilità empirica, oggi si usa spesso il termine *comprensibilità intersoggettiva*. Applicato alla giurisprudenza, ciò significa che una risposta giuridica è arrivata e giustificata in modo tale che anche un terzo possa comprenderla e, utilizzando gli stessi metodi, possa giungere alla stessa conclusione.

21 Una questione importante è se la **cattiva condotta scientifica** , come la falsificazione dei dati e il plagio, porti alla perdita della validità scientifica. Le opinioni in merito divergono. Per non compromettere la tutela della libertà, è preferibile stabilire requisiti elevati per la perdita dell'integrità scientifica. Ciò significa che non tutti i comportamenti scorretti comportano automaticamente la decadenza, ma solo i casi di cattiva condotta *sistematica*. Nel valutare le accuse, ha senso includere gli standard di autoregolamentazione; esempi sono il Codice di integrità scientifica delle Accademie svizzere delle arti e delle scienze, le regole per la salvaguardia della buona pratica scientifica della Max Planck Society o gli standard del *Committee on Publication Ethics* (COPE).

22 Infine, possono sorgere difficili questioni di demarcazione per quanto riguarda la **commercializzazione** della scienza. Sebbene l'opinione prevalente in Svizzera neghi la natura scientifica della ricerca orientata ai risultati e vincolata da istruzioni, anche in questo caso è probabilmente preferibile una visione differenziata. Dopo tutto, la scienza non dovrebbe essere idealizzata. Se *il disinteresse* - inteso come assenza di interessi primari - nel processo di ricerca è una delle norme fondamentali dell'etica scientifica, è indiscusso nella teoria della scienza odierna che il postulato del disinteresse e dell'indipendenza non può essere sostenuto nella sua forma assoluta. In un'epoca in cui la ricerca industriale svolge un ruolo eminentemente importante e la ricerca di base e quella orientata all'applicazione non possono essere chiaramente distinte, dovrebbe essere decisivo per la protezione dei

diritti fondamentali che gli interessi commerciali non siano la motivazione principale e che la ricerca sottostante osservi i metodi e gli standard di acquisizione della conoscenza scientifica.

## B. Ambito materiale di tutela

### 1. Libertà di ricerca

#### a. Generale

La giurisprudenza sulla libertà scientifica è limitata e l'ambito di tutela è quindi rimasto vago. Il Tribunale federale ha costantemente definito la ricerca come "l'acquisizione e la diffusione della conoscenza umana attraverso la libera scelta delle domande, dei metodi e dell'attuazione della ricerca". In questo modo, sottolinea che sono tutelati sia gli approcci scientifici sia "quelli di natura umanistica, sociale e storica". Considerando che nell'uso quotidiano è ancora prevalente l'idea che la ricerca scientifica sia da equiparare alle scienze naturali, questa precisazione non è superflua. Anche il tipo di finanziamento della ricerca (privato o statale), la sede della ricerca (università, università di scienze applicate, industria) e il tipo di ricerca (ricerca di base o applicata) sono inizialmente irrilevanti per la protezione della ricerca. Tuttavia, il limite viene raggiunto quando la ricerca non si svolge in condizioni di rigore scientifico (N. 22 sopra). L'insegnamento rimane impreciso quando si tratta di stabilire quando **la ricerca dipendente dall'istruzione o orientata ai risultati** comporti la perdita dell'ammissibilità alla protezione. Secondo la visione differenziata della letteratura tedesca, dovrebbe essere decisivo il grado di autonomia o l'esistenza di un sufficiente margine di manovra per le valutazioni dei ricercatori. Sebbene le difficoltà di delimitazione siano inevitabili, questo approccio differenziato è probabilmente preferibile semplicemente per non escludere dall'ambito di tutela la ricerca industriale, che per definizione è orientata ai risultati. 23

Per una descrizione più dettagliata delle attività protette, la dottrina distingue, seguendo le varie fasi del ciclo di ricerca, tra l'ambito del **lavoro e l'ambito della** libertà di ricerca. L'ambito di lavoro si riferisce all'attività di ricerca e comprende anche la fase che precede la ricerca vera e propria (ad esempio, la determinazione della domanda di ricerca, la scelta del metodo, la selezione del personale). L'area di impatto, invece, descrive la libertà di diffusione della ricerca. Da un lato, ciò include la decisione se i risultati della ricerca debbano 24

essere resi disponibili al pubblico. Dall'altro lato, è tutelata anche la decisione su tempi, luoghi e modalità di pubblicazione. Nella letteratura tedesca si parla di libertà di pubblicazione (positiva e negativa). Questa dimensione illustra la vicinanza della libertà accademica ai diritti fondamentali della comunicazione. Tuttavia, anche la paternità scientifica, intesa come paternità intellettuale e quindi come aspetto dei diritti della personalità, è protetta.

25 Più di recente è emersa la questione, poco discussa dalla dottrina svizzera, se anche la **comunicazione dei ricercatori al di fuori dei formati strettamente scientifici** rientri nell'ambito di applicazione. Si tratta, ad esempio, della scrittura di post su un blog, ma anche di attività sui social media o di apparizioni nei media. Alla luce del fatto che la comunicazione attiva della propria ricerca per colmare il presunto divario tra scienza e società è sempre più richiesta, ad esempio dal FNS (parola chiave "comunicazione scientifica"), e alla luce dell'uso attivo di queste possibilità da parte della *comunità scientifica*, una comprensione limitata ai formati scientifici in senso stretto non sembra più appropriata. Oggi i social media come X (ex Twitter) svolgono un ruolo importante nell'acquisizione di informazioni e conoscenze. Tuttavia, essi seguono una logica mediatica piuttosto che una logica puramente scientifica e possono portare a dichiarazioni esagerate, che possono sollevare questioni difficili sui confini della libertà di espressione. Un certo potenziale di abuso è dato dal fatto che gli scienziati godono di un "bonus di autorità" nella società. In parole povere, si pone la domanda: *ogni* dichiarazione di un giurista costituzionale sui dibattiti costituzionali in corso rientra automaticamente nella libertà accademica e gode quindi di una maggiore protezione? Nonostante le difficoltà nel tracciare una linea di demarcazione, il *contenuto* delle dichiarazioni e non il *luogo di diffusione* dovrebbero essere decisivi per l'apertura dell'ambito di protezione dell'art. 20 Cost. In caso di dubbio, si dovrebbe applicare un concetto *ampio* di natura scientifica, in cui il diritto costituzionale riconosce anche dei limiti (per esempi, si veda il successivo N. 47).

## b. Questioni individuali

26 Una questione che è emersa più volte nella pratica è se la libertà accademica dia luogo a un diritto di **accesso alle informazioni** che va oltre il diritto generale all'informazione. L'art. 16 cpv. 3 Cost. limita il diritto di ricevere

informazioni alle fonti pubblicamente accessibili, in cui la legislazione determina quali informazioni sono considerate pubbliche. In linea di principio, la Corte Suprema Federale ha respinto una richiesta di informazioni non pubbliche basata sulla libertà accademica ed è giunta alla conclusione che non si può ipotizzare con leggerezza una violazione dell'accesso costituzionale alle informazioni ai sensi dell'art. 20 Cost. Allo stesso tempo, ha riconosciuto che la possibilità potrebbe comunque presentarsi nel caso di "un approccio di ricerca specifico e una conseguente necessità legata alla ricerca (...)". In una decisione più recente, la Corte ha anche affermato che l'interesse a ispezionare i documenti d'archivio prima della scadenza del periodo di protezione è rafforzato dalla libertà accademica.

La questione della misura in cui l'**autonomia dell'università** le garantisce la 27
libertà di plasmare il proprio profilo di ricerca e insegnamento prima che sia determinato dallo Stato non è ancora stata trattata molto in letteratura. Sembra chiaro che una regolamentazione statale completa che non lasci alle università alcun margine di manovra nella definizione del proprio profilo sarebbe inammissibile. Un limite all'esercizio dell'autonomia deriva a sua volta dalla libertà individuale di ricerca, che si trova in una certa tensione con l'autonomia dell'università.

## c. Libertà di ricerca e "scienza aperta"

Nell'era digitale, esiste un diritto fondamentale al libero accesso alla ricerca 28
(finanziata con fondi pubblici) via Internet? Questa domanda è diventata sempre più importante da quando il Comitato sociale delle Nazioni Unite ha invitato gli Stati a promuovere la "scienza aperta" in un "Commento generale", molto discusso, sul "diritto alla scienza" in conformità con l'articolo 15, paragrafo 2, lettera b), del Patto sociale delle Nazioni Unite. Scienza aperta è un termine collettivo che indica varie pratiche di ricerca lungo l'intero ciclo di ricerca, basate sull'idea di condivisione e collaborazione. Il libero accesso ai dati ("open data") e alle pubblicazioni scientifiche ("open access") è particolarmente rilevante nella vita scientifica quotidiana. Sebbene oggi sorgano numerosi interrogativi e problemi (cfr. infra, N. 30), la "scienza aperta" è generalmente considerata **"science-friendly"**, in quanto la *pubblicazione* e l'*accessibilità* sono "concetti chiave per l'intero sistema scientifico". All'inizio del nuovo millennio, Internet, con il suo potenziale di comunicazione prima sconosciuto, è stato quindi visto come un'opportunità

per realizzare valori scientifici fondamentali come la norma di *Merton* del comunitarismo. Come parte della "struttura normativa" della scienza descritta dal sociologo della scienza Robert K. Merton, questa norma afferma che gli scienziati dovrebbero condividere liberamente le loro scoperte per promuovere il progresso della scienza nel suo complesso, piuttosto che trattenerle per un guadagno personale. Il concetto di comunanza sottolinea quindi l'importanza dell'apertura, della collaborazione e dell'impegno collettivo per la scienza. Queste idee sono riprese nei primi documenti del movimento per l'accesso aperto, come la *Dichiarazione di Berlino sull'accesso aperto alla conoscenza nelle scienze e nelle discipline umanistiche* e l'*Iniziativa per l'accesso aperto diBudapest.*

29 Ciò solleva la questione se il dovere dello Stato di creare le condizioni quadro per una comunità scientifica funzionante possa dare origine a un imperativo di "scienza aperta". Anche la strategia svizzera per l'accesso aperto mira a rendere accessibile al pubblico tutta la ricerca finanziata con fondi pubblici, nel senso di "Open Access". Altri sostengono che, essendo la pubblicità una condizione quasi funzionale della scienza, la protezione individuale attraverso la libertà accademica dovrebbe essere **subordinata all'effettiva pubblicazione dei risultati** . Nell'era digitale, ciò significherebbe quindi rendere la propria ricerca pubblicamente accessibile nel senso di "open access". Tuttavia, la dottrina prevalente respinge in generale l'obbligo di pubblicazione come condizione preliminare per la tutela dei diritti fondamentali, a causa della libertà negativa di pubblicazione. Sebbene la mancata divulgazione della ricerca per motivi commerciali sia scientificamente problematica, non dovrebbe comportare automaticamente l'esclusione dall'ambito di tutela.

30 Nel complesso, gli obblighi di "accesso aperto" sono in **tensione con la libertà negativa di pubblicazione.** Alcuni accademici vedono anche la strategia di accesso aperto della Fondazione nazionale svizzera per la scienza come una violazione della libertà negativa di pubblicazione. In Germania, i membri di un'università hanno addirittura intentato una causa alla Corte costituzionale federale sulla base di uno statuto universitario che li obbliga a depositare le loro ricerche pubblicate in archivi Internet pubblicamente accessibili dopo la scadenza annuale prevista dalla legge. Secondo l'opinione espressa in questa sede, gli obblighi di pubblicazione ad "accesso aperto" non dovrebbero essere costituzionalmente problematici, nonostante gli effetti

collaterali indesiderati (si veda il successivo N. 31). Poiché le modalità di pubblicazione sono interessate, si tratta effettivamente di una violazione dei diritti fondamentali; tuttavia, in particolare nel caso di violazioni solo lievi dei diritti fondamentali attraverso l'obbligo di "pubblicazione secondaria", ossia il deposito della pubblicazione in un archivio pubblicamente accessibile come ZORA dell'Università di Zurigo, è probabile che la violazione sia giustificata dall'interesse del pubblico e dei terzi all'accesso e a un sistema scientifico funzionante.

31 Al contrario, si pone la questione se la dimensione oggettiva della libertà accademica faccia sorgere l'obbligo per lo Stato di adottare misure per **proteggere un sistema di pubblicazione funzionante**. Ad esempio, nel caso dei grandi editori scientifici internazionali sono note da tempo forme di concentrazione del mercato che distorcono la concorrenza. La tendenza ad abbandonare il cosiddetto modello di abbonamento per passare all'"accesso aperto" ha forse persino esacerbato questo problema. Una delle principali critiche alla politica di finanziamento del FNS è che l'obbligo di "accesso aperto" porta a un ulteriore rafforzamento dei grandi editori, a scapito dei fornitori più piccoli. Un altro problema è la potenziale perdita di qualità, perché le tariffe di pubblicazione incentivano gli editori a pubblicare il maggior numero possibile di articoli piuttosto che quelli di alta qualità. Questo è un problema non solo per l'elevato onere di prezzo che grava sulle casse pubbliche, ma anche per l'influenza dei grandi editori sulla scienza. Negli ultimi anni, ad esempio, l'interferenza degli editori nel lavoro editoriale ha ripetutamente portato alle dimissioni dei direttori delle riviste. Di recente il problema è diventato ancora più grave perché i grandi editori internazionali si stanno rivolgendo sempre più al business dei dati e utilizzano gli strumenti sviluppati da Google e simili per analizzare il comportamento degli utenti, creando opportunità di influenza senza precedenti. Ciò dimostra che le minacce all'indipendenza della scienza - che sono rilevanti per i diritti fondamentali - non sono ora poste solo da attori statali, ma anche da potenti attori privati. Poiché questi ultimi non sono direttamente vincolati dai diritti fondamentali, si pone la questione delle misure di protezione statali, come quelle previste dal diritto della concorrenza. Nell'ambito dei diritti fondamentali sembra inoltre necessario promuovere alternative al problematico modello "dorato" dell'"accesso aperto", che prevede tariffe elevate per le pubblicazioni e serve soprattutto ai grandi editori.

## 2. Libertà di insegnamento

32 Il contenuto parziale della libertà di insegnamento protegge la libertà di insegnare. Le attività protette comprendono la **libertà di insegnamento e la scelta della materia**. In altre parole, la libertà di insegnamento è una "libertà di opinione specificamente adattata all'insegnamento accademico". Parallelamente alla libertà di ricerca, non è coperto solo l'insegnamento universitario, ma anche l'insegnamento nell'intero contesto universitario; è coperto anche il trasferimento di conoscenze a un pubblico più ampio al di fuori delle aule. Come per la libertà di ricerca, è necessario che sia soddisfatto il criterio della *natura scientifica* dell'insegnamento, che richiede l'insegnamento di razionalità specifiche della materia nell'ambito delle capacità degli studenti e la capacità di analizzare criticamente le posizioni scientifiche. Tuttavia, non si tratta di insegnare agli studenti a condurre una propria ricerca, cosa che oggi non sarebbe realisticamente possibile. Non comprende la pura formazione professionale o l'istruzione nelle scuole di formazione generale. Anche l'insegnamento online e i formati più recenti, come i podcast o i canali YouTube, rientrano nell'ambito della protezione. Questo include principalmente le attività di insegnamento sotto la propria responsabilità; secondo la dottrina prevalente, le attività di insegnamento soggette a istruzioni, come le esercitazioni che accompagnano le lezioni, svolte da assistenti ma per le quali i professori sono responsabili, non rientrano nell'ambito di tutela. Si tratta di un'affermazione troppo categorica, soprattutto perché molti assistenti all'insegnamento apportano il loro stile di insegnamento e possono anche contribuire alla creazione di corsi per i quali non sono responsabili, il che depone a favore di un'estensione della tutela.

## 3. Libertà di apprendimento?

33 L'inclusione della libertà di apprendimento come **terzo elemento indipendente** è stata respinta nelle delibere parlamentari. Ciononostante, la maggioranza degli studiosi chiede che venga riconosciuta la libertà di apprendere, sia come elemento indipendente che come sottoinsieme della libertà di insegnare. Ciò riflette in ultima analisi l'idea humboldtiana della comunità di insegnanti e discenti e dello scambio di idee nel rispetto reciproco. Secondo questa visione, la libertà di apprendere include il diritto degli studenti di organizzare i propri studi senza regolamentazioni sproporzionate. Anche i processi cognitivi degli studenti sono protetti, liberi

da costrizioni ad adottare i valori ideologici o politici del corpo docente. Tuttavia, è discutibile se tale soppressione da parte dell'"autorità del corpo docente" rientri nella libertà di insegnamento. Questo aspetto è particolarmente rilevante per la stesura di articoli di seminario e tesi di laurea; non appena gli studenti dispongono di strumenti scientifici adeguati e lavorano in modo indipendente in ambito scientifico, rientrano comunque nella tutela della libertà di ricerca, il che è particolarmente probabile nel caso di studi avanzati.

Nella pratica, sono sorte questioni legate all'istruzione superiore, in 34
particolare per quanto riguarda eventuali obblighi giuridici positivi o **rivendicazioni soggettive**. Tuttavia, il Tribunale federale se ne occupa principalmente sotto il titolo di libertà di occupazione ai sensi dell'art. 27 cpv. 2 Cost. e di libertà personale ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 Cost. In relazione alle restrizioni di ammissione (numerus clausus), ha sottolineato che non esiste un diritto costituzionale all'accesso a un corso universitario; *a maggior ragione*, ciò vale per i corsi speciali. L'art. 19 della Cost. garantisce solo il diritto a un'istruzione primaria sufficiente e gratuita, mentre l'istruzione e la formazione professionale sono un obiettivo sociale che deve essere concretizzato dal legislatore (art. 41 Cost.). Tuttavia, gli articoli 8 e 9 Cost. hanno alcuni "effetti indiretti sui diritti fondamentali" e garantiscono il "diritto a una regolamentazione arbitraria e legalmente uguale dell'ammissione ai posti di studio disponibili". Questo diritto deriva dagli articoli 8 e 9 Cost. Alcuni studiosi traggono dall'art. 8 Cost. il diritto a borse di studio in caso di bisogno finanziario e a riduzioni delle tasse. Non esiste il diritto di non dover sostenere esami. Recentemente, in una decisione non ancora pubblicata, il Tribunale federale ha accolto il ricorso di un candidato alla laurea in medicina veterinaria a cui l'Università di Berna non aveva concesso tempo supplementare per completare il test di ammissione a causa di un disturbo della lettura (dislessia). Tali ricorsi soggettivi, ad esempio per adattare gli esami alle persone con disabilità, sarebbero opportuni e benvenuti.

## C. Ambito di protezione personale

Innanzitutto, le persone fisiche hanno**diritto ai diritti fondamentali** 35
indipendentemente dalla loro età o nazionalità. Analogamente all'ambito di protezione materiale, anche in questo caso il contesto dell'attività accademica è irrilevante, ossia che si svolga all'interno o all'esterno di un'università o

anche privatamente, purché sia soddisfatto il criterio della natura accademica. In questo contesto, anche le qualifiche formali sono irrilevanti; a questo proposito, chiunque può invocare la libertà accademica. “La comunità accademica è costituita da un discorso concreto, la cui coerenza è stabilita da criteri di razionalità qualitativa, ma non da un'appartenenza formale”. Questo vale quindi anche per gli studenti, purché siano coinvolti in una ricerca accademica indipendente. Anche le persone giuridiche di diritto privato possono invocare la libertà accademica se le relative attività di ricerca si svolgono in condizioni di rigore accademico (per il termine, si veda il precedente punto III.A.).

36 Le **università statali** si trovano in una “posizione ibrida” o “**doppio ruolo**”. Da un lato, sono destinatarie dirette dei diritti fondamentali (art. 35 cpv. 2 Cost.); dall'altro, possono anche essere titolari di diritti fondamentali in determinate circostanze. In primo luogo, ciò avviene se agiscono contro le violazioni dei diritti per conto dei ricercatori interessati. Inoltre, le università possono anche invocare violazioni della propria autonomia. Il Tribunale federale fa derivare l'autonomia delle università - sia a livello federale che cantonale - dall'art. 63a della Cost. e non dalla libertà accademica.

## D. Restrizioni

### 1. Interventi

37 Dalla concezione della garanzia dell'art. 20 Cost. come diritto di difesa deriva che lo **Stato deve in linea di principio astenersi da misure** che interferiscano con la libertà accademica. L'ingerenza può provenire da tutti i detentori di poteri pubblici, ossia da organi statali a tutti i livelli dell'amministrazione centrale e decentrata, nonché da privati nell'esercizio di funzioni pubbliche (art. 35 cpv. 1 Cost.). Ciò include quindi anche le università cantonali e il Politecnico di Zurigo, nonché il Fondo Nazionale Svizzero per la Ricerca Scientifica. Va notato che la ricerca e l'insegnamento sono già limitati in partenza a causa della necessità di un'organizzazione statale, ad esempio per quanto riguarda i regolamenti degli studi e degli esami, le infrastrutture disponibili, le risorse, ecc. Questa organizzazione della libertà accademica può, ma non necessariamente, significare una restrizione nel senso dei diritti fondamentali e deve essere esaminata caso per caso. Il trasferimento di competenze dai Cantoni alla Confederazione nell'ambito della

regolamentazione della scienza (vedi sotto) ha ridotto la capacità del Tribunale federale di monitorare il rispetto della libertà accademica da parte del legislatore (art. 190 Cost.).

L'**interferenza** può essere **sia diretta che indiretta**. Le violazioni dirette 38
che richiedono una giustificazione derivano, ad esempio, da regolamenti che riguardano o addirittura vietano soggetti e metodi di ricerca. Un esempio è la legge sulla ricerca sulle cellule staminali (StFG), che attua l'art. 119 Cost. e vieta, tra l'altro, la creazione di embrioni a scopo di ricerca, la modifica del materiale genetico di una cellula germinale o la derivazione di cellule staminali embrionali da essa, nonché la creazione di cloni, chimere o ibridi (art. 3 cpv. 1 lett. a-c StFG). La legge sulla ricerca umana (LRUm) regolamenta la ricerca sull'uomo e definisce all'art. 5 quando si tratta di una questione scientificamente rilevante. In linea di principio, anche le specifiche delle università in materia di ricerca e insegnamento, ad esempio nel contesto dello sviluppo del loro profilo, ad esempio nella definizione delle specializzazioni, richiedono una giustificazione. Inoltre, anche gli obblighi di autorizzazione e rendicontazione, ad esempio per le sperimentazioni cliniche sull'uomo ai sensi della legge sugli agenti terapeutici (HMG) o per gli esperimenti sugli animali ai sensi della legge sul benessere degli animali (TschG), devono essere considerati come menomazioni. Altri esempi sono i procedimenti civili o penali contro persone protette dalla libertà scientifica a causa di dichiarazioni scientifiche, restrizioni all'ingresso o all'uscita, procedimenti disciplinari e, più recentemente, requisiti relativi alle norme linguistiche o "trigger warning". I trigger warning nell'insegnamento universitario sono avvisi o avvertimenti che avvertono gli studenti del fatto che determinati contenuti delle lezioni successive potrebbero essere potenzialmente stressanti o emotivamente sconvolgenti. Anche i divieti e le proibizioni di pubblicazione o i regolamenti relativi alle modalità di pubblicazione costituiscono inizialmente un'interferenza con la libertà accademica. Ciò vale, ad esempio, per gli obblighi di accesso aperto e per i regolamenti relativi all'uso dei canali di social media da parte dei ricercatori. L'eccessivo carico di compiti didattici, d'esame o amministrativi può costituire un'ingerenza indiretta nella libertà accademica; lo stesso vale per le valutazioni dei risultati individuali della ricerca. Queste possono indurre i ricercatori a dare priorità a determinati argomenti di ricerca - come quelli più promettenti - e quindi avere un "effetto agghiacciante". Lo stesso vale per la crescente pressione ad acquisire finanziamenti da parte di terzi.

## 2. Giustificazione

39 Tutte le violazioni dell'art. 20 Cost. sono soggette ai **requisiti generali** dell'art. 36 Cost. La situazione giuridica è diversa in Germania, dove la libertà accademica, come cosiddetto diritto fondamentale incondizionato, non è soggetta ad alcuna riserva. Ciò non significa che sia concessa senza limitazioni; piuttosto, le limitazioni sono determinate dalla Costituzione, cioè derivano dalla protezione di altri interessi legali costituzionalmente garantiti. Tuttavia, ciò significa un livello di protezione più elevato rispetto ai diritti fondamentali che non sono garantiti incondizionatamente.

40 Per quanto la scienza sia importante per la società odierna, l'esperienza storica ha anche messo in evidenza il potenziale di abuso e i particolari pericoli e **rischi** che può comportare, come dimostra l'invenzione della bomba atomica. La ricerca sui virus, ad esempio, può fornire nuove scoperte importanti per combattere le malattie, ma può anche essere usata per produrre armi biologiche ("dilemma del doppio uso"). Più recentemente, questo problema è stato discusso in particolare in relazione all'intelligenza artificiale. Questa ambivalenza si riflette in diverse disposizioni costituzionali che sanciscono e limitano la libertà scientifica. Ad esempio, l'art. 21 cpv. 2 della Costituzione cantonale bernese recita: "Le persone impegnate nella scienza, nella ricerca e nell'insegnamento devono adempiere alla loro responsabilità nei confronti dell'integrità della vita umana, animale e vegetale e delle basi della loro esistenza". Lo stesso vale per le "clausole civili", secondo le quali la ricerca e l'insegnamento possono servire solo a scopi pacifici, ma anche per le clausole costituzionali, secondo le quali la libertà accademica non libera dalla fedeltà alla Costituzione.

41 L'art. 20 Cost. non contiene restrizioni di questo tipo. Tuttavia, la ricerca scientifica in Svizzera è soggetta a una **fitta rete di norme** che pongono limiti alla libertà. Ciò vale per la ricerca sull'uomo (art. 118b Cost.), la medicina riproduttiva e l'ingegneria genetica in campo umano (art. 119 Cost.) e l'ingegneria genetica in campo non umano (art. 120 Cost.). Diverse leggi concretizzano queste disposizioni costituzionali, in particolare la StFG, la LRUm e la HMG. Sono rilevanti anche la legge sulla protezione degli animali e le norme sulla protezione dei dati (art. 13 cpv. 2 Cost. e leggi cantonali e federali).

La **giustificazione** ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 Cost. è inizialmente la protezione dei diritti fondamentali di terzi. Questi includono, in particolare, la dignità umana (art. 7 Cost.), la libertà personale (art. 10 cpv. 2 Cost.) e l'autodeterminazione informativa (art. 13 cpv. 2 Cost.). Altri obiettivi costituzionali elementari come la dignità della creatura (art. 120 cpv. 2 Cost.), la protezione dell'ambiente (art. 74 Cost.) e la tutela della salute pubblica (art. 118 Cost.) sono anch'essi interessi legittimi di intervento. Anche le misure a tutela di un sistema scientifico funzionante, come la garanzia di qualità della ricerca e dell'insegnamento, possono costituire un interesse pubblico giustificabile nel quadro della proporzionalità. Per quanto riguarda la ponderazione degli interessi, la Corte Suprema Federale ha sottolineato, in relazione al benessere degli animali (art. 80 Cost.), che la libertà di ricerca non gode di una priorità generale rispetto ad altri valori costituzionalmente protetti; piuttosto, gli interessi in questione hanno la stessa importanza e devono essere ponderati caso per caso. Il guadagno di conoscenza previsto gioca un ruolo importante in questo caso. Il Tribunale federale ha ritenuto incostituzionale il divieto assoluto di ricerca sulle cellule germinali per motivi di dignità umana, mentre è costituzionale il divieto di ricerca su embrioni o feti vivi. 42

Ad oggi, il Tribunale federale non si è espresso sul **contenuto essenziale** della libertà scientifica ai sensi dell'art. 36 cpv. 4 Cost. La dottrina prevalente sembra ritenere che il divieto di censura preventiva sistematica dei contenuti di cui all'art. 17 cpv. 2 Cost. si applichi a tutti i diritti fondamentali di comunicazione e quindi anche alla diffusione dei risultati della ricerca come contenuto comunicativo della libertà accademica. Un'opinione di minoranza ritiene che sarebbe contraddittorio non qualificare i divieti di ricerca nel settore della ricerca a duplice uso come una violazione dell'area centrale, anche se si tratta di gravi violazioni dei diritti fondamentali, mentre i divieti di pubblicazione lo sono. Thurnherr fa notare che alcuni studiosi non classificano le forme di controllo preventivo sistematico dei contenuti, come il controllo preventivo della pubblicità farmaceutica, come una violazione dell'area centrale. È chiaro che i controlli preventivi sono gravi violazioni dei diritti fondamentali della comunicazione che, nel contesto della giustificazione, comportano requisiti elevati per quanto riguarda il livello e la densità della norma. 43

## E. Sfide e discussioni attuali

### 1. Riemergere delle minacce tradizionali

44 A livello internazionale, la libertà accademica è oggi considerata sempre più **minacciata**. In un periodo in cui lo Stato di diritto è di nuovo sotto pressione in Europa, le rappresaglie contro i ricercatori sono in aumento. In Ungheria, ad esempio, la chiusura della Central European University nel 2019 ha suscitato un grande clamore; in Turchia, i licenziamenti di massa nelle università a seguito del fallito *colpo di Stato* del 2016. Anche le possibilità tecniche e gli strumenti digitali possono portare a nuovi tipi di minacce. Negli ultimi anni, ad esempio, sono aumentati gli avvertimenti sul potenziale uso improprio della raccolta e della collazione sistematica di metadati quando si utilizzano le infrastrutture digitali e le relative possibilità di sorveglianza nel mondo accademico. Tuttavia, le minacce alla libertà accademica non si limitano agli Stati illiberali e alle nuove tecnologie. L'*Academic Freedom Index* conclude che la libertà accademica è diminuita a livello globale dal 2006. In Svizzera, il valore è rimasto stabile negli ultimi dieci anni: nel 2023, ha raggiunto un valore di 0,85 su una scala da 0 a 1.

### 2. Nuovi tipi di minacce

#### a. "Cultura dell'annullamento"

45 Nelle democrazie occidentali, compresa la Svizzera, negli ultimi anni si è discusso di possibili nuovi tipi di minacce. Tra queste, la preoccupazione spesso espressa che lo spazio per la discussione scientifica stia diventando sempre più ristretto a causa dell'eccessiva *correttezza politica* e che la scienza venga **moralizzata e politicizzata**, in particolare da ambienti di sinistra "woke" ("vigili"). Si parla spesso di una dittatura del politicamente corretto importata dagli Stati Uniti, di tirannia della minoranza o addirittura di totalitarismo illuminato. Questo porta a una "cultura dell'annullamento" o a un "controllo del discorso" all'università, con cui si intende il "silenziamento dei rappresentanti di opinioni scientifiche socialmente impopolari". Esempi citati - spesso molto efficaci nei media - sono i casi in cui i professori vengono "denunciati" per dichiarazioni rilasciate sui social network o gli studenti protestano contro lo svolgimento di determinati eventi nelle università o addirittura ne impediscono lo svolgimento per non offrire agli oratori una piattaforma ("no platforming"). Anche le richieste degli studenti di "spazi

sicuri" o di "trigger warning" sono citate come esempi di eccessiva *correttezza politica* o di *wokeness* e come una minaccia alla libertà accademica, in questo caso in particolare alla libertà di insegnamento. Tuttavia, gli studi suggeriscono che i singoli casi vengono spesso ingigantiti dai media e che il discorso sulla "cultura della cancellazione" viene spesso strumentalizzato da forze conservatrici o talvolta addirittura illiberali per ribaltare la situazione. In altre parole, l'accusa di "cancellazione" è spesso usata per proteggere e difendere i privilegi esistenti da critiche giustificate. Un esempio è quello di liquidare le critiche degli studenti agli esami o ai materiali didattici che riproducono relazioni sociali stereotipate - come la rappresentazione delle donne come casalinghe o delle persone con un background migratorio come criminali - come sensibilità della generazione "fiocco di neve". Mentre la lotta contro la cultura della cancellazione si presenta come la "punta di diamante di un liberalismo difensivo", essa è in realtà "parte del contraccolpo che minaccia in primo luogo la democrazia liberale".

**Dal punto di vista dei diritti fondamentali**, si può affermare che la libertà accademica non comporta la rivendicazione di spazi sicuri universitari e regolamenti linguistici, né le richieste degli studenti violano la libertà di insegnamento del personale universitario. D'altro canto, è probabile che il diritto alla protezione da interruzioni violente di eventi accademici derivi dal diritto fondamentale. È probabile che tale diritto esista anche nel caso in cui gli accademici si trovino esposti ad attacchi, ad esempio sui *social media*, a causa di dichiarazioni accademiche; in questi casi, è probabile che la dimensione protettiva dell'articolo 20 richieda all'università di proteggere i propri ricercatori, ad esempio rilasciando una dichiarazione pubblica. Nel complesso, il confronto con contenuti che si discostano dalla propria posizione e che magari risultano persino sgradevoli appare importante, soprattutto alla luce della funzione epistemica e democratica centrale della libertà accademica in una società aperta. Sia gli studenti che il personale docente devono sopportarlo. La "cultura dell'annullamento" sembra quindi essere una minaccia per la libertà accademica, in particolare perché alimenta uno stato d'animo anti-intellettuale e quindi mette a rischio la libera ricerca come istituzione nel lungo termine. 46

Le **misure *statali* volte a regolamentare il discorso accademico**, come quelle che sembrano essere sempre più diffuse nei Paesi dell'Europa occidentale negli ultimi tempi, possono essere considerate come classiche 47

violazioni della libertà accademica. Di conseguenza, può costituire un'interferenza con la libertà accademica che richiede una giustificazione il fatto che la direzione dell'università introduca regolamenti linguistici vincolanti, regoli l'uso dei *social media* da parte dei professori, disconosca i relatori invitati a causa della minaccia di proteste o addirittura licenzi i membri del corpo docente a causa di dichiarazioni rilasciate, ad esempio, in aula. Nel valutare se vi sia una violazione della libertà accademica, possono sorgere difficili questioni di demarcazione dalla libertà di opinione e tra "fatti oggettivi" ed espressioni soggettive di opinione, ma sono inevitabili se si vuole mantenere uno spazio indipendente di protezione della libertà accademica. Non è necessario avere una posizione costruttivista sociale radicale per riconoscere che la scienza non è mai completamente apolitica e neutrale ed è, per così dire, "fuori dalla società". Tuttavia, da un punto di vista costituzionale, esistono dei limiti a ciò che può essere considerato scienza. Le esagerazioni e la comunicazione di contenuti anche leggermente tendenziosi in aula o sui social network sono probabilmente coperte dalla libertà accademica; i discorsi d'odio, le dichiarazioni razziste e le polemiche, invece, difficilmente soddisfano i requisiti minimi di razionalità per rientrare nell'ambito di tutela dell'articolo 20. D'altra parte, è difficilmente giustificabile che intere aree di ricerca come gli *studi di genere* o le teorie postcoloniali e critiche vengano tagliate fuori dai politici perché sono "pseudoscienza" e attivismo "woke" dietro il velo della scienza. Pertanto, è proprio all'interno della comunità scientifica che si deve decidere cosa è considerato scienza e cosa no; l'articolo 20 della Cost. vieta allo Stato di decidere politicamente queste discussioni.

### b. "Politicizzazione" ed "economizzazione" della scienza

48 I media prestano meno attenzione **alle minacce più sottili alla libertà in tempi di "economizzazione" e "politicizzazione** ' della scienza, sebbene i sondaggi mostrino che un numero molto maggiore di ricercatori si sente limitato dall'obbligo di pubblicare rapidamente piuttosto che dalla 'correttezza politica", ad esempio. La parola d'ordine "economizzazione" si riferisce alla convergenza generale tra scienza e affari, compreso un maggiore orientamento della ricerca verso il beneficio economico; la "politicizzazione" si riferisce al legame sempre più stretto tra scienza e politica o conoscenza e potere. Entrambi i fenomeni sono strettamente legati alla crescente importanza della scienza e quindi all'"aumento del valore della moneta 'conoscenza'" nella società odierna. Per ragioni diverse, c'è una grande

richiesta di conoscenza come risorsa sia nell'economia che nella politica; la scienza, a sua volta, dipende da entrambi i sistemi per le sue esigenze di finanziamento.

Paradossalmente, è proprio questa posizione importante della scienza che 49
porta a **nuove vulnerabilità e opportunità di esercitare influenza**. L'influenza degli attori economici indebolisce l'altruismo della ricerca e nasconde persino il pericolo che i processi di ricerca vengano manipolati a scopo di lucro. Ciò danneggia l'integrità e la credibilità della scienza, che è già sottoposta a maggiori pressioni in tempi di populismo. In Svizzera, lo "sponsoring" privato in particolare è stato finora analizzato criticamente dal punto di vista dei diritti fondamentali. A sua volta, l'uso crescente della conoscenza scientifica in politica significa che gli esperti sono sempre più coinvolti in conflitti politici e, rafforzati dalla "medializzazione del ruolo dell'esperto", possono essere presi nel fuoco incrociato della critica pubblica. *Hirschi* descrive come le recenti crisi, dall'euro al coronavirus e alla crisi climatica, abbiano intensificato questi processi e contribuito alla polarizzazione del dibattito democratico. La richiesta politica di una maggiore efficienza della scienza e di una maggiore responsabilità nei confronti del pubblico, che è strettamente legata alle tendenze sopra descritte e va di pari passo con l'uso di meccanismi di controllo economico ("nuova gestione pubblica") nel settore dell'istruzione superiore, ha anche ripercussioni sui processi scientifici - e spesso effetti collaterali non intenzionali. Tra gli strumenti utilizzati vi sono, ad esempio, la misurazione dell'"impatto" della ricerca mediante dati bibliomantici nell'ambito delle valutazioni o la "progettualità" dei finanziamenti alla ricerca, che si riferisce all'assegnazione competitiva di fondi per la ricerca. Anche se non in modo così marcato come in altri Paesi, negli ultimi anni anche in Svizzera i finanziamenti statali alla ricerca si sono sviluppati maggiormente in direzione di principi orientati alla performance e alla concorrenza. L'assegnazione dei fondi in base ai progetti crea incentivi per concentrarsi su "temi alla moda" che possono essere utilizzati per attrarre finanziamenti da parte di terzi; la misurazione numerica della ricerca alimenta la dinamica del "publish or perish" (pubblicare o morire) e incoraggia i ricercatori a suddividere i loro risultati nel maggior numero possibile di pubblicazioni ("salami slicing").

Sebbene questi tentativi di controllo possano avere un "effetto agghiacciante" 50
in singoli casi, spesso rimangono al di sotto **della soglia di** effettiva violazione

dei diritti fondamentali. Invece di costituire una minaccia diretta ai diritti fondamentali individuali, essi incidono sull'autonomia della scienza in quanto tale e quindi sulle condizioni quadro della libera ricerca. Queste sottili minacce sono difficili da cogliere sulla base della concezione difensiva dominante della libertà accademica e richiamano l'attenzione sulla protezione dell'istituzione della scienza libera come base della libertà individuale.

*L'autore*

*Raffaela Kunz è borsista post-dottorato del FNS e docente all'Università di Zurigo. In precedenza è stata borsista presso il Collegium Helveticum di Zurigo e ricercatrice presso il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Nella sua abilitazione, analizza le opportunità e le sfide per la libertà accademica nell'era digitale. È membro del consiglio di amministrazione di Onlinekommentar e membro del Centro di eccellenza per i diritti umani dell'Università di Zurigo e della Swiss Young Academy.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, Recht und Zugang 3 (2021), S. 194-229.

Amschwand Fabian, Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen: verfassungsrechtlicher Rahmen und Leitlinien für die Umsetzung an den Hochschulen, Bern 2014.

Besson Samantha, Science without Borders and the Boundaries of Human Rights : Who Owes the Human Right to Science?/Une science sans frontière face aux frontières des droits de l'homme – Qui est débiteur du droit de l'homme à la science?, Journal européen des droits de l'homme 4 (2015), 462-485.

Besson Samantha/Achermann Katja, International Cooperation under the human right to science: What and Whose Duties and Responsibilities?, Frontiers in Sociology 2023, doi: 10.3389/fsoc.2023.1273984.

Dähne Harald, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit. Dargestellt anhand der Forschung und Verwertung ihrer Erkenntnisse in der Bio- und Gentechnik, Berlin 2007.

Gärditz Klaus-Ferdinand, Universitäre Industriekooperation, Informationszugang und Freiheit der Wissenschaft, Tübingen 2019.

Hirschi Caspar, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, Leviathan 49 (2021), S. 161-186.

Lackey Jennifer (Hrsg.), Academic Freedom, Oxford 2018.

Kitcher Philipp, Science, Truth, and Democracy, Oxford 2001.

König Beat, Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2007.

Özmen Elif (Hrsg.), Wissenschaftsfreiheit im Konflikt. Grundlagen, Herausforderungen und Grenzen, Berlin 2021.

Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/ Ragone Giada, Academic Freedom under Pressure? A Comparative Perspective, Berlin 2021.

Schwander Verena, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002.

Voigt Friedmann (Hrsg.), Freiheit der Wissenschaft, Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion, Berlin 2012

Wilholt Torsten, Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen, Frankfurt/M. 2013.

## BIBLIOGRAFIA

Ammann Odile, Rechtswissenschaft und Politik: Fliessende Grenzen?, in: Mertens Christian/Köhler Thomas, Jahrbuch für politische Beratung 2019/2020, Wien 2020, S. 139-157.

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, Recht und Zugang 3 (2021), S. 194-229.

Ash Mitchell G., Diskurskontrolle an Deutschen Universitäten – Bedrohung der Wissenschaftsfreiheit?, Berlin 2022.

Atlas Ronald M./Dando Malcolm, The Dual-Use Dilemma for the Life Sciences, in: Biosecurity and Bioterrorism: Biodefense Strategy, Practice, and Science 4 (2006), S. 276 ff.

Augsberg Ino, Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit, in: Friedmann Voigt (Hrsg.), Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion, Berlin 2012, S. 65–89.

Augsberg Ino, Wissenschaftsverfassungsrecht, in : Vesting Thomas/Korioth Stefan (Hrsg.), Der Eigenwert des Vefassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Berlin 2011, 187-206.

Ausschusses für Wissenschaftliche Bibliotheken und Informationssysteme der Deutschen Forschungsgemeinschaft (AWBI), Datentracking in der Wissenschaft: Aggregation und Verwendung bzw. Verkauf von Nutzungsdaten durch Wissenschaftsverlage, Informationspapier vom 28.10.2021 (Zit. AWBI Informationspapier).

Bäuerle Michael, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz Gabriele (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, Tübingen 2012, S. 1-16.

Baur Nina/Besio Cristina/Norkus, Maria, Organisationale Innovation am Beispiel der Projektifizierung der Wissenschaft, in: Rammert, Werner/ Windeler, Arnold, Knoblauch, Hubert/Hutter, Michael (Hrsg.), Innovationsgesellschaft heute, Wiesbaden 2016.

Becker, Carl Heinrich, Vom Wesen der deutschen Universität, Leipzig 1925.

Besson, Samantha, L'effectivité des droits de l'homme. Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme, in : Zufferey, Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Fribourg 2011, 53-84.

Bethge Herbert, Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg 2009.

Biaggini Giovanni, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, Art. 20 BV, 2. Aufl., Zürich 2017.

Boillet Véronique, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 20, Basel 2021.

Breining-Kaufmann Christine, Akademische Freiheit in Zeiten der Globalisierung – Liberalisierung und Studienreform als neue Herausforderung für die Wissenschaftsfreiheit, ZSR 123 I (2004), 307-341.

Britz Gabriele, in: Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG, 3. Aufl. Tübingen 2013.

Champeil-Desplats Véronique, Méthodologies du droit et des sciences du droit, 3. Aufl. Paris 2022.

Daub Adrian, Cancel Culture Transfer. Wie eine moralische Panik die Welt erfasst, Berlin 2022.

Ehrenzeller Bernhard, Bildungsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf 2020.

Eisentraut, Nikolas, Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine «öffentliche» Rechtswissenschaft?, Ordnung der Wissenschaft 3 (2020), 177-190.

Epiney Astrid, Wissenschaftsfreiheit, Hochschulautonomie und staatliche Förderung: zur Rolle des Staats in der Wissenschaftsförderung, in: Kreis Georg (Hrsg.), Wie viel Staat braucht die Schweiz?, Basel 2019.

Errass Christoph, Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent, Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich/Basel 2020.

Feyerabend Paul, Against Method, London 1975.

Froese Judith, Der Universitätscampus als «Safe Space»: Verlangt die Rechtsordnung die Gewährleistung einer Wohlfühlatmosphäre?, JZ 2018, S. 480.

Gärditz Klaus-Ferdinand, in: Dürig Günter/Herzog Roman/Scholz Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG, 101. Lieferung, München 2023.

Gingras Yves, Bibliometrics and Research Evaluation: Uses and Abuses, Cambridge, MA, 2016.

Graf Fabienne Sarah/Haux Dario Henri, Verpflichtung zu Open Access – universitäres Publizieren der Zukunft?, Sui Generis 2017, S. 229, https://doi.org/10.21257/sg.46.

Grimm Dieter, Wissenschaftsfreiheit als Funktionsgrundrecht, in: Grimm, Dieter/Zechlin, Lothar/Möllers, Christoph/Schimank, Uwe, Wissenschaftsfreiheit in Deutschland: drei rechtswissenschaftliche Perspektiven, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften 2021, S. 17-23 (zit. Grimm 2021).

Grimm Dieter, Wissenschaftsfreiheit vor neuen Grenzen?, Göttingen 2007 (zit. GRIMM 2007).

Hertig Maya, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 20 BV, Basel 2015.

Hirschi Caspar, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, Leviathan 49 (2021), S. 161-186.

Institut für Demoskopie Allensbach, Forschungsfreiheit an deutschen Universitäten. Ergebnisse einer Umfrage unter Hochschullehrern, 2020.

Ishmael-Perkins Nick/Raman Sujatha/Metcalfe Jenni/Strudwicke Indigo/Gascoigne Toss/Leach Joan, The Contextualization Deficit: Reframing Trust in Science for Multilateral Policy, The Centre for Science Futures Working Paper, Paris 2023.

Jasanoff Sheila (Hrsg.), States of Knowledge. The Co-Production of Science and Social Order, London/New York 2004.

Jaspers Karl, Die Idee der Universität [1946], in: Fuchs Thomas/Halfwassen Jens/Schulz Reinhard, Karl Jaspers Gesamtausgabe, Basel 2016, S. 103-202.

Jonas Hans, Das Prinzip Verantwortung, Frankfurt/M. 1979.

Kaldewey David/Schauz Désirée, Die Wissenschaft als Gegenstand von Wissenschaft, in: Kaldewey Daivd (Hrsg.), Wissenschaftsforschung, Berlin/Boston 2023.

Kamp Manuel, Forschungsfreiheit und Kommerz. Der Grundrechtliche Schutz mit wirtschaftlicher Zielsetzung betriebener Forschung und ihrer Verwertung, beispielhaft anhand der Arzneimittelzulassung, Berlin 2004.

Kessler Sabrina Heike/Cano Pardo Miriam S./Jobin Anna/Georgi Fanny, How Informed are the Swiss about COVID-19 and Prevention Measures? Results of a Survey on Information Awareness, Behaviour, and Deficits, European Journal of Health Communication 3 (2022), 118-142.

Khoo Shaun Yon-Seng, Article Processing Charge Hyperinflation and Price Insensitivity: An Open Access Sequel to the Serials Crisis, Liber Quarterly 29 (2019), https://doi.org/10.18352/lq.10280.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kinzelbach Katrin/Lindberg Staffan I./Lott Lars, Academic Freedom Index 2024 Update. FAU Erlangen-Nürnberg/V-Dem Institute 2024, DOI: 10.25593/open-fau-405.

Kley Andreas, Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), in: Mauron Pierre, Schweizerische juristische Kartothek, Genf 2004.

Kley Andreas, Freie Bahn für Open Access, Plädoyer 03/2018, S. 36-38.

König Beat, Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2007.

Kourany Janet, The Gender of Science, Englewood Cliffs 2002.

Kuhn Thomas S., Objectivity, Value Judgment, and Theory Choice, in: Kuhn Thomas S., The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change, Chicago 1977.

Kunz Raffaela, Tackling Threats to Academic Freedom Beyond the State: The Potential of Societal Constitutionalism in Protecting the Autonomy of Science in the Digital Era, Indiana Journal of Global Legal Studies 30 (2023), S. 265-291.

Larivière Vincent/Haustein Stefanie/Mongeo Philippe, The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era, Plos One, 10 (2015), https://doi.org/10.1371/journal.pone.0127502.

Latour Bruno/Woolgar Steven, Laboratory Life. The Social Construction of Scientific Facts, Beverly Hills 1979.

Löwer Wolfgang, in: Merten Detlef/Paper Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, § 99 Freiheit wissenschaftlicher Lehre und Forschung, Heidelberg 2011.

Magni Francesco, Trigger Warnings and Academic Freedom: A Pedagogic Perspective, in Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/Ragone Giada, Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective, Berlin 2021.

Merton Robert K., The normative structure of science [1942], in: Merton Robert K. (Hrsg.), The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations, Chicago 1973, S. 267–278.

Mill John Stuart, On Liberty, Utilitarianism and other Essays [1863], Oxford 2015.

Möllers Christoph, Funktionsgrenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Grimm, Dieter/Zechlin, Lothar/Möllers, Christoph/Schimank, Uwe, Wissenschaftsfreiheit in Deutschland: drei rechtswissenschaftliche Perspektiven, Berlin 2021, 35-42.

Müller Jörg-Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller, Markus, Akademische Freiheit. Sorgen um ein bedrohtes Gut, in: Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kren Kostkiewicz, Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, S. 381-403.

Müller, Markus, Die Glaubwürdigkeit von Wissenschaft in Zeiten der Ökonomisierung, SAGW-Bulletin 1 (2024), S. 27-30.

Münkler Laura, Expertokratie: Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus, Tübingen 2020.

Nowotny Helga, The Changing Nature of Public Science, in: Nowotny Helga et al. (Hrsg.), The Public Nature of Science under Assault, Berlin/Heidelberg 2005, S. 1-27.

Nygaard Lynn P./Bellanova Rocco, Lost in Quantification: Scholars and the Politics of Bibliometrics, in: Curry Mary Jane and Lillis Theresa (Hrsg.), Global Academic Publishing, Bristol 2017, S. 23-36.

Peat Daniel/Rose Cecily, The Changing Landscape of International Law Scholarship: Do Funding Bodies Influence What We Research?, Yale Journal of International Law 49 (2024), S. 125-153.

Popper Karl, Die Logik der Forschung [1934], 11. Aufl. Tübingen 2005 (Herbert Keuth Hrsg.).

Ragone Giada, Ethical Codes and Speech Restrictions: New Scenarios and Constitutional Challenges to Freedom of Teaching at University—The Italian Perspective, in: Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/Ragone Giada, Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective (Springer 2021).

Ruffert Matthias, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Kultur und Wissenschaft: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt am Main vom 5. bis 8. Oktober 2005, Berlin/Boston 2006, S. 146-216.

Schabas William A., Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and its Applications, in: Donders Yvonne/Volodin Vladimir (Hrsg.), Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges, Aldershot 2007.

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, in: Jusletter 7. Februar 2022.

Schimanik Uwe/Hüthre Otto, Forschungsfinanzierung und Individuelle Wissenschaftsfreiheit: Balance von sicherer Grundfinanzierung und finanzieller Anreizsteuerung, Berlin 2022.

Schwander Verena, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002.

Schwander Verena, Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, in: Müller Albert/Schwingens Rainer Christoph, Wissenschaftsfreiheit in Vergangenheit und Gegenwart, Basel 2008.

Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Art. 20 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Art. 35 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizerischer Wissenschafts- und Technologierat, «Economization of Science», SSTC Report 4/2013.

Schmidt-Assmann, Eberhard,Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in Dreier Horst (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Berlin 2005, S. 67-96.

Seckelmann Margrit, Deutungskämpfe auf dem Campus: Der Wunsch nach safe spaces und trigger warnings, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 4 (2020), S. 372-387 (zit. Seckelmann 2020).

Statunato Stefano, Wissenschaft, Wahrheit und Demokratie. Elemente einer normativen Theorie der Wissenscahftsfreiheit, Diss Zürich 2024.

Strasser Bruno/Baudry Jérôme/Mahr Dana/Sanchez Gabriela/Tancoigne Elise, «Citizen Science»? Rethinking Science and Public Participation, Science & Technology Studies 32 (2019), S. 52-76.

Swissuniversities/Swiss National Science Foundation, Swiss National Open Access Strategy. Revised in 2024, Bern 2024.

Teubner Gunther, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 1-28.

Thurnherr Daniela, Biosecurity und Publikationsfreiheit. Die Veröffentlichung heikler Forschungsdaten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit – eine grundrechtliche Analyse, Bern 2014.

Trute Hans-Heinrich, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994.

Urbina Fabio/Lentzos Filippa/Invernizzi Cédric/Ekins Sean, Dual use of artificial-intelligence-powered drug discovery. Natature Machine Intelligence 4 (2022), 189–191.

Venzke Ingo, How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists, Oxford 2012.

Vrielink Jogchun/Lemmens Koen/Lemmens Paul/Parmentier Stephen, Challenges to academic freedom as a fundamental right, LERU Advice Paper No. 31, April 2023.

Weingart Peter, Die Stellung der Wissenschaft im demokratischen Staat, in: Martina Franzen et al. (Hrsg.), Autonomie revisited. Beiträge zu einem umstrittenen Grundbegriff in Wissenschaft, Kunst und Politik, Weinheim 2014, S. 305–329.

Weingart Peter, Die Stunde der Wahrheit? Zum Verhältnis der Wissenschaft zu Politik, Wirtschaft und Medien in der Wissensgesellschaft, Weilerswist 2001.

Weingart Peter, Wissenschaftssoziologie, 3. Aufl. Bielefeld 2013.

Weingart Peter/Wormer Holger/Wenninger Andreas/Hüttl Reinhard F. (Hrsg.), Perspektiven der Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, Weilerswist 2017.

Wilholt Torsten, Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen, Suhrkamp 2012.

Zwirner Heinrich, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Archiv des öffentlichen Rechts 98 (1973), 313-339.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 22 Cost.

Un commentario di Patrice Martin Zumsteg

CITAZIONE SUGGERITA

Patrice Martin Zumsteg, Commentary of art. 22 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Zumsteg, art. 22 FC N XXX.

**Art. 22 Libertà di riunione**

[1] La libertà di riunione è garantita.

[2] Ognuno ha il diritto di organizzare riunioni, nonché di parteciparvi o no.

# STRUTTURA

I. Storia delle origini ..... 325
II. contesto ..... 325
A. Concetto di assemblea ..... 325
B. La libertà di riunione come diritto fondamentale di comunicazione ..... 326
III. Garantire la libertà di riunione ..... 326
A. Ancoraggio ..... 326
B. Diritti fondamentali ..... 327
1. Soggetti titolari dei diritti fondamentali ..... 327
2. Ambito fattuale di tutela in generale ..... 328
3. Difesa contro lo Stato in particolare ..... 329
4. Rivendicazioni dell'azione statale in particolare ..... 330
a. Luogo di riunione ..... 330
b. Partecipanti a un'assemblea ..... 332
C. Limitabilità della libertà di riunione ..... 333
1. Limitazione diretta della libertà di riunione ..... 333
2. Restrizione indiretta della libertà di riunione ..... 335
3. Giustificazione delle restrizioni ..... 336
a. Base giuridica ..... 336
b. Interesse giustificabile ..... 337
c. Proporzionalità ..... 338
d. Contenuto essenziale ..... 339
D. Realizzazione della libertà di riunione ..... 340
E. Nuove tecnologie e libertà di riunione ..... 341
IV. Il futuro della libertà di riunione ..... 343
Letture consigliate ..... 344
Bibliografia ..... 345

# I. STORIA DELLE ORIGINI

La libertà di riunione non era uno dei pochi diritti fondamentali esplicitamente sanciti nelle costituzioni federali del 1848 e del 1874. D'altra parte, la libertà di culto per le confessioni cristiane riconosciute - e di conseguenza la protezione delle loro riunioni - era stata affermata fin dal 1848. Allo stesso modo, la sentenza della Corte federale del 1889, in cui la massima istanza ha tutelato per la prima volta la libertà di riunione come elemento della libertà di associazione, aveva uno sfondo religioso. Solo nel 1970 la libertà di riunione è stata riconosciuta come diritto fondamentale indipendente e non scritto dal Tribunale federale. 1

Secondo la prassi della Corte Suprema, le assemblee con lo scopo di esprimere un interesse idealistico al pubblico non sono protette da una garanzia indipendente di libertà di manifestazione. La decisione di non considerare esplicitamente le manifestazioni come una forma speciale di assemblea si riflette nella storia dell'ultima revisione totale della Costituzione federale. Il paragrafo proposto dal Consiglio federale nel 1996 sull'obbligo di ottenere un'autorizzazione per le manifestazioni su proprietà pubbliche non ha trovato la maggioranza nell'Assemblea federale. I due paragrafi rimanenti - nella forma del progetto sopra citato - sono in vigore senza modifiche come art. 22 della Costituzione federale dal 2000. 2

# II. CONTESTO

## A. Concetto di assemblea

Per definizione, un'assemblea comprende più di una persona. L'incontro di queste due o più persone non deve necessariamente essere organizzato legalmente. Sono esclusi solo gli assembramenti casuali di individui. Inoltre, il numero di persone che si riuniscono non è rilevante. 3

La riunione è limitata nel tempo, anche se la durata esatta è irrilevante. In senso figurato, sia un flash mob della durata di pochi minuti che un campo di protesta che si estende per diversi giorni si qualificano come assembramento. La protezione dei diritti fondamentali inizia con i preparativi e termina dopo il completo scioglimento dell'assemblea. 4

5 Altrettanto flessibile è l'estensione spaziale: le assemblee possono svolgersi su proprietà private o pubbliche e possono essere statiche o in movimento.

6 In sostanza, un'assemblea ha "uno scopo ampiamente inteso di formazione di opinioni o di espressione di opinioni". Tale scopo idealistico può anche consistere in un raduno non organizzato con intenzioni amichevoli o di intrattenimento.

### B. La libertà di riunione come diritto fondamentale di comunicazione

7 In base a quanto detto, le assemblee possono avere scopi molto diversi tra loro, e la libertà di riunione come diritto fondamentale di comunicazione è principalmente diretta alla formazione e all'espressione collettiva di opinioni. Questa funzione di appello è particolarmente tipica di una manifestazione, intesa come assemblea con espressione politica di opinione in pubblico.

8 Per le minoranze, in particolare, un'assemblea può essere uno dei pochi mezzi per attirare l'attenzione della società maggioritaria sulle loro preoccupazioni, direttamente o attraverso la copertura mediatica. Le assemblee e soprattutto le manifestazioni danno quindi un importante contributo alla libertà di espressione nella società, che è uno dei punti centrali dei diritti fondamentali della comunicazione.

## III. GARANTIRE LA LIBERTÀ DI RIUNIONE

### A. Ancoraggio

9 In base a quanto detto, l'art. 22 della Costituzione federale garantisce la libertà di riunione in modo generale (cpv. 1), menzionando esplicitamente i singoli aspetti di questa libertà (cpv. 2).

10 Poiché il secondo paragrafo menziona il diritto di "stare lontano dalle assemblee" e il diritto di partecipare alle assemblee, è già chiaro dalla formulazione che il diritto fondamentale dell'art. 22 BV comprende una libertà positiva e una libertà negativa. Nella misura in cui l'assemblea assume la forma di una manifestazione, questa è sotto la protezione congiunta della libertà di riunione e della libertà di espressione (art. 22 e art. 16 BV).

Ciò mostra un parallelo con l'ancoraggio della libertà di riunione nel diritto internazionale. Questa è garantita anche dall'art. 11 della CEDU e dall'art. 21 del Patto ONU II. In linea di principio, queste garanzie, in quanto diritti fondamentali più specifici, prevalgono sulla libertà di espressione sancita dall'art. 10 CEDU e dall'art. 19 Patto ONU II. Tuttavia, ai comizi si applica la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale l'art. 11 deve essere inteso alla luce dell'art. 10 CEDU. Il Tribunale federale ha stabilito che queste garanzie internazionali sui diritti umani non stabiliscono una protezione più ampia rispetto alla Costituzione federale. Allo stesso tempo, nell'interpretare le garanzie della CEDU, si basa regolarmente sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. 11

In pratica, finora è stata prestata meno attenzione alle garanzie speciali della libertà di riunione di cui all'art. 5 lett. d punto ix della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (ICERD) e all'art. 15 della Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC). Questo nonostante la Svizzera riconosca i rispettivi meccanismi di reclamo individuale sia per la CEDAW che per la CRC. In particolare, le proteste studentesche nel contesto del cambiamento climatico hanno dimostrato che esiste un potenziale per l'ulteriore sviluppo della libertà di riunione. Da un lato, la CRC riconosce i minori come soggetti giuridici indipendenti, le cui preoccupazioni (politiche) devono essere ascoltate, e dall'altro riconosce la particolare necessità di protezione dei minori. Questo bisogno di protezione deve essere preso in considerazione sotto vari aspetti: I minori devono essere sostenuti in qualsiasi procedura di autorizzazione, la coercizione diretta durante le riunioni può essere usata solo con estrema moderazione e, allo stesso modo, le conseguenze in termini di costi devono essere evitate il più possibile. 12

## B. Diritti fondamentali

### 1. Soggetti titolari dei diritti fondamentali

Tutte le persone fisiche, indipendentemente dalla loro nazionalità e da qualsiasi rapporto di status speciale esistente, possono invocare la libertà di riunione. 13

Lo stesso vale per i comitati organizzatori spontanei e le persone giuridiche se sono organizzatori di una riunione. 14

15 Le autorità non possono invocare la libertà di riunione, in particolare gli organi statali stranieri che desiderano organizzare una manifestazione in Svizzera alla presenza dei loro cittadini stranieri.

## 2. Ambito fattuale di tutela in generale

16 Le riunioni hanno uno scopo di formazione o di espressione di opinioni in senso lato. La qualità del contenuto espresso è irrilevante; anche le opinioni non vere, provocatorie e scioccanti sono protette dai diritti fondamentali. Senza la necessaria tolleranza e apertura, non può esistere una società democratica, come giustamente sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

17 D'altra parte, l'esercizio della violenza non deve essere lo scopo di una riunione fondamentalmente protetta, come espresso nell'art. 11 della CEDU e nell'art. 21 del Patto delle Nazioni Unite II, in quanto proteggono solo il diritto di riunirsi "pacificamente". Tuttavia, il requisito della pacificità non deve portare a un'interpretazione restrittiva dell'ambito di protezione dell'art. 22 FC. Pertanto, né il pericolo astratto che si verifichi uno svolgimento non pacifico degli eventi, né le azioni violente dei singoli partecipanti e certamente non quelle dei perturbatori esterni sono sufficienti a rendere nulla la protezione dei diritti fondamentali. L'illegalità non deve essere equiparata alla non pacificità; ad esempio, la mancanza di autorizzazione non implica un'assemblea non pacifica. Solo se le attività violente possono essere attribuite all'assemblea nel suo complesso, o se il loro esercizio era addirittura lo scopo perseguito fin dall'inizio, è giustificato escludere tali raduni dall'ambito fattuale di protezione dell'articolo 22 della Costituzione federale. Altre attività violente, invece, devono essere valutate a livello di giustificazione di una restrizione dei diritti fondamentali.

18 L'ambito di protezione della libertà di riunione può essere delimitato anche dall'art. 17 della CEDU e dall'art. 5 del Patto ONU II. In base a queste disposizioni, chiunque voglia distruggere con le proprie azioni i diritti e le libertà garantiti dai trattati internazionali non può invocare tali diritti. Un tale abuso, secondo il margine dell'art. 17 CEDU, può essere ipotizzato solo in casi eccezionali secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte lo afferma soprattutto nel caso di glorificazione o banalizzazione del nazionalsocialismo. Il BV non è a conoscenza di alcuna restrizione costituzionalmente inerente agli ambiti di tutela degli artt. 22 o 16

BV. La questione di un divieto di tali dichiarazioni deve essere risolta secondo il diritto costituzionale svizzero a livello di restrizione di questi diritti fondamentali. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso a favore di questo approccio nel caso Vona: Lo scioglimento di un'associazione che chiedeva la difesa della "razza ungherese" contro la "criminalità zingara" e organizzava le relative manifestazioni è stata un'interferenza giustificata nell'art. 11 CEDU da parte delle autorità ungheresi. Di conseguenza, in linea di principio si deve esaminare caso per caso se gli scioglimenti di riunioni e i divieti di eventi contro i gruppi neonazisti possano essere giustificati al fine di proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico e i diritti fondamentali di terzi.

Infine, i casi di concorrenza tra diritti fondamentali possono influenzare 19
l'applicabilità dell'art. 22 BV. Una vera e propria concorrenza di diritti fondamentali, un cumulo di diritti fondamentali, si verifica regolarmente nel caso di manifestazioni, che sono anche protette dalla libertà di espressione. Inoltre, tale cumulo è concepibile in particolare con il divieto di discriminazione (art. 8 par. 2 BV; art. 11 in combinato disposto con l'art. 14 CEDU), poiché le assemblee possono rappresentare una forma di comunicazione interessante, soprattutto per le minoranze. Ad esempio, la posizione di un sindaco sull'omosessualità non deve giocare un ruolo nella valutazione della liceità di una manifestazione. Per il fattore di collegamento proibito della razza, c'è il già citato art. 5 lett. d punto ix RDÜ.

Non c'è concorrenza reale con i diritti fondamentali, in particolare con la 20
libertà economica come definita nell'art. 27 della Costituzione federale. Le assemblee che non perseguono uno scopo idealistico ma commerciale sono protette dalla legge svizzera solo dalla libertà economica e non dall'art. 22 BV. La situazione è diversa a livello di diritto internazionale: la CEDU e il Patto delle Nazioni Unite II non riconoscono la libertà economica. Le assemblee a scopo commerciale sono coperte dall'art. 11 CEDU e dall'art. 21 del Patto ONU II.

## 3. Difesa contro lo Stato in particolare

La libertà di riunione è un diritto di libertà e quindi trasmette principalmente 21
rivendicazioni difensive a coloro che sono titolari di diritti fondamentali. In linea di principio, lo Stato deve astenersi dall'imporre restrizioni alla convocazione, all'organizzazione, allo svolgimento e alla partecipazione alle assemblee. A questa libertà positiva si contrappone la libertà negativa di non

partecipare alle assemblee, di non doverle organizzare o di poterle annullare: anche a questo proposito, in linea di principio, lo Stato deve astenersi dall'imporre restrizioni.

22 I partecipanti a un'assemblea sono liberi di scegliere le forme e i mezzi della loro comunicazione: È possibile esprimersi verbalmente, per iscritto, visivamente o in modo puramente simbolico - ad esempio in un sit-in o in una marcia silenziosa - ma anche attraverso l'uso di sistemi di diffusione sonora. Infine, l'assemblea è di per sé un'espressione di opinione. La giurisprudenza della Corte Suprema Federale, secondo la quale solo tutti i mezzi consentiti rientrano nell'ambito di protezione, deve essere considerata in modo critico. Come nel caso della pacificità dell'assemblea, anche in questo caso è necessario esigere che una possibile violazione della legge nell'uso dei mezzi scelti non sia presa in considerazione nell'ambito della protezione, ma nel quadro della giustificazione.

23 I contenuti comunicati da un'assemblea possono incontrare resistenza e provocare a loro volta una seconda assemblea diretta contro di essa, come una contro-dimostrazione. In linea di principio, lo Stato deve tollerare anche lo svolgimento di una tale contro-dimostrazione, poiché la libertà di riunione serve anche a consentire il discorso.

## 4. Rivendicazioni dell'azione statale in particolare

24 Oltre alla sua funzione negativa, la libertà di riunione dà luogo anche a obblighi positivi di azione da parte dello Stato.

### a. Luogo di riunione

25 Nell'ambito degli obblighi positivi, la dottrina prevede in particolare che lo spazio pubblico possa essere utilizzato per le assemblee, anche se questo costituisce regolarmente un uso pubblico accresciuto, ossia limita l'uso analogo da parte di terzi. Per spazio pubblico si intende un'area non chiusa accessibile a un numero indefinito di persone in qualsiasi momento e senza precondizioni. Le sale della comunità devono essere considerate spazio pubblico nella misura in cui possono essere utilizzate per riunioni. Ai fini della qualifica di spazio pubblico, non dovrebbe essere importante chi sia il proprietario dello spazio in questione ai sensi del diritto civile. Ciò è comprensibile nel caso di spazi liberamente accessibili in qualsiasi momento, anche se di proprietà privata (come i portici del centro storico di Berna). Nel

momento in cui questa libera accessibilità cessa o si applica solo in misura limitata (ad esempio, nell'area clienti di una banca), diventa evidente la tensione con l'autorità di un proprietario di diritto civile di vietare le assemblee sulla sua proprietà per diritto di proprietà. Questa tensione non deve essere risolta attraverso un effetto orizzontale diretto della libertà di riunione, come giustamente sottolinea Errass; piuttosto, spetta alla comunità in questione fornire le infrastrutture necessarie e quindi anche uno spazio pubblico sufficiente. Finché sono disponibili alternative sufficienti, non si vedono ragioni sufficienti per far valere una pretesa di utilizzo in base ai diritti fondamentali contro la volontà del proprietario in base al diritto civile, anch'esso protetto dai diritti fondamentali (art. 26 BV).

In ogni caso, tuttavia, si deve tener conto del fatto che il luogo disponibile 26
tiene conto "dell'esigenza di pubblicità degli organizzatori". In senso figurato: Un'assemblea non può svolgere la funzione di richiamo prevista se deve svolgersi in una zona meno frequentata di un luogo. Allo stesso tempo, però, non esiste il diritto di tenere un'assemblea in un certo luogo, in un certo momento e a condizioni marginali determinate dai titolari dei diritti fondamentali. Sarebbe tuttavia inammissibile se le autorità richiedessero un rapporto speciale con un luogo per poter tenere una riunione. D'altro canto, il titolare di un diritto fondamentale può far valere tale relazione per giustificare l'uso di un luogo molto specifico - se necessario anche in una data specifica.

La rivendicazione del diritto fondamentale descritta viene comunemente 27
definita come una rivendicazione condizionata all'uso del suolo pubblico. Tuttavia, Moeckli sottolinea giustamente che la semplice messa a disposizione di uno spazio pubblico non costituisce un servizio statale, ma corrisponde a un dovere statale di astensione. Secondo il punto di vista qui espresso, tuttavia, nella stragrande maggioranza dei casi la concessione dell'uso non è una pura omissione. Piuttosto, le autorità devono considerare contemporaneamente altri interessi rivolti allo spazio pubblico. Il coordinamento di queste rivendicazioni e la creazione di un ordine di priorità, nonché la singola assegnazione concreta dello spazio pubblico - di norma tramite un'autorizzazione - costituiscono servizi statali, motivo per cui la caratterizzazione è comunque accurata.

Secondo la prassi delle Corti supreme, la condizionalità di questo diritto alle 28
prestazioni deriva da tre elementi: In primo luogo, la rivendicazione dei diritti fondamentali riguarda solo le infrastrutture esistenti. Lo Stato non ha il diritto

di creare nuove strutture. In secondo luogo, in linea di principio non esiste il diritto di utilizzare un determinato luogo in un determinato momento. Infine, in terzo luogo, quando lo spazio pubblico viene utilizzato in forma accresciuta è necessario effettuare un bilanciamento complessivo degli interessi. A questo proposito, Moeckli è sostanzialmente d'accordo sul fatto che la formulazione di "condizionalità" non porta quasi mai a nulla. Non esiste un diritto incondizionato alle assemblee che sono semplicemente di uso pubblico o che si svolgono in privato. Piuttosto, anche queste assemblee sono soggette alla regolamentazione costituzionale dei limiti, sulla base della quale deve essere effettuata una ponderazione degli interessi nei singoli casi. Tuttavia, poiché i tre elementi giurisprudenziali sopra citati possono essere riassunti sotto questo termine, ha senso attenersi a questa terminologia.

### b. Partecipanti a un'assemblea

29 Inoltre, lo Stato è tenuto a "garantire con misure appropriate, come la concessione di una sufficiente protezione di polizia, che i raduni pubblici possano effettivamente svolgersi e non siano interrotti o impediti da ambienti contrari". Lo stesso risulta dal principio di polizia dello "Stoererprinzip" (principio di disturbo). Questo compito può "essere certamente gravoso", ma è di grande importanza. Altrimenti, gruppi violenti potrebbero decidere chi può effettivamente tenere riunioni e chi no - uno stato di cose insostenibile in uno Stato di diritto. Questo fatto è stato fatto notare di recente al consiglio comunale di Zurigo. Il Comune voleva tenere conto, a scapito di una manifestazione pacifica, del fatto che avrebbe potuto scatenare una contro-dimostrazione violenta. Il Tribunale amministrativo ha corretto la situazione e ha dichiarato: "Piuttosto, anche queste manifestazioni dovrebbero essere autorizzate, se possibile, e il pericolo di disordini dovrebbe essere contrastato, ad esempio, con una sufficiente protezione da parte della polizia e un'attenta scelta del percorso, indipendentemente da quanto impopolari e controverse siano le loro opinioni".

30 Il confronto con altre opinioni, magari provocatorie e, per la stragrande maggioranza della società, stravaganti, può quindi essere oneroso non solo per le autorità ma anche per terzi privati. Il veemente rifiuto di un'opinione espressa non giustifica, ovviamente, il ricorso alla violenza o un comportamento da "polizia del discorso". È molto preoccupante, ad esempio,

quando gli eventi nelle università vengono impediti o disturbati a tal punto da dover essere interrotti.

Quando la violenza contro un'assemblea si verifica nonostante la protezione dello Stato, le autorità sono tenute a indagare e, se necessario, a punire i responsabili. Ciò vale anche nel caso in cui le autorità stesse abbiano usato una coercizione eccessiva. 31

Ulteriori richieste di protezione possono sorgere se i partecipanti a una riunione possono invocare altri diritti fondamentali oltre alla libertà di riunione. Ciò vale, ad esempio, per le persone particolarmente vulnerabili a causa di una disabilità fisica (art. 8 cpv. 4 BV; art. 1 Convenzione sui diritti delle persone con disabilità [BehiK]). 32

## C. Limitabilità della libertà di riunione

I diritti fondamentali della comunicazione hanno in comune il fatto di avere non solo un significato individuale-giuridico, ma anche un significato democratico-funzionale. La libertà di riunione è quindi di particolare importanza. Ciò è particolarmente vero quando l'espressione collettiva di opinioni riguarda questioni di interesse sociale, come nel caso delle manifestazioni. 33

Tuttavia, la libertà di riunione può essere limitata come un classico diritto di libertà ai sensi dell'art. 36 della Costituzione federale. La norma sulla restrizione di cui all'art. 11 par. 2 CEDU è in gran parte identica a questa, motivo per cui di seguito viene fornita una presentazione congiunta. 34

### 1. Limitazione diretta della libertà di riunione

L'ampia giurisprudenza sulla libertà di riunione dimostra che la sua limitazione può avvenire in forme molto diverse. In particolare, può assumere la forma di un'ingiunzione, di una norma di legge o di un atto reale. Per una migliore visione d'insieme, le possibili restrizioni possono essere suddivise temporalmente in misure da adottare prima, durante e dopo una riunione. Le limitazioni alla libertà di riunione possono essere riscontrate, ad esempio, nell'imposizione di un requisito di autorizzazione generale-astratta per le assemblee in spazi pubblici, nella concessione di autorizzazioni individuali specifiche soggette a requisiti e condizioni, nell'espulsione e nella detenzione 35

da parte della polizia, nonché nell'imposizione di costi e sanzioni a carico dei partecipanti.

36 È necessario valutare in ogni singolo caso se queste restrizioni siano da considerarsi gravi. Tuttavia, nella giurisprudenza e nella dottrina sono emerse regole empiriche per le singole restrizioni dirette alla libertà di riunione in relazione alla loro intensità:

37 Il divieto preventivo e lo scioglimento repressivo di un'assemblea sono restrizioni particolarmente gravi, in quanto queste misure vietano completamente o pongono fine all'esercizio dei diritti fondamentali. In particolare, di norma, l'annuncio o lo svolgimento di una contro-dimostrazione non può comportare il divieto della manifestazione originaria. Anche nel caso di una manifestazione non autorizzata, lo scioglimento è consentito solo dopo un'attenta valutazione di tutti gli interessi. Se si ricorre alla coercizione diretta, questa deve essere annunciata in anticipo.

38 Tuttavia, non sono solo le assemblee rivolte al pubblico a godere di una protezione speciale. Questo vale anche per le assemblee private, che possono essere limitate solo per gravi motivi. Ad esempio, durante la pandemia di Corona, per proteggere la salute pubblica e i diritti fondamentali di terzi, sono stati vietati temporaneamente anche eventi privati e assemblee con più di cinque persone.

39 A mio avviso, anche un divieto generale di assembramento, definendo un "miglio divieto", si qualifica come una restrizione grave. Non è inammissibile privare fin dall'inizio alcuni luoghi pubblici dell'uso generale. Tuttavia, questo approccio è problematico: in primo luogo, perché un divieto assoluto non lascia spazio alle eccezioni, anche se sarebbero opportune. In secondo luogo, perché lo spazio pubblico serve alla comunicazione; il suo utilizzo per l'esercizio dei diritti fondamentali di comunicazione è proprio in accordo con la sua finalità. In terzo luogo, l'esclusione di alcuni usi si basa regolarmente sul loro contenuto, che non dovrebbe avere alcun ruolo.

40 Inoltre, in tutta una serie di sentenze che sono state incluse nella raccolta ufficiale, il Tribunale federale ha definito le restrizioni sul numero di persone alle riunioni durante la pandemia di Corona come gravi restrizioni ai diritti fondamentali. In particolare, ha dichiarato: "In relazione alle manifestazioni, il Tribunale federale ha sempre sottolineato la grande importanza attribuita alla libertà di riunione per il suo significato centrale per la formazione

dell'opinione in uno Stato democratico libero e governato dallo Stato di diritto, soprattutto in tempi di disordini politici". In seguito, la Corte suprema ha giudicato eccessiva la limitazione generale dei raduni a 15 persone. Inoltre, ai sensi dell'art. 189 cpv. 4 della Costituzione federale, le misure che il Consiglio federale ha inserito nelle sue ordinanze sono state esentate da un controllo astratto. È stata proprio questa mancanza di riesame che ha portato una camera della Corte europea dei diritti dell'uomo a ravvisare una violazione dell'art. 11 CEDU nel divieto assoluto di organizzare eventi tra il 17 marzo 2020 e il 30 maggio 2020. Su richiesta della Svizzera, la Grande Camera della Corte prenderà una decisione definitiva sulla questione - la relativa sentenza è ancora in sospeso.

Infine, le sanzioni a seguito di un'assemblea sono generalmente da considerarsi una grave restrizione della libertà di riunione. È inammissibile punire la semplice partecipazione a un'assemblea che non è stata vietata, anche se si verificano episodi di violenza. È richiesto un comportamento individualmente riprovevole. 41

## 2. Restrizione indiretta della libertà di riunione

Oltre alle suddette misure che limitano direttamente i diritti fondamentali, sono possibili anche restrizioni indirette dei diritti fondamentali. Una di queste conseguenze indirette dell'azione statale può essere l'effetto deterrente, noto anche come effetto di raffreddamento. In questo caso, una misura statale ha un effetto tale, attraverso una catena psicologica di motivazioni, da far astenere dall'esercizio dei diritti fondamentali in futuro, il che rende il dato difficile da cogliere. Tuttavia, tale effetto deterrente è stato sancito per la libertà di riunione in diverse costellazioni: 42

La dottrina lo sostiene in particolare per l'osservazione e la registrazione completa dei partecipanti a una riunione. Tuttavia, si deve tenere conto del fatto che la videosorveglianza può anche essere nell'interesse di un'assemblea; ad esempio, se è necessario garantire la gestione della folla in una grande manifestazione. 43

Inoltre, la Corte Suprema Federale ha riconosciuto che il trasferimento dei costi sostenuti a causa di un'operazione di polizia innescata da un'assemblea può avere un effetto di dissuasione. "Le richieste di rimborso dei costi devono quindi essere strutturate in modo moderato, in modo che l'esercizio effettivo 44

dei diritti fondamentali rimanga effettivamente possibile". Tuttavia, secondo la Corte Suprema, è consentito trasferire i costi di polizia fino a 30.000 franchi agli organizzatori che hanno agito in violazione del dovere.

45 Analogamente ai costi, l'azione penale a seguito di un'assemblea può avere un effetto di dissuasione, come ha ripetutamente affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo.

46 Infine, va detto che la mancanza di protezione delle manifestazioni può anche creare il timore di disordini per i raduni futuri e quindi avere un effetto di dissuasione.

## 3. Giustificazione delle restrizioni

### a. Base giuridica

47 Ai sensi dell'art. 36 cpv. 1 frasi 1 e 2 della Costituzione federale, le restrizioni gravi richiedono una base giuridica in senso formale, mentre le restrizioni di minore portata possono essere ancorate anche a un livello normativo inferiore. È quindi insufficiente, in particolare, se la possibilità di usare cannoni ad acqua e l'aggiunta di sostanze irritanti all'acqua sono ancorate solo a livello di ordinanza e non nella legge in senso formale.

48 Secondo l'art. 36 cpv. 1 frase 3 della Costituzione federale, in caso di pericolo grave e immediato che non può essere scongiurato in altro modo, si può ricorrere alla clausola di polizia generale invece che a una base giuridica. Tuttavia, ciò è escluso se il legislatore avrebbe avuto la possibilità di legiferare - ad esempio, a causa di minacce regolarmente ricorrenti alla sicurezza e all'ordine pubblico. Il criterio della prevedibilità viene esaminato nel quadro della proporzionalità.

49 Nel caso delle assemblee, è rilevante anche il fatto che, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, i requisiti di determinatezza della base giuridica nel diritto di polizia sono ridotti. Ciò ha giustamente suscitato critiche in dottrina, in quanto è ben possibile regolamentare le situazioni tipiche dell'attività di polizia e i mezzi di coercizione consentiti; altrimenti, non potrebbero esistere direttive interne al riguardo.

50 Analogamente, requisiti inferiori si applicano alla base giuridica nel rapporto di status speciale, che si riflette nell'art. 11 par. 2 frase 2 CEDU. Tuttavia, secondo l'opinione espressa in questa sede, un livello normativo inferiore è

ammissibile solo nella misura in cui riguarda restrizioni che derivano chiaramente dallo scopo del rapporto di status speciale. Al contrario, è richiesta una particolare densità di norme se i fondamenti in questione sono applicati da profani del diritto, come è probabile che sia la regola nel caso dei regolamenti carcerari, ad esempio.

Secondo la giurisprudenza applicabile della Corte Suprema Federale, una 51
comunità può anche introdurre un requisito di autorizzazione per l'aumento dell'uso pubblico senza una base giuridica speciale come conseguenza del suo controllo sullo spazio pubblico. In questo caso, l'autorità sulla materia sostituisce la base giuridica. La dottrina, per quanto si può vedere, è unanime nel respingere questa ipotesi con buone ragioni: In primo luogo, né l'art. 36 cpv. 1 BV né l'art. 5 cpv. 1 BV indicano che una simile eccezione al principio di legalità sia ammissibile in questo ambito. Piuttosto, in secondo luogo, la certezza del diritto e l'uguaglianza dei diritti sono a favore della creazione di una norma giuridica sufficiente anche in questo caso. In terzo luogo, per quanto riguarda i diritti fondamentali, va sottolineato che l'introduzione di un obbligo di licenza costituisce già una restrizione di tali diritti fondamentali, che deve essere giustificata ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione federale. In quarto luogo, la giurisprudenza della Corte Suprema Federale si basa sull'errata convinzione che lo Stato possa disporre dei "suoi" terreni come un privato. Correttamente, invece, la sua posizione va intesa come fiduciaria: Le autorità coordinano la scarsa risorsa del terreno in modo che tutti coloro che sono soggetti alla legge possano realizzarvi i loro interessi e le loro pretese nel miglior modo possibile. Nonostante queste critiche, il Tribunale federale non ha ancora revocato la sua prassi in materia.

### b. Interesse giustificabile

Nel caso di restrizioni alla libertà di riunione, gli interessi classici della polizia 52
e l'uso ordinato dello spazio pubblico sono in primo piano come interessi pubblici. Nella pandemia di Corona, l'interesse della salute pubblica ha giocato un ruolo di primo piano.

È confuso trovare nella giurisprudenza dei tribunali federali la formulazione 53
secondo cui sono ammissibili restrizioni di più ampia portata nel caso di assemblee nello spazio pubblico. L'unica cosa corretta da dire al riguardo è che negli spazi pubblici ci sono di solito più interessi e rivendicazioni che devono essere presi in considerazione rispetto agli spazi privati. Tuttavia, va

sottolineato ancora una volta che lo spazio pubblico serve proprio come forum per lo scambio di opinioni.

54 Un altro interesse di intervento frequente nelle assemblee è la tutela dei diritti fondamentali di terzi. Almeno questo è vero nella sfera pubblica, dove le assemblee comportano tipicamente diverse rivendicazioni (di diritti fondamentali). Si parla allora anche di relazioni multipolari tra i diritti fondamentali. Se gli interessi coinvolti sono opposti, la realizzazione di un diritto fondamentale comporta inevitabilmente una restrizione per il titolare di un altro diritto fondamentale. Lo Stato, in quanto destinatario dei diritti fondamentali, deve mediare tra questi poli. Tuttavia, la libertà di riunione non ha un effetto diretto tra privati, un effetto diretto orizzontale.

55 Infine, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha negato categoricamente l'esistenza di un interesse giustificabile a limitare la libertà di riunione in vari incidenti riguardanti l'attivista dell'opposizione russa Aleksey Navalnyy. Al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è eccezionalmente basata sull'art. 18 CEDU e ha ritenuto che le restrizioni statali di cui all'art. 11 CEDU perseguissero uno scopo inammissibile. Le autorità erano infatti interessate alla soppressione del pluralismo politico, che è una componente indispensabile di uno Stato democratico di diritto.

### c. Proporzionalità

56 Il test di proporzionalità richiesto dall'articolo 36, paragrafo 3, della Costituzione federale si basa sull'interesse che lo Stato invoca come giustificazione per la restrizione dei diritti fondamentali ed è composto dagli elementi di adeguatezza, necessità e ragionevolezza.

57 Tra le suddette restrizioni tipiche alla libertà di riunione, parte della dottrina sostiene che l'obbligo di autorizzazione non sia necessario, ma che sia disponibile uno strumento più blando sotto forma di obbligo di registrazione. A prima vista, ciò è comprensibile perché l'obbligo di registrazione non attiva un procedimento amministrativo che si conclude con la concessione di un permesso. La legalità dell'azione privata dipende solo dalla notifica preventiva alle autorità. Tuttavia, l'obbligo di notifica non è adatto come l'obbligo di autorizzazione per trovare un equilibrio tra gli interessi coinvolti: In primo luogo, nel caso delle assemblee, è necessario trovare regolarmente un equilibrio tra numerosi interessi privati e pubblici. La situazione reale è

complessa. Pertanto, non si può affermare che non sia necessario un monitoraggio intensivo da parte dello Stato e che siano sufficienti semplici controlli a campione, come sarebbe tipico di un obbligo di notifica. In secondo luogo, lo Stato deve rendere trasparente la ponderazione degli interessi nella giustificazione dell'autorizzazione (o del suo rifiuto), il che porta a una pratica comprensibile e verificabile. In terzo luogo, l'autorizzazione segnala a tutte le altre persone interessate che l'assemblea autorizzata ha la necessaria legittimità legale e sarà anche protetta dallo Stato, se necessario. In quarto luogo, il requisito dell'autorizzazione preventiva non deve essere applicato in modo assoluto. Le assemblee spontanee devono continuare a essere consentite. Un evento improvviso, come il risultato di un referendum, può portare a un desiderio giustificato di reazione immediata attraverso una manifestazione, nel qual caso non c'è tempo per rispettare le scadenze corrispondenti della procedura di autorizzazione.

Infine, va notato che l'equilibrio nelle relazioni multipolari sui diritti 58
fondamentali è descritto anche come l'instaurazione di una concordanza pratica. Ciò significa che tutti gli interessi dei diritti fondamentali coinvolti sono realizzati nel modo più ottimale possibile. A differenza di un disordine violento, da cui un'assemblea deve essere protetta, una contro-dimostrazione pacifica, ad esempio, è in linea di principio consentita. Se viene richiesta una contro-dimostrazione di questo tipo, l'attenzione si concentra sulle restrizioni spaziali e temporali per consentire lo svolgimento di entrambe le assemblee. Il divieto assoluto di entrambe le manifestazioni deve rimanere l'ultima risorsa.

### d. Contenuto essenziale

La giurisprudenza della Corte Suprema Federale non ha quasi mai chiarito 59
che cosa rientri nel nucleo inviolabile della libertà di riunione ai sensi dell'art. 36, cpv. 4, della Costituzione federale. La Corte Suprema ha solo affermato che un divieto di mummificazione, al quale possono essere concesse eccezioni, non influisce sul contenuto essenziale della libertà di opinione e di riunione. Da ciò, Errass conclude giustamente che un divieto assoluto di mascherarsi sarebbe contrario al contenuto essenziale - è concepibile che si possano tenere assemblee in cui il mascherarsi è proprio la parte decisiva dell'espressione dell'opinione e per le quali devono quindi essere possibili eccezioni.

60 Allo stesso modo, secondo l'opinione espressa in questa sede, fa parte del contenuto essenziale dell'art. 22 della Costituzione federale l'inammissibilità di un obbligo di autorizzazione per le assemblee in privato o per le manifestazioni spontanee. La prima priverebbe di fatto la sfera privata del suo contenuto. Il secondo renderebbe praticamente impossibili le manifestazioni spontanee. Tuttavia, le assemblee in risposta a un evento improvviso devono rimanere possibili.

61 Un divieto illimitato e totale delle assemblee di per sé sarebbe inoltre contrario al contenuto fondamentale.

62 Il divieto di censura ai sensi dell'articolo 17 cpv. 2, della Costituzione federale è, secondo l'opinione prevalente in dottrina, un contenuto essenziale di tutti i diritti fondamentali di comunicazione. Ciò può essere seguito per la libertà di riunione, nella misura in cui è vietato il controllo preventivo e sistematico del contenuto delle opinioni espresse durante le assemblee. Tuttavia, è consentito informarsi sul tema di un'assemblea, in particolare di una manifestazione, in modo che le autorità possano effettuare un'analisi dei rischi. Per distinguere questa informazione da quella precisa sul contenuto, il legislatore deve definire in anticipo la portata delle informazioni da fornire.

63 Le garanzie sul contenuto essenziale sono estranee al sistema della CEDU, ma lo ius cogens del diritto internazionale e le garanzie della CEDU basate sulla necessità presentano dei parallelismi con il contenuto essenziale. Per quanto riguarda la libertà di riunione, tuttavia, va notato che questa non fa parte dello ius cogens e l'art. 11 CEDU può essere derogato dagli Stati in stato di emergenza (art. 15 CEDU).

## D. Realizzazione della libertà di riunione

64 A prescindere dalle rivendicazioni individuali giuridicamente applicabili, lo Stato è tenuto a contribuire alla realizzazione dei diritti fondamentali e quindi anche della libertà di riunione (art. 35 BV). L'effetto complessivo dei diritti fondamentali della comunicazione nell'ordinamento giuridico è volto a garantire le basi per la formazione democratica della volontà - e quindi per decisioni democraticamente legittime.

65 Questa dimensione oggettiva-giuridica vincola tutti i poteri dello Stato, ma si rivolge in primo luogo al legislatore.

Per quanto riguarda la regolamentazione dell'uso dello spazio pubblico, la responsabilità ricade principalmente sui Cantoni e sui Comuni, che devono garantire che tutte le preoccupazioni relative allo spazio pubblico siano prese in considerazione. 66

Inoltre, anche il legislatore federale può intervenire per attuare la libertà di riunione. Ad esempio, l'art. 336 cpv. 1 lett. b CO stabilisce che un licenziamento è abusivo se una parte lo emette perché l'altra parte sta esercitando un diritto costituzionale, a meno che non violi un obbligo derivante dal rapporto di lavoro o comprometta in modo significativo la cooperazione all'interno dell'azienda. I dipendenti hanno quindi il diritto fondamentale di manifestare contro le condizioni nell'area di responsabilità del datore di lavoro. Infine, la bozza dell'art. 332a cpv. 2 lett. g CP (violazione del divieto di coprire il viso) è anch'essa positiva dal punto di vista dei diritti fondamentali. In questa bozza, il Consiglio federale propone l'esonero dalla responsabilità penale in caso di "assembramento in uno spazio pubblico se la copertura del volto è necessaria per l'esercizio dei diritti fondamentali della libertà di espressione o della libertà di riunione o se si tratta di un'espressione visiva di opinione che non compromette la sicurezza e l'ordine pubblico". 67

A ciò si aggiunge l'interpretazione delle norme giuridiche da parte dell'esecutivo e della magistratura in conformità con i diritti fondamentali. Nel contesto della libertà di riunione e di espressione, l'attenzione si concentra in particolare sull'art. 260 CP (violazione della pace), sull'art. 181 CP (coercizione) e sull'art. 261bis CP (discriminazione e incitamento all'odio). 68

## E. Nuove tecnologie e libertà di riunione

La digitalizzazione sta cambiando molti settori della vita e soprattutto il modo in cui comunichiamo tra di noi. Di conseguenza, anche i diritti fondamentali della comunicazione devono rispondere a questo fenomeno. Tuttavia, la questione se anche le assemblee virtuali - ad esempio in videoconferenza - rientrino nel concetto di assemblea è già irrisolta in giurisprudenza e contestata in dottrina. Secondo il parere qui espresso, la risposta è affermativa per i seguenti motivi: In primo luogo, anche le riunioni virtuali possono avere "uno scopo ampiamente inteso di formazione o di espressione di opinioni reciproche". In secondo luogo, il diritto fondamentale tradizionalmente inteso protegge le assemblee in privato così come le assemblee pubbliche che si svolgono su proprietà privata. Pertanto, deve essere fondamentalmente 69

irrilevante che Internet e soprattutto i social media siano essenzialmente messi a disposizione da privati. Infine, in terzo luogo, i preparativi per un'assemblea sono già protetti dai diritti fondamentali. Questa protezione non deve venir meno solo perché, ad esempio, una riunione finalizzata all'organizzazione di una manifestazione si svolge online.

70 Una questione che deve essere separata dall'applicabilità della libertà di riunione è se e come Internet e i social media possano e debbano essere soggetti alla regolamentazione statale. Dal punto di vista della libertà di riunione, sorgono i seguenti problemi: a prima vista, la gamma di fonti di informazioni digitali e di possibilità di scambio è molto ampia. Questo porta a una vera e propria battaglia per l'attenzione degli utenti. Il processo di esclusione che va di pari passo con questa battaglia ha come conseguenza che i forum digitali del nostro tempo sono controllati da pochi privati. Da parte loro, questi ultimi sono innanzitutto titolari di diritti fondamentali e, a differenza dello Stato, non sono obbligati dai diritti fondamentali a concedere a tutti l'accesso indiscriminato alle loro infrastrutture. Inoltre, qualsiasi regolamentazione deve fare i conti con il fatto che lo spazio digitale è diventato illimitato, come dimostra in modo impressionante lo smartphone. Una serie di norme limitate a un singolo Stato non avrà quindi alcun effetto.

71 Infine, la tecnologia disponibile oggi significa che lo Stato può intervenire sulla libertà di riunione in modi nuovi. In particolare, vale la pena di menzionare l'uso di software di riconoscimento delle immagini facciali e di droni. In Svizzera esistono già dei progetti: l'Ufficio federale di polizia vuole automatizzare la corrispondenza manuale delle immagini facciali e cita i reati di pedofilia e i furti di bancomat come aree di applicazione. Tuttavia, questa tecnologia può essere utilizzata anche per identificare in modo continuo o retrospettivo le persone che partecipano a un raduno. Ciò è associato a un notevole effetto deterrente, poiché oggi non vengono effettuati controlli standard delle persone durante gli assembramenti - nemmeno durante le manifestazioni in spazi pubblici - ma ora tutti i partecipanti a un assembramento possono potenzialmente essere identificati. Questa tecnologia può quindi essere utilizzata solo sulla base di una base legale formale e di un rigoroso test di proporzionalità nei singoli casi. Lo stesso vale per il sistema di droni da ricognizione (ADS 15) delle Forze aeree svizzere. Questo dispositivo può volare a un'altitudine di oltre 7 chilometri e allo stesso tempo fornisce immagini migliori rispetto a quelle che possono essere scattate oggi con gli

elicotteri. L'ordinanza sul sostegno di attività civili o extra-militari con mezzi militari (VUM) non è quindi sufficiente come base se un Cantone o un Comune desidera utilizzare questo mezzo delle forze armate durante le riunioni. Deve esistere una base giuridica separata e sufficiente.

## IV. IL FUTURO DELLA LIBERTÀ DI RIUNIONE

Dopo quanto detto, la libertà di riunione nel mondo reale sarà ancora 72
rilevante in futuro? O le persone si ritireranno definitivamente in bolle di filtraggio digitali, in cui potranno al massimo scambiare opinioni con persone che la pensano allo stesso modo? - Secondo il punto di vista espresso in questa sede, la libertà di riunione continuerà a essere di grande importanza anche in futuro. Lo sviluppo tecnologico semplifica l'organizzazione delle assemblee, ma la presenza digitale non può sostituire un incontro reale. Da un lato, questo vale per le persone che si riuniscono, che sperimentano una vera comunità e solidarietà - con tutti i loro sensi. Dall'altro lato, questo vale anche per l'esterno: Quando le persone esprimono in modo visibile e udibile una preoccupazione comune, si tratta di una qualità diversa rispetto a un "mi piace" sui social media. Per dirla con le parole della Corte Suprema Federale: "L'importanza delle manifestazioni fisiche come mezzo di espressione democratica dell'opinione viene così ridotta, ma non annullata, poiché le azioni online hanno generalmente meno risonanza degli eventi sul suolo pubblico".

Anche e soprattutto in un mondo digitale, le assemblee non solo virtuali ma 73
anche fisiche - soprattutto per le minoranze - possono essere un mezzo efficace per attirare l'attenzione dell'opinione pubblica sulle loro preoccupazioni. Le possibilità tecniche possono espandersi a grande velocità, ma ciò che Jörg Paul Müller ha notato decenni fa rimane vero: "Non c'è alcuna prova oggettiva che una persona o un gruppo sappia meglio di ogni altro ciò che è bene per tutti". In un contesto democratico, l'uguale valore di tutti costituisce il nucleo normativo dell'uguaglianza. È quindi essenziale per la formazione di un ordinamento giuridico in cui non vi sia un primato fondamentale di individui o gruppi che le preoccupazioni di tutti siano mediate tra loro".

*L'autore*

*Patrice Martin Zumsteg, Dr. iur., è assistente di ricerca e docente di diritto costituzionale e amministrativo presso l'Università di Scienze Applicate di Zurigo ZHAW, Winterthur, e avvocato presso AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zurigo. Può essere contattato all'indirizzo zumg@zhaw.ch*

*L'autore desidera ringraziare i redattori, Stefan Schlegel e Odile Ammann, nonché le due persone anonime che hanno effettuato la revisione, per il prezioso feedback sulle versioni precedenti del testo.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bosshart Jürg, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte zum Problem der Demonstrationsfreiheit, Diss., Zürich 1973.

Daly Aoife, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 15, The Right to Freedom of Association and to Freedom of Peaceful Assembly, Leiden/Boston 2016.

Jaag Tobias, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93 (1992), S. 145 ff.

Jacquat Graziella, La liberté de réunion en droit suisse, Diss., Zürich 1982.

Kern Markus, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben, Umgang mit kommunikationsbedingten Gefahren in den Rechtsordnungen der USA, Deutschlands und der Schweiz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2012.

Malinverni Giorgio, La liberté de réunion, Etude de droit constitutionnel suisse, Genf 1981.

Moeckli Daniel, Exclusion from Public Space, A Comparative Constitutional Analysis, Habil., Cambridge 2016.

Moser André Werner, Der öffentliche Grund und seine Benützung, im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Diss., Bern 2011.

Poledna Tomas, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Habil., Bern 1994.

Rüesch Adrian, Die Versammlungsfreiheit nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1983.

Salát Orsolya, The Right to Freedom of Assembly, A Comparative Study, Oxford und Portland (Oregon) 2015.

Saxer Urs, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen, Eine Untersuchung der Bundesgerichtspraxis unter Berücksichtigung deutscher Entscheidungen, Diss., Zürich 1988.

Siehr Angelika, Das Recht am öffentlichen Raum, Theorie des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit, Habil., Tübingen 2016.

Thurnheer Simon, Demonstrationsfreiheit in England und der Schweiz, Eine vergleichende Untersuchung und ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Diss., Zürich/Basel/Genf 2010.

Uebersax Peter, La liberté de manifestation, RDAF 2006, S. 25 ff.

Wyssmann Ursula, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss., Zürich/St. Gallen 2009.

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Diss., Zürich/Basel/Genf 2020.

## BIBLIOGRAFIA

Arndt Felix/Engels Anja/von Oettingen Anna, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., München und Basel 2022.

Baigger Katja, Neonazis treffen sich in Waldhütte, NZZ vom 20. Juni 2022, S. 11.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Errass Christoph, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Errass Christoph/Rechsteiner David, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer

Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Gonin Luc, in: Gonin Luc/Bigler Olivier, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Stämpflis Handkommentar, Bern 2018.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München und Basel und Wien 2021.

Harris David/O'Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Harris, O'Boyle, and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2018.

Hertig Maya, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Magarian Gregory P., The Internet and Social Media, in: Stone Adrienne/Schauer Frederick (Hrsg.), The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021, S. 350 ff.

Malinverni Giorgio, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Moeckli Daniel, Politische Werbung auf öffentlichem Grund, recht 2013, S. 263 ff.

Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, 2. Aufl., Bern 2018.

Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit. Müller, Demokratische Gerechtigkeit).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung).

Pariser Eli, The Filter Bubble, What the Internet is Hiding from You, New York 2011.

Schabas William A., Nowak's CCPR Commentary, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2019.

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1413 ff. (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schweizer Rainer J./Krebs Alina, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf und Baden-Baden und Wien 2020.

Vischer Benedict, Wie ist das Verhüllungsverbot mit den Grundrechten zu vermitteln?, Art. 10a BV im Kontext der Grund- und Menschenrechtsgarantien, Jusletter vom 4. April 2022.

Wyssmann Ursula, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss., Zürich/St. Gallen 2009.

Zeller Franz/Kiener Regina, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Zick Timothy, Parades, Picketing, and Demonstrations, in: Stone Adrienne/Schauer Frederick (Hrsg.), The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021, S. 369 ff.

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Diss., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Zumsteg, Demonstrationen).

Zumsteg Patrice Martin, «Fridays for Future» und Menschenrechtsschutz, Sicherheit & Recht 2020, S. 4 ff. (zit. Zumsteg, «Fridays for Future»).

Zumsteg Patrice Martin, Versammlungsfreiheit und persönliche Freiheit, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 801 ff. (zit.: Zumsteg, COVID-19).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 26 Cost.

Un commentario di Stefan Schlegel

CITAZIONE SUGGERITA

Stefan Schlegel, Commentario all'art. 26 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Schlegel, art. 26 Cost. N. XXX.

**Art. 26 Garanzia della proprietà**

[1] La proprietà è garantita.

[2] In caso d'espropriazione o di restrizione equivalente della proprietà è dovuta piena indennità.

# STRUTTURA

I. Cronistoria ..... 352
II. Contesto ..... 353
A. Forte componente istituzionale ..... 353
B. Rapporto con altre disposizioni ..... 355
III. Contenuto della garanzia della proprietà (cpv. 1) ..... 357
A. Titolare della garanzia della proprietà ..... 357
1. Esclusione di determinate persone fisiche dalla titolarità dei diritti? ..... 358
2. La collettività come titolare di diritti fondamentali ..... 358
B. Dimensioni della garanzia della proprietà ..... 359
1. Garanzia dell'esistenza ..... 360
2. Garanzia del valore ..... 360
3. Garanzia istituzionale ..... 362
4. Contenuto essenziale ..... 366
C. Ambito di applicazione oggettivo ..... 368
1. Teorie della proprietà ..... 368
a. Punti deboli delle teorie della proprietà ..... 368
b. Compromesso nella pratica ..... 370
c. Comprensione funzionale della proprietà come aiuto alla navigazione ..... 371
2. Autonomia del concetto costituzionale di proprietà ..... 372
3. Aspetti importanti in cui l'ambito di applicazione della garanzia della proprietà non è chiaro ..... 373
a. Il patrimonio in sé ..... 373
b. Diritti di diritto pubblico ..... 376
c. In particolare: diritti acquisiti ..... 377
d. In particolare: interessi patrimoniali nei confronti dello Stato ..... 379
e. Interessi di fatto ..... 380
f. Terminologia ..... 381
g. Dati ..... 382
4. Animali ..... 383
IV. Interventi nella garanzia della proprietà (art. 26 cpv. 2 Cost.) ..... 383
A. Rapporto tra espropriazione formale ed espropriazione materiale ..... 384
1. Trasferimento di diritti ..... 384
2. Caso particolare della responsabilità dello Stato? ..... 386
3. Il ruolo della base legale e della legittimazione democratica ..... 386
B. Espropriazione formale ..... 387
1. Configurazione di rilevanza pratica dell'espropriazione formale I: diritti di difesa dei vicini ..... 389
a. Prevedibilità, specificità e gravità ..... 390
b. Servitù costituita coattivamente? ..... 391
c. Portata della garanzia di valore ..... 392

2. Costellazione di rilevanza pratica dell'espropriazione formale II: diritti acquisiti ..... 393
C. Espropriazione materiale ..... 393
1. Criteri positivi ..... 395
2. Criteri negativi ..... 396
a. Assenza di indennizzo per gli interventi di polizia ..... 396
b. Nessuna ridefinizione del contenuto della proprietà ..... 398
3. Sintesi ..... 402
D. Presupposti dell'intervento ..... 403
1. Base legale ..... 403
2. Interesse pubblico ..... 404
3. Proporzionalità ..... 406
E. Conseguenze dell'ingerenza nella proprietà ..... 406
1. Il concetto di indennizzo integrale ..... 407
2. Forma e determinazione dell'indennità ..... 408
V. Prospettive ..... 410
Altre letture consigliate ..... 411
Bibliografia ..... 412
I materiali ..... 418

# I. CRONISTORIA

1 Considerata l'importanza che la garanzia della proprietà ha assunto storicamente nelle lotte costituzionali e nella filosofia dei diritti fondamentali, essa è sorprendentemente assente dai documenti costituzionali dello Stato federale moderno. Né la Costituzione federale del 1848 né quella del 1874 contenevano una garanzia della proprietà. Ciò non significa tuttavia che prima dell'introduzione della garanzia della proprietà nella Costituzione (cfr. n. 2) la proprietà non fosse tutelata dai diritti fondamentali. La proprietà era infatti protetta in tutte le **costituzioni cantonali**. Il testo di queste garanzie era diverso, ma dal 1948 il Tribunale federale ha stabilito che il loro contenuto protettivo era identico. A ciò si aggiungeva una protezione implicita della proprietà nell'articolo 23 della Costituzione federale del 1874, che prevedeva la possibilità di espropriazione in caso di interesse pubblico prevalente, ma con pieno indennizzo.

2 Dal 1961 il Tribunale federale ha riconosciuto la garanzia della proprietà come un diritto fondamentale non scritto. Nel 1969 la **garanzia della proprietà è stata infine inserita nella Costituzione federale** (art. 22$^{ter}$ aBV). La stessa revisione ha anche attribuito alla Confederazione la competenza fondamentale in materia di pianificazione del territorio (art. 22$^{quater}$ aCost.). La garanzia della proprietà, così come è stata esplicitamente inserita per la prima volta nella Costituzione, costituisce quindi un contrappeso e una compensazione al ruolo sempre più importante che all'epoca stava assumendo la collettività pubblica in materia di utilizzo, in particolare di edificabilità, del suolo. Il Consiglio federale ha ritenuto opportuno anteporre alla competenza fondamentale in materia di pianificazione del territorio una garanzia esplicita della proprietà, al fine di «dissipare i timori che la proprietà privata potesse essere fondamentalmente minacciata o indebitamente limitata dalle nuove competenze federali». Ciò non ha tuttavia cambiato il fatto che è proprio dall'amministrazione dell'ambiente e della pianificazione del territorio che possono derivare gli interventi più incisivi sulla garanzia della proprietà.

3 La Costituzione federale del 1999 ha ripreso la garanzia della proprietà così definita con alcune modifiche redazionali nell'articolo 26 Cost. Durante le deliberazioni parlamentari è stato chiesto di prevedere anche in Svizzera la «**funzione sociale**» della proprietà, come previsto dalla garanzia della

proprietà nella Legge fondamentale tedesca. Il Consiglio nazionale ha tuttavia respinto questa proposta. Non va sopravvalutata l'importanza di una menzione esplicita della funzione sociale. La questione non è se la proprietà possa essere oggetto di un obbligo sociale, ma se tale obbligo derivi dal diritto fondamentale stesso, ossia se sia immanente al diritto fondamentale, o se possa essere dedotto dal contesto del diritto fondamentale (cfr. al riguardo le teorie sulla proprietà, di seguito, n. 37). In questo contesto rientrano i compiti e gli obiettivi della Costituzione, che possono essere concretizzati dal legislatore nell'interesse pubblico e che possono comportare obblighi per la proprietà. I Consigli hanno anche discusso la sostituzione del pieno indennizzo in caso di espropriazione con un indennizzo «adeguato». Anche questa modifica è stata respinta. È stata discussa anche la proposta di indennizzare integralmente le espropriazioni, ma di indennizzare «adeguatamente» gli interventi sulla proprietà che non raggiungono la soglia di espropriazione. Questa proposta ha inizialmente ottenuto la maggioranza al Consiglio nazionale, ma è stata respinta dal Consiglio degli Stati perché avrebbe superato il «mandato di adeguamento» della nuova Costituzione federale.

Il contenuto normativo della garanzia della proprietà non è quindi **mutato** con la revisione totale della Costituzione federale; restano determinanti la giurisprudenza e la dottrina precedenti. 4

## II. CONTESTO

Come concetto normativo, la proprietà è «intrecciata in modo complesso con i principi di giustizia, libertà e dignità». Come la sovranità per gli Stati, la proprietà individuale ha **la presunta qualità dell'assoluto**, dell'esclusivo, del dominio completo sui beni. È quindi uno stato di perfezione e chiarezza desiderabile in materia di rapporti materiali. La posizione dell'individuo e la distribuzione dei beni nella società sono fortemente determinate dalle decisioni che una società prende in materia di proprietà. 5

### A. Forte componente istituzionale

La garanzia della proprietà presenta una **forte componente istituzionale**. Essa tutela non solo i diritti individuali, ma anche l'istituzione sociale della proprietà privata. Essa rappresenta quindi una decisione fondamentale della società a favore della distribuzione decentralizzata dei diritti di azione (o 6

comunque contro la loro concentrazione nelle mani dei poteri pubblici). La garanzia della proprietà condivide la peculiarità di una forte componente istituzionale con la libertà economica, che integra l'istituzione della proprietà privata con quella della concorrenza. Queste due istituzioni, che costituiscono il fondamento di un'economia di mercato, sono completate dai principi dell'ordinamento economico (art. 94 Cost.), che a loro volta impongono allo Stato un rapporto di moderazione nei confronti di tale economia di mercato.

7 Per quanto importante sia la proprietà per l'organizzazione della società, a molti sembra ancora più centrale per lo sviluppo della personalità. Alla proprietà e alla garanzia della proprietà spetta (nel migliore dei casi) una **funzione di garanzia della libertà**. Esse devono proteggere un «pezzo di mondo proprio» (in primo luogo dallo Stato), in cui sia possibile uno sviluppo sicuro e individuale. Ciò implica in particolare che non può essere protetto come proprietà solo ciò che è considerato prezioso dalla società o dal mercato in senso economico. L'immagine di un «pezzo di mondo proprio» ha però una fatale affinità con l'idea della proprietà come «sfera libera dal potere statale». Questa concezione nasconde proprio il ruolo centrale delle autorità pubbliche nella creazione, nel riconoscimento e nella protezione della proprietà e quindi anche il ruolo proattivo che le autorità pubbliche devono assumere nel rendere possibile tale sfera di libertà.

8 Un modo comune di affrontare la complessità della proprietà come concetto e istituzione giuridica consiste nel ridurre inizialmente la proprietà al suo **aspetto parziale di proprietà materiale** e formularla in termini assoluti, ovvero come il dominio illimitato su una cosa con l'esclusione di tutti gli altri. Fondamentale per questo aspetto parziale è il fatto che i diritti derivanti dalla proprietà materiale hanno effetto nei confronti di tutti gli altri («erga omnes»). In una seconda fase vengono introdotti i compromessi che ogni società deve accettare quando si tratta della proprietà dei beni. Non è chiaro fino a che punto questi compromessi possano essere spinti, prima che non sia più possibile parlare di proprietà in senso stretto. Questa è la tecnica utilizzata nell'art. 641 cpv. 1 CC, che descrive la proprietà nel diritto reale. Esso definisce il «proprietario» (senza menzionare le proprietarie) come il soggetto che può disporre di una cosa «a suo piacimento». Allo stesso tempo, tuttavia, questo paragrafo chiarisce anche che ciò vale solo «nei limiti dell'ordinamento giuridico». Questo conflitto tra la libertà del proprietario e gli interessi e le

regole della collettività è il problema fondamentale dell'istituto giuridico della proprietà e uno dei problemi centrali della garanzia della proprietà.

## B. Rapporto con altre disposizioni

Tutti i diritti fondamentali possono essere compresi appieno solo **nel loro insieme con tutti gli altri diritti fondamentali** e con le disposizioni relative ai compiti previsti dalla Costituzione. Ciò vale in misura ancora maggiore per la garanzia della proprietà. Un motivo importante di questa interdipendenza è la funzione di «protezione preliminare» e «di accompagnamento» che la garanzia della proprietà svolge per altri diritti fondamentali. Ciò vale in particolare per la libertà economica. La garanzia della proprietà tutela l'esistenza e il valore dei fattori di produzione il cui *utilizzo* è protetto dalla libertà economica al fine di ottenere un reddito. Un minimo di sicurezza materiale e di autonomia è inoltre necessario affinché un individuo possa partecipare alla vita politica. Georg Müller definisce quindi la proprietà come un «elemento complementare e promotore della libertà politica». Da parte loro, i diritti procedurali fondamentali esercitano un'importante funzione di protezione preliminare e di accompagnamento della garanzia della proprietà. Solo laddove sono accessibili procedure efficaci ed eque è possibile proteggere efficacemente la proprietà, indipendentemente dalla sua definizione. 9

Ancor più che oggetto di protezione di altri diritti fondamentali (come ad esempio l'arte, la scienza e la religione, la cui esistenza è concepibile anche al di fuori di un ordinamento giuridico), la proprietà è un **costrutto sociale**, un oggetto di protezione che non può esistere al di fuori dell'ordinamento giuridico né precederlo, ma che è creato solo da quest'ultimo. Un problema centrale della garanzia della proprietà è quindi quello di dover proteggere dall'accesso del diritto ciò che può sorgere solo attraverso l'ordinamento giuridico (cfr. infra, n. 40). 10

Inoltre, la garanzia della proprietà è in **relazione reciproca** con una serie di **ulteriori disposizioni costituzionali**: 11

- Di particolare rilevanza pratica è la sezione 4 «Ambiente e pianificazione del territorio» (art. 73-80 Cost.). Da essa derivano una serie di competenze della Confederazione e dei Cantoni. Queste riguardano essenzialmente i conflitti di scarsità delle risorse naturali e dello spazio geografico e

possono quindi, in determinate circostanze, interferire fortemente con la proprietà.

- Lo stesso vale per la competenza federale in materia di regolamentazione del trasporto di energia (art. 91 Cost.).
- L'art. 108 Cost. (Promozione della costruzione di alloggi e della proprietà d'abitazioni) ha un duplice effetto sulla proprietà. Da un lato, può costituire una base per la limitazione della proprietà.
- D'altro canto, solleva la questione se esista un mandato per una vera e propria politica della proprietà, ossia un intervento statale volto a consentire ad ampi strati della popolazione l'acquisto di un'abitazione di proprietà (cfr. infra, n. 12).
- Dal punto di vista economico, un elemento centrale della garanzia della proprietà è la tutela dei diritti di azione (per il concetto cfr. n. 47) in relazione alla proprietà fondiaria. Altrettanto importante come quadro di riferimento per la base di intervento è l'art. 109 Cost. (locazioni). Esso conferisce alla Confederazione la possibilità di limitare la libertà dei proprietari di affittare i propri immobili.
- L'art. 8 cpv. 4 Cost. crea possibili conflitti con la garanzia della proprietà, in quanto prevede misure volte ad eliminare gli svantaggi per le persone con disabilità. Il legislatore ha risolto questo conflitto con l'emanazione della legge federale per l'eliminazione delle disparità nei confronti delle persone con disabilità (LDis) del 2002.

12 La garanzia della proprietà, l'articolo 108 (Promozione della costruzione di alloggi e della proprietà d'abitazioni) e l'articolo 109 Cost. (Locazione immobiliare) stabiliscono, nel loro insieme, le basi per consentire a tutte le persone in Svizzera di disporre di un alloggio adeguato. La formulazione «La Confederazione promuove (...) l'accesso alla proprietà d'abitazione e di casa» contenuta nell'art. 108 cpv. 1 Cost. indica in primo luogo che la Costituzione esprime una preferenza per l'acquisto di un'abitazione rispetto alla locazione. Si tratta tuttavia dell'unico approccio presente nella Costituzione per una vera e propria **politica di promozione della proprietà**, che è invece più marcata in altri ordinamenti giuridici. Nel progetto preliminare di revisione totale del 1977 era ancora presente un mandato esplicito di promozione della proprietà (art. 30 lett. d, g e h). La Costituzione federale del 1999 contiene invece solo questo accenno a una politica della proprietà. Ciò indica che nell'ordinamento

costituzionale svizzero non è molto sviluppata l'idea che lo Stato, oltre a garantire la proprietà già acquisita, abbia il dovere di agevolarne l'acquisizione. Secondo questa concezione, lo Stato non è tenuto a perseguire una «politica della proprietà».

La Confederazione e i Cantoni dispongono di **leggi specifiche in materia di espropriazione**. Queste costituiscono di norma la base giuridica per l'espropriazione formale di terreni. Tuttavia, anche altre leggi possono costituire una base per espropriazioni formali. 13

Contrariamente alla maggior parte degli altri diritti fondamentali, il **diritto internazionale** svolge un ruolo secondario nella protezione della garanzia della proprietà. Un motivo importante è che la Svizzera non ha ratificato il primo protocollo aggiuntivo alla CEDU, che contiene una garanzia della proprietà all'articolo 1. Secondo l'opinione generale, tale garanzia è comunque meno ampia di quella prevista dall'articolo 26 Cost. Ciononostante, la CEDU ha un certo effetto sulla protezione della proprietà, ad esempio attraverso il diritto a un processo equo sancito dall'articolo 6 CEDU. Questo garantisce a ogni persona, «in qualsiasi procedimento di carattere civile o penale, o in qualsiasi procedimento penale a carico suo», un «giudizio equo» da «un tribunale indipendente e imparziale, stabilito a legge». In caso di violazione o privazione della proprietà, la CEDU garantisce in tal modo l'accesso a un tribunale, laddove ciò non sia previsto dal diritto processuale nazionale. La CEDU può esercitare un altro effetto protettivo a favore della proprietà attraverso il suo divieto accessorio di discriminazione (art. 14 CEDU), ad esempio nei casi in cui il diritto a prestazioni future è discriminatorio, come era il caso in Svizzera nei confronti dei vedovi. 14

## III. CONTENUTO DELLA GARANZIA DELLA PROPRIETÀ (CPV. 1)

### A. Titolare della garanzia della proprietà

A differenza di altri diritti fondamentali, la cui garanzia è introdotta con «ogni persona» (art. 9 Cost.) o «ogni essere umano» (art. 10 Cost.), la garanzia della proprietà è semplicemente «assicurata». Essa vale **in linea di principio per tutte le persone fisiche e giuridiche**. 15

### 1. Esclusione di determinate persone fisiche dalla titolarità dei diritti?

16 In dottrina esistono due opinioni diverse sul fatto che l'esclusione dall'acquisizione della proprietà costituisca una limitazione della garanzia della proprietà o un'esclusione parziale dalla titolarità della garanzia della proprietà. La questione è rilevante in relazione alla proprietà fondiaria, il cui acquisto è soggetto, in determinate circostanze, a un'autorizzazione per determinati gruppi di persone. L'esempio più importante dal punto di vista pratico si trova nell'articolo 2 della **legge federale sull'acquisto di immobili da parte di persone all'estero** (LAFE), nota anche come «Lex Koller». Un altro esempio è l'obbligo di autorizzazione per l'acquisto di un'azienda agricola da parte di persone che non sono considerate autogestori (art. 6 in combinato disposto con l'art. 61 cpv. 1 e l'art. 63 cpv. 1 lett. a della legge federale sul diritto fondiario rurale, LFR).

17 Due motivi inducono tuttavia a **non escludere queste persone dall'ambito di protezione personale della garanzia della proprietà**, ma a trattare gli ostacoli corrispondenti come restrizioni della garanzia della proprietà. Il primo motivo è che si tratta solo di una limitazione parziale della tutela dei diritti fondamentali. In tal senso, è fuorviante affermare che tali persone non sono titolari del diritto fondamentale. Il secondo motivo è l'obbligo di giustificazione che incombe allo Stato in caso di limitazione dei diritti fondamentali: se la restrizione del diritto fondamentale non è trattata come una limitazione, ma come un'esclusione da un diritto fondamentale, lo Stato è esonerato in modo problematico da tale obbligo di giustificazione.

### 2. La collettività come titolare di diritti fondamentali

18 Il Tribunale federale segue una giurisprudenza costante secondo cui anche una **collettività** può invocare un diritto destinato ai privati se è interessata come un privato. Ciò vale in particolare quando la collettività è interessata nei suoi interessi patrimoniali. Nella dottrina, ciò è inteso per la garanzia della proprietà nel senso che anche le comunità possono invocare la garanzia della proprietà quando sono interessate come privati. Quando ciò avvenga non è chiaro. È certo che ciò si verifica quando un ente pubblico è interessato nel suo patrimonio finanziario (cioè nel patrimonio che possiede per il suo valore monetario) e non nel patrimonio amministrativo (cioè nel patrimonio che possiede per il suo valore d'uso). Tuttavia, nella dottrina vi sono anche voci che ritengono che la collettività sia titolare di diritti fondamentali anche per i

beni del patrimonio amministrativo e di uso pubblico (quelli che, per loro destinazione, possono essere utilizzati anche da privati), a condizione che la collettività non sia interessata nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, ma in qualità di proprietaria. Questa opinione merita di essere condivisa. Non è chiaro perché la collettività, in qualità di proprietaria, debba essere meno tutelata dei privati. Quando la collettività si trova in una situazione particolare o ha una responsabilità speciale (ad esempio nei confronti di compiti pubblici svolti da un'altra collettività o nei confronti dei diritti fondamentali dei privati), è possibile tenere meglio conto di questa circostanza considerandola adeguatamente nell'esame dei presupposti dell'intervento, piuttosto che escludendo completamente la collettività dalla titolarità dei diritti fondamentali.

Sulla base di queste considerazioni, è quindi opportuno che **anche le imprese pubbliche di diritto privato** possano invocare la garanzia della proprietà, anche se il Tribunale federale ha finora lasciato aperta la questione. Anche la posizione di potere particolare delle imprese pubbliche nella concorrenza può essere meglio affrontata se viene presa in considerazione nell'ambito di una ponderazione degli interessi piuttosto che negando a queste imprese la titolarità dei diritti fondamentali. 19

## B. Dimensioni della garanzia della proprietà

Più di altri diritti fondamentali, la garanzia della proprietà è solitamente suddivisa in diverse dimensioni del suo ambito di protezione, tipicamente nella **garanzia dell'esistenza, del valore e dell'istituzione**. La garanzia dell'esistenza protegge innanzitutto l'estensione o l'esistenza stessa della proprietà (n. 21 s.). Un elemento unico della garanzia della proprietà è la garanzia del valore (o «garanzia patrimoniale»), che si aggiunge alla garanzia dell'esistenza e, in determinate circostanze, la sostituisce (n. 23 segg.). La garanzia istituzionale tutela l'istituzione della proprietà nella società e la decisione fondamentale a favore di un ordine economico basato sulla proprietà (n. 27 segg.). Questi tre elementi si sostengono e completano a vicenda. È quindi artificioso supporre che tutti gli aspetti della garanzia della proprietà debbano essere attribuiti esclusivamente a una di queste tre dimensioni. 20

## 1. Garanzia dell'esistenza

21 La garanzia dell'esistenza **protegge** l'**esistenza della proprietà** di un soggetto giuridico, ossia l'esistenza della somma dei diritti patrimoniali di una persona (cfr. al riguardo n. 48 segg.) contro ingerenze ingiustificate. Questa protezione non è assoluta. Le ingerenze sono ammesse alle condizioni di cui all'art. 36 Cost. e, in aggiunta, alle condizioni della garanzia del valore di cui all'art. 26 cpv. 2 Cost. L'effetto protettivo della garanzia dell'esistenza consiste quindi nell'innalzare la soglia per gli interventi e nel vincolarli a determinati meccanismi di giustificazione.

22 La garanzia dell'esistenza va distinta dalla **garanzia dei diritti acquisiti**. La garanzia dei diritti acquisiti riveste un ruolo importante nel diritto edilizio e urbanistico e assicura la possibilità di continuare a utilizzare gli edifici costruiti in base al diritto precedente o di ampliarli o ristrutturarli nonostante il mutamento della situazione giuridica. Il suo effetto protettivo è rivolto in primo luogo contro il legislatore, che deve introdurre le nuove norme in modo «delicato» e prevedere periodi transitori ed eccezioni. Sviluppata originariamente nella giurisprudenza, la garanzia dei diritti acquisiti è stata recepita anche nella legge (cfr. art. 24c e art. 37a LPT). A differenza della garanzia di esistenza, essa non tutela l'esistenza di diritti patrimoniali, ma il mantenimento, per un certo periodo o in determinate circostanze, di diritti che in base alla nuova situazione giuridica non esisterebbero più. Il suo rapporto con la garanzia della proprietà non è del tutto chiaro. In ogni caso, essa non deriva esclusivamente dalla garanzia della proprietà, ma anche dalla tutela della buona fede (art. 9 Cost.). Poiché la garanzia dei diritti acquisiti tutela diritti patrimoniali, ovvero la possibilità di compiere atti economicamente interessanti che secondo il nuovo diritto non sarebbero più possibili, essa è in ogni caso anche una componente della garanzia della proprietà (cfr. infra, n. 47 segg.).

## 2. Garanzia del valore

23 Se è possibile interferire legittimamente con l'esistenza della proprietà e se sussistono inoltre i presupposti per un'espropriazione formale o materiale (per questi concetti cfr. infra, n. 77), **«si trasforma»** («se transforme») **la garanzia dell'esistenza in garanzia del valore**, ovvero «si fonde» in una garanzia del valore.

Contrariamente all'impressione che si ricava dalla formulazione dell'art. 26 cpv. 2 Cost., la garanzia di valore si applica **solo in caso di una frazione degli interventi** sulla proprietà protetta dai diritti fondamentali. Il presupposto è una espropriazione formale o una restrizione della proprietà che raggiunga un'intensità tale da equivalere a un'espropriazione formale (vedi sotto, n. 126). La maggior parte delle restrizioni della proprietà, siano esse derivanti dalla legislazione o dall'applicazione del diritto, deve essere accettata senza indennizzo. Di conseguenza, la garanzia dell'esistenza e i presupposti per l'intervento che ne derivano sono tanto più importanti. 24

Oltre all'art. 26 cpv. 2 Cost., la garanzia del valore è **ancora sancita** in diverse leggi federali e cantonali, ad esempio nell'art. 16 LdD e nell'art. 5 cpv. 2 della legge sulla pianificazione del territorio (LPT). 25

La garanzia del valore comporta un **rafforzamento o un indebolimento della garanzia della proprietà?** Si potrebbe sostenere che la garanzia del valore comporti un indebolimento rispetto alla protezione offerta da altri diritti fondamentali, poiché lo Stato può interferire con il diritto fondamentale se è disposto a pagare per l'interferenza, cosa che non è possibile nel caso di altri diritti fondamentali. Tuttavia, tale argomentazione trascura il fatto che la garanzia del valore entra in gioco solo quando è possibile intervenire legittimamente sulla proprietà protetta dai diritti fondamentali, ovvero quando sono già soddisfatti i presupposti che devono essere soddisfatti anche per l'intervento su altri diritti di libertà. La garanzia del valore si applica quindi in aggiunta e non in sostituzione delle condizioni normalmente richieste per i diritti di libertà (cfr. art. 36 Cost.), e in tal senso conferisce alla proprietà una protezione privilegiata rispetto ad altri beni protetti dai diritti fondamentali. Sarebbe tuttavia errato concludere che il legislatore costituzionale attribuisca alla proprietà un valore normativo superiore rispetto ad altri beni protetti dai diritti fondamentali. La maggiore tutela si spiega con la funzione della garanzia della proprietà, in particolare con una funzione di internalizzazione (cfr. n. 111). Questa posizione speciale è rilevante dal punto di vista pratico nella delimitazione degli ambiti di protezione dei diritti fondamentali: se un bene rientra nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà (anziché nell'ambito di protezione di un altro diritto fondamentale), può beneficiare, in determinate circostanze, anche della maggiore tutela della garanzia del valore. 26

## 3. Garanzia istituzionale

27 La garanzia istituzionale non tutela in primo luogo i singoli titolari di diritti fondamentali. Il suo oggetto di tutela è una **decisione fondamentale della società a favore di un ordine basato sulla proprietà**. Come altri diritti fondamentali, anche la garanzia della proprietà, nel suo aspetto istituzionale, va oltre la semplice tutela dei diritti soggettivi. Centrale per la garanzia istituzionale non è una decisione fondamentale della società a favore di uno Stato restrittivo o di una ridotta compensazione sociale. Centrale è una decisione fondamentale a favore della decentralizzazione dei fattori produttivi nella società o, viceversa, una decisione fondamentale a favore dell'impedimento della concentrazione dei fattori produttivi nelle mani di pochi. È qui che risiede la «funzione di ordine pubblico» più importante della garanzia della proprietà: la decentralizzazione assicura che le allocazioni errate delle risorse nella società rimangano gestibili e possano essere corrette. La garanzia istituzionale fornisce una protezione contro le misure politiche che centralizzerebbero gradualmente o immediatamente il controllo sui fattori di produzione. Il candidato più plausibile per una tale centralizzazione è lo Stato, che nel tentativo di instaurare un'economia pianificata cerca di ottenere il controllo su un numero sempre maggiore di fattori produttivi. Tuttavia, il settore pubblico non è l'unico motore immaginabile di una centralizzazione. Secondo questa concezione della garanzia istituzionale, anche una concentrazione di praticamente tutti i fattori produttivi nelle mani di un monopolista privato sarebbe in contrasto con la garanzia istituzionale. Una ridistribuzione dei fattori produttivi nella società da parte del settore pubblico potrebbe interferire con la garanzia dell'esistenza (perché deve togliere ad alcuni per dare ad altri). Tuttavia, essa è compatibile con la garanzia istituzionale fintantoché tale ridistribuzione non svuota la proprietà come istituzione e fintantoché serve proprio alla decentralizzazione e non alla concentrazione dei fattori produttivi. Essenziale per questa funzione di decentralizzazione è che i fattori produttivi rimangano distribuiti nella società non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, che dalla proprietà non rimanga sempre più solo un guscio vuoto, ma che essa mantenga un valore economico effettivo e comprenda un'effettiva libertà di azione materiale. In tal senso, questa funzione di decentralizzazione comprende anche il divieto formulato dal Tribunale federale di privare la proprietà della sua «sostanza» o del suo «nucleo essenziale».

Nonostante questa grande compatibilità con uno Stato ridistributivo, la garanzia istituzionale è una decisione di principio a favore del **mercato come «principio di coordinamento»**, anche se questo può essere un mercato fortemente integrato dal punto di vista sociale. La garanzia della proprietà non è l'unica norma della Costituzione in cui si riflette questa decisione di principio. Essa trova espressione anche nell'art. 5a Cost. (sussidiarietà), nell'art. 27 Cost. (libertà economica) e nell'art. 94 Cost. (principi dell'ordinamento economico). La decentralizzazione dei fattori produttivi è tuttavia un presupposto indispensabile per poter prendere questa decisione di principio e la anticipa. Il motivo è il processo decentralizzato di scoperta e informazione, ovvero la capacità di generare informazioni e di classificarle in modo sensato, anche se il sistema è troppo complesso per poter essere supervisionato da un punto di vista centrale. Questo processo può essere garantito solo da un mercato (anche se fortemente integrato). L'alternativa sarebbe un attore centrale che controllerebbe tutti i fattori produttivi, ma non sarebbe in grado di classificarli in modo sensato perché non dispone di questo processo di scoperta. La decentralizzazione dell'assegnazione e della transazione dei fattori di produzione e un processo di scoperta e informazione che funzioni in modo ragionevole sono quindi interdipendenti. Se, secondo il Tribunale federale, la libertà economica è la «custode di un ordine economico privato», la garanzia della proprietà è un presupposto indispensabile per essa. 28

Regolarmente, la **garanzia istituzionale viene equiparata al contenuto essenziale** della garanzia della proprietà (o al contenuto essenziale, l'equivalente tedesco del contenuto essenziale) (cfr. in merito al contenuto essenziale di seguito, n. 33 segg.). Le due figure giuridiche presentano effettivamente alcuni parallelismi. Entrambe sussistono indipendentemente dal peso dell'interesse pubblico. Indipendentemente dal peso di quest'ultimo, esso non può giustificare un'ingerenza né nella garanzia istituzionale né nel contenuto essenziale. Tuttavia, l'equiparazione tra garanzia istituzionale e contenuto essenziale è poco sensata e fuorviante. Il contenuto essenziale di un diritto fondamentale tutela la sfera più intima ed elementare di un bene giuridico protetto e presenta un forte legame con la dignità della persona interessata. Essa concretizza la dignità umana in un contesto specifico. La garanzia istituzionale, tuttavia, non riguarda in primo luogo la dignità dell'individuo, ma una decisione fondamentale della società. Essa non è «solo 29

l'ultimo baluardo» a tutela dei diritti di proprietà dei singoli, ma svolge una funzione preliminare a tale scopo.

30 Le seguenti misure sono considerate **incompatibili con la garanzia istituzionale**:

- Il caso principale in cui si applica la garanzia istituzionale è la cosiddetta **tassazione confiscatoria**. La tassazione è considerata confiscatoria quando raggiunge un'entità tale che il patrimonio verrebbe gradualmente eroso dalla sola imposizione fiscale o che la ricostituzione del patrimonio o una vita indipendente diventerebbero illusorie a causa del solo onere fiscale. La giurisprudenza in materia di imposizione confiscatoria è restrittiva. Non esiste una decisione pubblicata del Tribunale federale in cui sia stata riconosciuta un'imposizione confiscatoria. A titolo orientativo si può citare una decisione più vecchia e non pubblicata in cui il valore capitale di una rendita vitalizia è stato tassato in modo tale che la beneficiaria della rendita avrebbe dovuto indebitarsi pesantemente per poter pagare l'imposta, il che avrebbe compromesso proprio lo scopo della rendita, ovvero garantire il sostentamento. Insieme alle imposte sul reddito applicabili alle rendite, l'onere fiscale sarebbe stato pari al 55% del valore capitale della rendita vitalizia (per quanto riguarda il rapporto tra questa giurisprudenza e la garanzia del contenuto essenziale, cfr. n. 34).
- Un diritto di prelazione illimitato della collettività in vista di un **monopolio fondiario pubblico** da realizzare gradualmente, o il tentativo di concentrare tutta la proprietà fondiaria nelle mani dello Stato e di concedere ai privati solo diritti di costruzione o simili.
- La possibilità per l'autorità pubblica di **congelare i prezzi dei terreni e di affittare forzatamente gli alloggi** senza che ciò sia subordinato ad altre condizioni se non quella generale di garantire il diritto all'alloggio.

31 Sono invece considerati **compatibili con la garanzia istituzionale**:

- **le imposte patrimoniali che sono più elevate del reddito**. Le imposte patrimoniali incidono proprio sulla sostanza del patrimonio. Ciò di per sé non le rende contrarie ai diritti fondamentali. Pertanto, se un onere fiscale derivante principalmente da un'imposta patrimoniale ammonta per un breve periodo al 200% del reddito di un soggetto passivo, ciò non costituisce ancora una tassazione confiscatoria.

- In generale, **una determinata percentuale** delle imposte rispetto al reddito o al patrimonio non è di per sé sufficiente per configurare una tassazione confiscatoria. È invece rilevante il carico fiscale su un periodo relativamente lungo. Se in determinati anni si verificano circostanze particolari, è necessario astrarsi da esse. È determinante anche l'effetto cumulativo di diverse imposte e la possibilità di trasferire le imposte su altri.
- Situazioni in cui un soggetto imponibile **rinuncia intenzionalmente a un reddito realizzabile** sul proprio patrimonio (ad esempio perché detiene metalli preziosi o specula sulla zonizzazione di terreni) e per questo motivo il carico fiscale è superiore al reddito derivante dal patrimonio.
- Un'**imposta sul patrimonio** che graverebbe sui redditi molto elevati fino al 46% del reddito, ma non impedirebbe la costituzione di nuovo patrimonio.
- Anche interventi relativamente **estesi nel mercato fondiario, immobiliare e locativo** sono compatibili con la garanzia dell'istituzione. Ad esempio:
  - l'espropriazione dell'uso di appartamenti lasciati abusivamente vuoti (si configurerebbe invece una violazione della garanzia istituzionale qualora l'uso non potesse essere revocato se non per garantire il diritto all'alloggio);
  - l'obbligo, in caso di riclassificazione e nuova zonizzazione, di destinare almeno un terzo dell'uso residenziale a alloggi a prezzi accessibili e di affittarli a lungo termine a canoni di locazione basati sui costi;
  - la possibilità per l'amministrazione comunale di determinare il 15% degli inquilini negli edifici la cui costruzione o ristrutturazione ha sovvenzionato;
  - il divieto di demolizione, ristrutturazione o cambio di destinazione d'uso di appartamenti non fatiscenti o non bisognosi di ristrutturazione (tuttavia, questo progetto violava la garanzia di esistenza);
  - l'obbligo di autorizzazione per la vendita di appartamenti di cui il mercato immobiliare ha carenza (in questo caso, tuttavia, la configurazione dell'obbligo di autorizzazione, che impediva di tenere conto degli interessi privati, costituiva una violazione del principio di proporzionalità e della garanzia di esistenza).

32 È quindi necessaria la garanzia dell'istituto o ha **solo un «significato dichiarativo»?** Il fatto che vi siano solo pochi esempi in cui la garanzia dell'istituto ha avuto un effetto protettivo concreto nella giurisprudenza non dovrebbe portare alla conclusione che essa non abbia alcun ruolo nella vita giuridica. La decisione di optare per un ordinamento basato sulla proprietà, per una decentralizzazione dei fattori di produzione, è una delle decisioni fondamentali che una comunità politica può prendere per sé stessa. È quindi logico che la garanzia istituzionale influenzi le decisioni politiche piuttosto che quelle giuridiche e che possa e debba svolgere una funzione di tutela contro le decisioni politiche piuttosto che contro l'azione amministrativa. La decentralizzazione dei fattori produttivi rimane comunque un compito permanente anche quando le forze politiche che vogliono comunitarizzare i fattori produttivi perdono energia. Ciò non da ultimo perché una crescente concentrazione dei fattori produttivi non può verificarsi esclusivamente a livello statale.

## 4. Contenuto essenziale

33 La separazione della garanzia istituzionale dal contenuto essenziale consente di considerare come contenuto essenziale della garanzia della proprietà quegli aspetti che hanno una rilevanza diretta per la **protezione della dignità umana**. La garanzia della proprietà è meno spesso associata alla tutela della dignità rispetto ad altri diritti fondamentali, e a torto. La formulazione di Eugen Huber appare certamente drastica quando, nelle spiegazioni al progetto di CC, scrive che «una personalità priva del potere di disporre dei propri beni (...) sarebbe un concetto privo di contenuto». Tuttavia, la possibilità di esercitare il dominio sui beni è un'espressione elementare della personalità; impedire in modo permanente a una persona di esercitare tale dominio costituisce quindi un attacco alla sua dignità. Nei casi in cui una persona, attraverso la negazione della proprietà, viene «privata del suo posto nel mondo ed esposta alla lotta per la sopravvivenza», tale soglia viene superata. In caso di interventi così drastici, la ponderazione degli interessi privati e pubblici non può più portare a risultati giustificabili. La ponderazione a favore degli interessi e della dignità dell'individuo deve essere anticipata. Questa anticipazione del risultato della ponderazione è proprio l'essenza della concezione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali qui sostenuta.

Uno dei motivi della spesso problematica equiparazione tra contenuto essenziale e garanzia istituzionale potrebbe essere l'assenza di giurisprudenza in materia di violazione del contenuto essenziale, ad eccezione della questione della tassazione confiscatoria, che in determinate circostanze può ricadere nell'area di sovrapposizione tra contenuto essenziale e garanzia istituzionale. Tuttavia, anche per altri diritti fondamentali è difficile trovare casi in cui si sia verificata una violazione del contenuto essenziale. Ai fini di un punto di riferimento, che fortunatamente non si verifica quasi mai, può comunque essere utile ipotizzare casi del genere. Si potrebbe pensare, ad esempio, a casi in cui a una persona viene intenzionalmente tolto «l'ultimo vestito» per escluderla dalla società. 34

Nella letteratura, la **garanzia del valore come componente** della garanzia della proprietà è talvolta considerata parte integrante del suo **contenuto essenziale**. Ciò è poco convincente per diversi motivi. È vero che la garanzia del valore è formulata in modo assoluto per i casi in cui si applica (espropriazioni formali e restrizioni della proprietà simili all'espropriazione) e non consente deroghe da parte del legislatore. In primo luogo, tuttavia, tali casi costituiscono solo una piccola parte degli interventi sulla proprietà e, in secondo luogo, la giurisprudenza ha sviluppato diverse tecniche per impedire l'attivazione della garanzia del valore (cfr. infra n. 126). 35

Il contenuto essenziale della garanzia della proprietà è in **contrasto con la teoria dell'immanenza** (cfr. infra, n. 40). Se quest'ultima viene applicata senza filtri, l'ambito di protezione oggettivo della garanzia della proprietà è a disposizione del legislatore. In teoria, il legislatore potrebbe quindi disporre anche dell'ambito più intimo, del contenuto essenziale. Ciò dimostra che è necessario che il legislatore sia vincolato dai diritti fondamentali per quanto riguarda l'ambito di protezione della garanzia della proprietà in una forma o nell'altra, e che quindi la teoria dell'immanenza non può essere applicata senza restrizioni (cfr. n. 43). Anche se è vero che il concetto di proprietà non può precedere un ordinamento giuridico, esso può comunque precedere il legislatore (almeno nelle sue linee fondamentali), nella misura in cui deriva dalla Costituzione. Il vincolo del legislatore al contenuto essenziale della garanzia della proprietà, che si orienta alla dignità dell'individuo, è quindi relativamente facile da realizzare, poiché la protezione di un contenuto essenziale così inteso non deriva esclusivamente dalla garanzia della proprietà stessa, ma anche dall'art. 36 cpv. 4 Cost. e dall'art. 8 Cost. Il legislatore non 36

può quindi revocare l'obbligo di proteggere la dignità dell'individuo anche laddove interessi pubblici molto rilevanti giustificano una ridefinizione giuridica della proprietà.

## C. Ambito di applicazione oggettivo

### 1. Teorie della proprietà

37 Data la grande complessità della proprietà come concetto e come costrutto sociale e giuridico, anche l'**ambito di applicazione oggettivo** della garanzia della proprietà è **complesso** e presenta notevoli ambiguità. L'oggetto della garanzia della proprietà «non è un'attività o una caratteristica umana, ma un istituto creato dall'ordinamento giuridico». Questa formulazione anticipa tuttavia ciò che è controverso nella dottrina e poco chiaro nella giurisprudenza, sia per quanto riguarda la proprietà di diritto privato che l'oggetto della garanzia della proprietà: si tratta infatti di stabilire se la proprietà esista a priori e la legge le imponga dei limiti (**teoria dei limiti**) o se la proprietà sia un istituto dell'ordinamento giuridico che può sorgere solo con esso e al quale i limiti della proprietà, così come definiti dalla legislazione, sono quindi immanenti (**teoria dell'immanenza**). Le due teorie si escludono a vicenda e presentano notevoli punti deboli.

#### a. Punti deboli delle teorie della proprietà

38 Un modo per affrontare il problema delle due teorie insufficienti è quello di sottolineare la **limitatezza della rilevanza pratica** di questo dibattito e di relegarlo nella torre d'avorio. Tuttavia, le carenze di entrambe le teorie rendono confusi non solo i contorni dell'ambito di protezione oggettivo della garanzia della proprietà, ma anche la questione stessa se il diritto protetto sia originariamente una grandezza fissa da cui si sottrae qualcosa o un costrutto sociale che cambia con il mutare delle condizioni politiche, economiche e tecnologiche.

39 Passiamo innanzitutto ai problemi della teoria delle barriere: **la proprietà non può precedere il diritto**, ma è creata dall'ordinamento giuridico. Infatti, già quali siano i diritti di azione connessi a un determinato bene non è naturale o evidente, ma può derivare solo da un consenso sociale minimo in qualche modo formato. Anche se si partisse da un'esistenza pre-statale della proprietà, non potrebbe esserci una portata naturale o originaria della

proprietà (ma questo sarebbe un presupposto per il funzionamento della teoria delle barriere). Infatti, ogni forma immaginabile di utilizzo della proprietà crea interferenze con altri soggetti giuridici e con la loro proprietà. Prima che esista un quadro giuridico e un meccanismo di risoluzione dei conflitti, non è possibile classificare una limitazione come parte naturalmente ammissibile della proprietà e un'altra come effetto eccessivo.

La teoria dell'immanenza, d'altra parte, presenta il punto debole di proteggere 40
la proprietà solo nell'ambito del diritto vigente e quindi, in linea di principio, **non può proteggerla dalla legislazione**. Essa protegge una proprietà la cui sostanza può essere indebolita a piacere, purché ciò avvenga solo attraverso la legislazione e non attraverso l'applicazione del diritto. Per ovviare a questo problema, occorrerebbe un criterio che stabilisca quando le norme giuridiche configurano la proprietà e quando la limitano. Finora non è stato possibile individuare tali criteri. Per ragioni logiche, ciò non può nemmeno riuscire, poiché presupporrebbe nuovamente una sostanza pre-giuridica della proprietà, che non può esistere. È quindi notoriamente poco chiaro se si intervenga sulla proprietà o se si riformi l'ambito di protezione della proprietà. Ciò è problematico, poiché il rapporto tra la lesione dell'ambito di protezione e l'ammissibilità dell'intervento, che non è sempre chiaro anche in relazione ad altri diritti fondamentali, è particolarmente importante nel contesto della garanzia della proprietà. Da esso dipende l'applicabilità della garanzia del valore.

La fragilità della proprietà secondo la teoria dell'immanenza è dimostrata dal 41
fatto che la Costituzione stessa prevede **punti di rottura della garanzia della proprietà**. In questi casi, secondo una valutazione generale, prevalgono interessi diversi da quelli della proprietà. Non viene quindi effettuata alcuna ponderazione degli interessi. Ne sono esempi gli interventi edilizi nelle torbiere e nei paesaggi palustri di importanza nazionale (art. 78 cpv. 5 Cost.), la costruzione di minareti (art. 72 cpv. 3 Cost.) o la costruzione di abitazioni secondarie in determinate circostanze (art. 75b in combinato disposto con l'art. 197 n. 9 cpv. 2). È quindi evidente che la portata della proprietà può essere determinata dall'ordinamento giuridico e che, in teoria, potrebbe anche essere svuotata della sua sostanza dal diritto costituzionale stesso.

### b. Compromesso nella pratica

42 Il **Tribunale federale** si è inizialmente orientato alla **teoria dell'immanenza**. La sua giurisprudenza in materia di ingerenze nella proprietà è rimasta limitata alle ingerenze individuali concrete da parte dell'amministrazione, laddove era considerato fondamentalmente indiscusso che la legislazione potesse ridefinire l'ambito di protezione della garanzia della proprietà, rendendo così i limiti della proprietà immanenti al diritto. Nel corso del XX secolo, tuttavia, il Tribunale federale si è gradualmente allontanato dalla teoria dell'immanenza, senza però abbracciare completamente la teoria dei limiti. Un pieno orientamento verso la teoria dei limiti comporterebbe che anche le restrizioni dei poteri del proprietario da parte del legislatore sarebbero trattate come un intervento nell'ambito di protezione, cosa che però avviene solo in casi del tutto eccezionali (cfr. infra, n. 119). Il risultato è una situazione poco chiara e spesso contraddittoria.

43 In **assenza di una terza teoria** in grado di superare le debolezze della teoria delle barriere e della teoria dell'immanenza, si rimane legati a un compromesso fragile (e in ultima analisi contraddittorio) tra queste due teorie. Ciò corrisponde alla prassi svizzera. Da un lato, si ricorre spesso alla finzione della proprietà come qualcosa che precede il legislatore, o comunque si insiste sul fatto che la sostanza della proprietà non può essere arbitrariamente stratificata dalla legislazione e che la proprietà deve quindi avere una sostanza pre-giuridica. D'altro canto, la giurisprudenza non lascia dubbi sul fatto che il concetto di proprietà possa essere ridefinito dal legislatore per renderlo compatibile con gli interessi pubblici e quelli di terzi, pur rimanendo il legislatore vincolato in una certa misura alla garanzia della proprietà. Non è quindi assurdo sottolineare che il concetto di proprietà deriva dalla Costituzione e che quindi, pur non essendo pre-statale, è pre-legislativo. Ciò vale tuttavia solo per i fondamenti della proprietà, per la sua sfera interna. Molti aspetti importanti della proprietà, anch'essi tutelati dai diritti fondamentali, derivano solo dalla legge. Il timore che il legislatore possa svuotare completamente il contenuto della proprietà è quindi esagerato, almeno nell'ipotesi che il legislatore rispetti la Costituzione.

44 Tuttavia, il compromesso che ne deriva è fragile ed è messo a dura prova dal fatto che il Tribunale federale riconosce le restrizioni dei diritti fondamentali mediante modifiche legislative solo in casi eccezionali, lasciando così al **legislatore ampia libertà** sulla sostanza della proprietà. Di norma, si

presume senza difficoltà che la nuova legge ridefinisca l'ambito di applicazione della garanzia della proprietà.

### c. Comprensione funzionale della proprietà come aiuto alla navigazione

Il modo migliore per navigare in questo fragile compromesso è probabilmente quello di utilizzare come stella polare una **comprensione funzionale della proprietà**. Questa chiede quali beni e quali aspetti parziali dei beni sono più determinanti per gli scopi per i quali la proprietà è protetta dai diritti fondamentali. L'attribuzione di determinate funzioni a un diritto fondamentale è sempre rischiosa. Si tratta di un'operazione interpretativa che può anche portare a una riduzione problematica delle funzioni. Tuttavia, senza dover ridurre lo scopo della garanzia della proprietà esclusivamente a queste funzioni, è necessario attribuirle in particolare una funzione di decentralizzazione (cfr. supra, n. 27) e una funzione di tutela della dignità e dell'autonomia dell'individuo (cfr. supra, n. 33). Già con queste funzioni fondamentali, secondo il parere qui sostenuto, è possibile stabilizzare il fragile compromesso tra una proprietà preesistente e una proprietà configurabile dal legislatore, poiché entrambe queste funzioni limitano, indipendentemente dalla teoria specifica della proprietà, la misura in cui la proprietà può essere svuotata del suo contenuto. Tali funzioni trovano espressione in due dimensioni di tutela della garanzia della proprietà, vale a dire nella garanzia istituzionale (per la funzione di decentralizzazione) e nella garanzia del contenuto essenziale (per la funzione di tutela della dignità). 45

La funzione della garanzia della proprietà sarebbe ad esempio compromessa se l'autorità pubblica intervenisse nella proprietà in modo tale da determinare una (graduale) concentrazione dei fattori di produzione presso l'autorità pubblica. La proprietà non può quindi essere definita se non attraverso la legislazione, ma la **libertà di configurazione del legislatore non è illimitata**; anche egli è vincolato dalla garanzia della proprietà. Egli deve esercitare il proprio margine di manovra in modo tale da garantire la funzione di decentralizzazione, la funzione di autonomia e la funzione di tutela della dignità della proprietà. 46

Questo compromesso si basa tuttavia su una concezione della proprietà secondo cui la proprietà non può essere qualitativamente distinta da altre forme di diritto sui beni se non per il fatto di essere protetta dalla garanzia 47

della proprietà. La proprietà è quindi un **insieme di diritti di azione** che consentono di ledere altri, distinguendosi dagli altri diritti di azione in quanto particolarmente tutelati dai diritti fondamentali e, in particolare, garantiti da un valore.

## 2. Autonomia del concetto costituzionale di proprietà

48 Il **concetto costituzionale di proprietà** è **autonomo** da quello del diritto privato. Ciò significa che la proprietà privata in quanto diritto reale fa sì parte dell'ambito di protezione della garanzia della proprietà, ma deve essere configurata separatamente dal concetto di diritto privato e, in particolare, deve essere più ampia di quest'ultimo. Nella letteratura esiste una tendenza a considerare la proprietà privata di cose come una base relativamente sicura dell'ambito di protezione della garanzia della proprietà e a costruire su di essa gli aspetti più oscuri e complessi. Tuttavia, questa opinione non è priva di problemi, perché suggerisce una presunta chiarezza della portata e del contenuto della proprietà di cose. Tuttavia, una situazione tipica in cui si applica la garanzia della proprietà si verifica, ad esempio, quando la proprietà è soggetta a una normativa di diritto pubblico o a un atto amministrativo. In questo caso, la portata della proprietà deriva (tra l'altro) dal quadro normativo del diritto pubblico. La sua portata non deriva quindi direttamente dal diritto reale.

49 Tra gli istituti del diritto privato, il concetto autonomo di proprietà della garanzia della proprietà protegge, oltre alla proprietà reale, anche il **possesso**, i **diritti reali limitati, i diritti di proprietà immateriali** e **i diritti obbligatori**, come quelli che derivano dai contratti di affitto o di locazione.

50 Rimane aperta una questione fondamentale, ovvero in che misura il concetto costituzionale di proprietà possa essere autonomo dal diritto reale senza perdere i propri contorni. Tale questione dovrebbe acquisire maggiore rilevanza se sempre più beni **non saranno più legati a un oggetto fisico**, ma esisteranno come convenzioni giuridiche e/o innovazioni tecniche (come ad esempio i diritti di utilizzo dei dati; cfr. al riguardo infra, n. 71 seg.).

## 3. Aspetti importanti in cui l'ambito di applicazione della garanzia della proprietà non è chiaro

Prima di esaminare questi punti nel dettaglio, è opportuno fornire una **panoramica** degli ambiti in cui i contorni dell'ambito di applicazione materiale della garanzia della proprietà sono particolarmente sfumati. 51

- In primo luogo, non è chiaro se siano oggetto della tutela della garanzia della proprietà i diritti patrimoniali o il patrimonio *in sé* (n. 52 e segg.).
- Una componente patrimoniale di particolare importanza pratica, il cui rapporto con l'ambito di protezione della garanzia della proprietà non è chiaro, è costituita dai diritti di diritto pubblico (n. 58 e segg.).
- Un concetto che nel contesto della garanzia della proprietà è fonte di persistente incertezza è quello dei diritti acquisiti e dei vari concetti alternativi che sono stati sviluppati per designarlo (n. 60 e segg.).
- La questione della tassazione, che di per sé non è considerata una violazione della garanzia della proprietà, pone alcune difficoltà. Non è chiaro quando essa sia così intensa da poter essere considerata confiscatoria (il che a sua volta solleva la questione se una tassazione confiscatoria costituisca una violazione del contenuto essenziale, n. 66 segg.).
- Non è chiaro, inoltre, come e in che misura gli interessi di fatto siano tutelati dalla garanzia della proprietà (n. 68 segg.).
- Infine, non è chiaro come la garanzia della proprietà si rapporti al bene sempre più importante dei dati e ai diritti di utilizzo dei dati di interesse economico (n. 71 segg.).

### a. Il patrimonio in sé

Ai fini della presente discussione, il patrimonio può essere definito come la somma 52
di tutti i beni economici che spettano a una persona. La questione se il **patrimonio in sé sia oggetto di tutela della garanzia della proprietà** può essere considerata l'ambiguità centrale dell'ambito di applicazione oggettivo della garanzia della proprietà. Da questa questione dipendono molte altre ambiguità, ad esempio se la tassazione costituisca una violazione dei diritti fondamentali, in che misura siano tutelati gli interessi di fatto, in che misura

gli interessi e i diritti nei confronti della pubblica amministrazione rientrino nell'ambito di protezione e se i danni patrimoniali puri costituiscano una violazione della garanzia della proprietà. La dottrina è divisa. Biaggini ritiene «non auspicabile» configurare la garanzia della proprietà come una protezione generale del patrimonio. Anche secondo Dubey, il patrimonio in sé non fa chiaramente parte dell'ambito di protezione. Waldmann obietta che, in considerazione del significato della garanzia della proprietà, i beni che servono a garantire l'esistenza devono essere attribuiti all'ambito di protezione della garanzia della proprietà. Egli descrive il contenuto della garanzia della proprietà come un «insieme di diritti esigibili», un concetto che rende difficile escludere il patrimonio, poiché il patrimonio di una persona è l'insieme dei suoi diritti di valore. Tschumi e Riva collocano logicamente il patrimonio così definito nell'ambito di applicazione della garanzia della proprietà (il che sposta il problema alla questione di cosa debba essere considerato un diritto di valore).

53 Il **Tribunale federale** è rimasto **vago** su questo punto. Da un lato, non lascia dubbi sul fatto che il congelamento dei beni di persone (nell'ambito di sanzioni contro persone accusate di vicinanza a un regime problematico) costituisce una violazione della garanzia della proprietà. L'effetto di questa sanzione non è il blocco di singoli beni concreti, ma dell'intero patrimonio (anche potenziale), nella misura in cui si trova ora o in futuro in Svizzera. D'altro canto, il Tribunale federale ha costantemente affermato che sono protetti solo i singoli diritti di proprietà, ma non il patrimonio in sé. Il problema di questa posizione è che essa considera un'ingerenza nelle parti del tutto come un'ingerenza nel diritto fondamentale, ma non un'ingerenza nel tutto. Ciò non ha particolare senso, poiché non è possibile interferire con il tutto senza interferire con una parte dei suoi elementi costitutivi. Se si obiettasse che esiste una differenza tra i singoli poteri concreti derivanti dalla proprietà e il patrimonio inteso come mera capacità generale, si potrebbe ribattere che il patrimonio si caratterizza proprio per la sua flessibilità di utilizzo. Determinati sottoinsiemi del patrimonio possono essere utilizzati per poteri concreti (ad esempio per l'acquisto di beni). Qualsiasi intervento sul patrimonio in sé costituisce quindi un intervento su poteri di proprietà concreti, anche se non è chiaro quali. Il Tribunale federale parte inoltre dal presupposto che vi sia un intervento sulla proprietà solo se tale intervento comporta anche una perdita patrimoniale. Questa concezione (problematica) indica che, in ultima analisi, il patrimonio (la somma dei diritti patrimoniali)

deve costituire l'oggetto della protezione garantita dalla garanzia della proprietà.

In parte della letteratura si sostiene che sussiste un intervento solo se questo riguarda **specifici diritti di credito** della persona interessata, ma non se riguarda il patrimonio in sé. Tale opinione può basarsi su una giurisprudenza più antica. Essa appare come un retaggio di un'epoca in cui la garanzia della proprietà poteva ancora importare il principio di specialità del diritto reale nella tutela dei diritti fondamentali, poiché la proprietà dei titolari di diritti fondamentali era ancora essenzialmente legata a beni materiali. Tuttavia, tale posizione non corrisponde (più) alla realtà economica e alle esigenze economiche che la garanzia della proprietà intende tutelare. Ciò è evidente dal ricorso alla garanzia istituzionale (sopra, n. 27 segg.). Con la formulazione del Tribunale federale sulla garanzia istituzionale, secondo cui «l'istituzione della proprietà privata» non può essere «svuotata della sua sostanza», la garanzia istituzionale intende proprio superare una visione legalistica con una dose di realismo economico. Essa prende in considerazione la sostanza economica della proprietà e non si limita al suo involucro giuridico. 54

Da quando il Tribunale federale attribuisce **determinati interessi di fatto** alla garanzia della proprietà (cfr. infra, n. 68 segg.), non è più valida l'obiezione secondo cui una determinata possibilità di azione deve corrispondere a un interesse esplicito e giuridicamente protetto per rientrare nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà. 55

Un'ulteriore fonte di incertezza è il divieto di tassazione confiscatoria. Tale divieto stabilisce che il patrimonio non può essere gravato in misura tale da essere confiscato (cfr. n. 30). A partire da tale soglia di intensità, il patrimonio rientra quindi comunque nell'ambito di protezione. Ciò significa tuttavia che l'ambito di protezione varia con l'aumentare dell'intensità dell'intervento. Per spiegare questo fenomeno, una parte della dottrina postula **ambiti di protezione diversi** per le diverse dimensioni della garanzia della proprietà. Secondo questo approccio, la garanzia dell'esistenza e del valore tutelano solo singoli diritti di proprietà, mentre la garanzia istituzionale (che tutela, tra l'altro, dalla tassazione confiscatoria) tutela anche il patrimonio in sé. Le diverse dimensioni della garanzia della proprietà non tutelano però beni giuridici diversi, bensì aspetti diversi dello stesso bene giuridico. Questo adeguamento ad hoc della dottrina a una prassi consolidata sembra essere dettato più da considerazioni di praticità e dalla tutela degli interessi fiscali 56

dell'amministrazione pubblica che dalla ricerca di coerenza e certezza del diritto.

57 Nel complesso, l'esclusione del patrimonio in sé dall'ambito di applicazione della garanzia della proprietà solleva più questioni di quante ne risolva. Dal punto di vista dogmatico, è quindi opportuno considerare la **totalità dei beni economici** di un soggetto giuridico come proprietà protetta dai diritti fondamentali. Qualsiasi atto statale che limiti tali beni deve quindi soddisfare i requisiti di una restrizione dei diritti fondamentali. La questione decisiva si sposta quindi su dove si collochi il confine tra una limitazione della proprietà accettabile senza indennizzo e una limitazione che equivale a un'espropriazione e che deve quindi essere pienamente indennizzata (cfr. infra, n. 104 e segg.). A questa domanda è possibile dare una risposta più sensata, coerente e precisa rispetto alla questione, priva di senso sia dal punto di vista economico che giuridico, del confine tra proprietà e patrimonio.

### b. Diritti di diritto pubblico

58 La questione della misura in cui il patrimonio in sé rientra nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà è collegata anche alla seconda grande ambiguità dell'ambito di protezione oggettivo, ovvero la questione della misura in cui **i diritti di diritto pubblico** fanno parte dell'ambito di protezione. Anche in questo caso si apre un campo di tensione. Da un lato vi è un argomento teleologico, dall'altro l'obiezione della praticabilità. L'argomento teleologico sottolinea che in uno Stato moderno i diritti di diritto pubblico costituiscono una parte importante del patrimonio reale delle persone. Se l'autonomia e la sicurezza sono scopi centrali della garanzia della proprietà, allora anche tali diritti dovrebbero essere inclusi in linea di principio, poiché da essi dipende in misura crescente l'autonomia e la sicurezza nella pratica. Essi sono «equivalenti funzionali» della proprietà privata di cose. Ciò non significa che i diritti di diritto pubblico presentino l'intera gamma di qualità che caratterizzano, ad esempio, la proprietà di cose. È sufficiente che siano comparabili (non identici) per quanto riguarda le funzioni che la garanzia della proprietà ha il compito di proteggere. Un diritto alla rendita, ad esempio, svolge una funzione simile a quella della proprietà fondiaria in termini di autonomia e sicurezza. Ciò vale anche se la proprietà fondiaria svolge altre funzioni. Nella misura in cui si tratta di una previdenza obbligatoria, un diritto che ne deriva è anche un sostituto obbligatorio della

proprietà privata tradizionale, poiché vincola un patrimonio che altrimenti sarebbe stato liberamente disponibile. D'altra parte, si obietta che questo patrimonio reale prodotto pubblicamente è così onnipresente e intrecciato in modo così complesso e indissolubile con beni prodotti o acquisiti privatamente (ogni bene contiene componenti prodotti privatamente e socialmente) che una protezione di questi beni ai sensi dei diritti fondamentali raggiunge rapidamente un limite di praticabilità e mette a rischio la capacità di azione dei poteri pubblici.

L'approccio più diffuso per affrontare questo problema consiste nel ricercare 59
un criterio di concretizzazione giuridica dei diritti, ovvero criteri che stabiliscano quando i semplici interessi nei confronti dei poteri pubblici **si sono «consolidati»** in diritti giuridicamente tutelati. I criteri per tale concretizzazione e la terminologia per descriverla sono disomogenei e contraddittori. Per fare chiarezza in questa terminologia, è necessario in particolare distinguere i concetti di diritti acquisiti, diritti soggettivi di diritto pubblico e pretese di diritto pubblico.

### c. In particolare: diritti acquisiti

La categoria dei **diritti acquisiti** non è chiara e la motivazione di ciò che 60
rientra in essa assume regolarmente «caratteri circolari». È chiaro solo che i diritti acquisiti sono quelli che rivendicano una dignità particolare, una stabilità particolarmente elevata. Secondo l'interpretazione qui sostenuta, ciò è da ricercarsi nel fatto che i diritti acquisiti **sono resistenti alle modifiche legislative**, ovvero continuano a sussistere anche se il quadro giuridico di riferimento cambia. Di contro, si parla di diritti soggettivi di diritto pubblico quando i diritti nei confronti della collettività sono sì giustiziabili, ma non rivestono altrimenti una posizione particolarmente rilevante. Il concetto di diritti acquisiti è quindi utilizzato in senso stretto, mentre quello di diritti soggettivi di diritto pubblico è utilizzato in senso ampio.

Diversi gruppi di diritti acquisiti hanno **diverse basi giustificative**. In parte, 61
la loro validità è giustificata dalla tutela dell'affidamento, in parte dal loro carattere preesistente, ovvero dalla loro esistenza da tempo immemorabile, prima dell'esistenza di un ordine costituzionale moderno. In parte sono giustificati dal fatto che si tratta di residui di un ordinamento di stampo privatistico, ma che secondo l'attuale concezione sono attribuiti al diritto pubblico.

62 La protezione speciale dei diritti acquisiti si fonda sulla garanzia della proprietà o sulla buona fede (art. 5 cpv. 3 Cost.)? Secondo una recente giurisprudenza del Tribunale federale, la **tutela della buona fede è «preponderante»**, il che però non contribuisce molto a chiarire la questione. Il vantaggio della buona fede come base giuridica è la migliore protezione contro le modifiche legislative, poiché la garanzia della proprietà tutela la proprietà solo nell'ambito del diritto vigente. La questione è tuttavia di secondaria importanza fintantoché entrambe le basi giuridiche tutelano di per sé lo stesso bene, ovvero il valore degli investimenti già effettuati, anche contro successive modifiche legislative. Rimane invece importante anche in questi casi, e proprio in considerazione di tale scopo di tutela, la caratteristica distintiva della garanzia della proprietà, ovvero la garanzia del valore (cfr. supra, n. 23 segg.). Tuttavia, qualora si debba interferire con i diritti, il loro valore deve essere risarcito. Poiché non è possibile tracciare una linea di demarcazione tra le modifiche legislative che ridefiniscono la proprietà e quelle che interferiscono con la proprietà (cfr. supra, n. 40), la garanzia della proprietà non è di per sé sufficiente come base giuridica per i diritti resistenti alle modifiche legislative. Da un lato occorre la buona fede per la stabilità del diritto e dall'altro la garanzia della proprietà per assicurare il valore in caso di revoca.

63 Un esempio di diritti (presumibilmente) acquisiti che costituiscono un **residuo del diritto privato** è l'utilizzo dell'energia idraulica, che in origine era stato concesso come diritto reale ai proprietari dei terreni rivieraschi, ma che oggi è considerato un bene di diritto pubblico. In primo luogo non è chiaro perché i diritti originariamente attribuiti al diritto privato non possano essere modificati da un cambiamento giuridico. L'idea di un tale residuo di diritto privato è che esso sia vincolato al terreno come una servitù e che quindi sopravviva anche alle modifiche giuridiche. Il Tribunale federale ha tuttavia chiarito che l'accettazione di tali residui è in contrasto con il principio dell'inalienabilità della sovranità statale, poiché secondo l'attuale concezione si tratta di beni attribuiti alla sfera pubblica e quindi di un aspetto della sovranità statale. Tali diritti preesistenti devono quindi essere sostituiti da concessioni che non possono essere concesse a tempo indeterminato.

64 La sostituzione di tali reliquie avviene quindi in due fasi. In primo luogo, il controllo su questi beni viene considerato un aspetto della pubblica autorità e il trasferimento di tale controllo viene quindi trattato come una concessione.

In secondo luogo, la cessione di tale potere viene limitata nel tempo. Anche in questo caso il Tribunale federale adotta una **prospettiva fortemente economica**, ignorando le differenze giuridico-formali (si tratta di una servitù personale o di una concessione di diritto speciale?) e identificando come ratio (economica) in entrambi i casi la necessità economica di un'adeguata tutela degli investimenti, trattandoli quindi come comparabili dal punto di vista del contenuto. Solo nell'ambito della tutela di tali investimenti, secondo il Tribunale federale, si giustifica una particolare stabilità di questi diritti. Questo doppio passaggio – i diritti matrimoniali diventano concessioni e queste sono limitate nel tempo – avviene in linea di principio senza indennizzo.

La ristretta categoria dei **diritti acquisiti** non può tuttavia essere l'unica 65
forma di pretese nei confronti della collettività che rientra nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà. Appare quindi opportuno attribuire la sottocategoria relativamente marginale dei diritti resistenti alle modifiche legislative alla sfera di protezione della garanzia della proprietà, designandoli come diritti acquisiti e distinguendoli così chiaramente dal punto di vista terminologico, e cercare inoltre la necessaria «densità» che gli interessi patrimoniali nei confronti della collettività devono presentare per essere protetti dai diritti fondamentali.

### d. In particolare: interessi patrimoniali nei confronti dello Stato

La questione della misura in cui **gli interessi patrimoniali nei confronti** 66
**dello Stato** debbano essere protetti dalle ingerenze dello Stato deve trovare una
risposta analoga alla questione della misura in cui gli interessi patrimoniali *in sé* debbano essere protetti. Laddove questi ultimi rientrano nell'ambito di protezione (cfr. supra, n. 57), ciò deve valere anche per i diritti patrimoniali nei confronti della collettività pubblica. Lo Stato è onnipresente nella nostra vita e i diritti patrimoniali che abbiamo nei suoi confronti sono fondamentali per la funzione di autonomia, previdenza e dignità della proprietà. La praticabilità dell'ambito di protezione oggettivo molto ampio che ne deriva può essere garantita evitando di porre requisiti eccessivi per una sua limitazione. Un esempio di questo approccio si trova nella DTF 140 I 176, in cui l'introduzione di un'imposta comunale sulle seconde case ha comportato una certa pressione di fatto per destinarle al turismo. Il Tribunale federale ha riconosciuto senza esitazione la violazione della garanzia della proprietà, ma

ha tutelato l'azione del comune come intervento legittimo volto a ridurre la domanda di seconde case e ad aumentare l'occupazione degli alloggi esistenti.

67 I diritti patrimoniali nei confronti dello Stato, una volta acquisiti, rientrano quindi nella sfera di protezione della garanzia della proprietà. Per contro, la garanzia della proprietà non conferisce **in linea di principio alcun diritto a prestazioni positive dello Stato**, contrariamente al diritto all'assistenza d'urgenza (art. 12 Cost.). D'altra parte, la garanzia della proprietà conferisce, come tutti i diritti di libertà, un obbligo indiretto di protezione, ossia un obbligo di intervenire quando la proprietà è minacciata da privati. La giurisprudenza in materia di intervento – ad esempio in caso di occupazione abusiva di immobili – dimostra tuttavia che tale obbligo di protezione è riconosciuto solo in via sussidiaria e con grande cautela.

### e. Interessi di fatto

68 L'ultima ambiguità discussa in modo approfondito in questa sede, che tuttavia si ricollega alla questione della tutela del patrimonio in sé, riguarda gli **interessi di fatto**, ad esempio l'interesse a che la strada su cui si trova una stazione di servizio sia percorribile. Tali interessi fanno parte del patrimonio, poiché quando vengono lesi, la persona interessata diventa di fatto più povera. Gli interessi di fatto non sono tuttavia tutelati da un titolo giuridico concreto, da un diritto di proprietà concreto. Essi sono tutelati giuridicamente solo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della garanzia della proprietà. In tal senso, il dibattito sulla tutela degli interessi di fatto presenta un aspetto circolare, poiché la loro attribuzione alla garanzia della proprietà li rende più che semplici interessi di fatto, ovvero interessi garantiti dai diritti fondamentali e, in tal senso, anche diritti. Viceversa, un interesse non può rientrare nell'ambito di protezione di un diritto fondamentale fintanto che è protetto solo di fatto e non anche giuridicamente. Per molto tempo su questa questione è esistito un conflitto tra la giurisprudenza e gran parte della dottrina. La dottrina sosteneva che non era tanto importante che un interesse fosse giuridicamente protetto o esistesse solo di fatto, quanto piuttosto quanto fosse essenziale per gli interessati la «posizione di libertà» nella quale si interveniva. Il Tribunale federale ha infine ammesso che, in determinate circostanze, anche gli interessi di fatto rientrano nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà. Anche in questo caso ha rinunciato a tracciare una linea di demarcazione giuridica a favore di una visione economica. Si

chiede quindi se i proprietari siano «in definitiva» interessati allo stesso modo che se fossero stati limitati nei loro poteri giuridici. Se così è, anche l'interesse altrimenti meramente fattuale rientra nella proprietà tutelata dai diritti fondamentali. Secondo il Tribunale federale, ciò vale tuttavia solo per «determinati» interessi fattuali, ovvero quelli la cui limitazione ha l'effetto di una privazione di poteri giuridici. Il Tribunale federale riprende così la richiesta della dottrina: è determinante l'importanza pratica di una posizione di libertà. Il problema rimane la commistione tra la rilevanza dell'ambito di protezione e i presupposti dell'intervento. La gravità della lesione dovrebbe essere valutata di per sé nell'esame ai sensi dell'art. 36 Cost., non nella questione se sia leso l'ambito di protezione del diritto fondamentale.

La tutela dei diritti fondamentali degli interessi di fatto ha come effetto 69
principale quello di consentire, **dal punto di vista procedurale**, il ricorso alla garanzia della proprietà in casi in cui ciò non sarebbe stato possibile in precedenza. Nella sentenza pilota che ha portato al riconoscimento degli interessi di fatto come parte integrante dell'ambito di protezione, ciò migliora la posizione procedurale dei soggetti che invocano la tutela del diritto, ma non la tutela dei loro interessi materiali. Lo stesso vale anche per una sentenza successiva, in cui il Tribunale federale confonde nuovamente la questione dell'ingerenza e dell'intensità dell'ingerenza e ritiene che il diritto fondamentale non sia leso perché manca l'intensità necessaria. Al momento non vi sono ancora esempi nella giurisprudenza che dimostrino che gli interessi di fatto siano meglio tutelati anche dal punto di vista sostanziale contro le ingerenze dello Stato.

## f. Terminologia

L'ampia interpretazione dell'ambito di protezione qui sostenuta contribuisce 70
anche a semplificare notevolmente la terminologia utilizzata in letteratura per delineare l'ambito di protezione: è sufficiente parlare della **somma dei beni** di una persona per descrivere l'ambito oggettivo della garanzia della proprietà. In particolare, non è necessario distinguere tra diritti di disposizione e diritti di godimento da un lato, o tra diritti e posizioni giuridiche dall'altro, e infine tra interessi giuridici e (meramente) fattuali che rientrano nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà. Anche il concetto di diritti soggettivi perde la sua importanza (nel contesto dell'ambito di protezione della garanzia della proprietà), poiché la qualità dei beni può solo presentare qualcosa che è

protetto da diritti soggettivi nei confronti di terzi; poiché questi diritti hanno essi stessi un valore economico, cioè sono essi stessi beni, rientrano anche nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà.

### g. Dati

71 I dati rientrano nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà? I dati sono un esempio lampante dei limiti di una garanzia della proprietà strettamente legata alla proprietà materiale. Per quanto i dati siano importanti dal punto di vista economico, è difficile trovare analogie convincenti con il diritto reale. Sono **immateriali** e **non rivali** (il loro utilizzo da parte di A non riduce le possibilità di utilizzo da parte di B). Entrambe queste caratteristiche rendono relativamente difficile escludere qualcuno dall'uso condiviso dei dati. Inoltre, rendono molto più difficile attribuire i dati a una persona come avente diritto economico rispetto ad altri beni. Più persone possono avere diritti di utilizzo sovrapposti su di essi. Infine, i dati sono sempre meno legati a un supporto specifico. La protezione del supporto dati come surrogato dei dati effettivamente da proteggere è quindi sempre meno praticabile. La proposta di proteggere i dati in modo il più possibile analogo ai beni materiali è stata quindi accolta in modo prevalentemente critico dalla letteratura. Non ha avuto seguito nemmeno la proposta di creare per i dati un diritto di esclusiva nei confronti di tutti gli altri soggetti giuridici (*erga omnes*) e quindi un diritto di dominio sui dati paragonabile al diritto della proprietà immateriale, una sorta di proprietà dei dati *sui generis*. La dottrina rimane altrettanto scettica nei confronti dell'approccio che consiste nell'assegnare i dati all'ambito di protezione della garanzia della proprietà. Un'iniziativa parlamentare voleva inserire nell'art. 13 Cost. (Protezione della sfera privata) la seguente disposizione: «[...] I dati sono di proprietà della persona interessata; quest'ultima deve essere protetta dall'uso abusivo dei dati». L'iniziativa è stata deferita alle commissioni competenti, ma respinta dal Consiglio nazionale. La revisione totale della legge sulla protezione dei dati, entrata in vigore il 1° settembre 2023, rafforza in alcuni aspetti il diritto delle persone cui si riferiscono i dati. Tuttavia, essa rinuncia espressamente all'introduzione della proprietà dei dati, tra l'altro perché una tale disposizione si discosterebbe troppo dalla normativa dell'UE e dei suoi Stati membri, il cui quadro giuridico in materia di protezione dei dati esercita una grande influenza sul diritto svizzero.

L'esempio dei dati illustra il senso di attribuire il patrimonio alla sfera di protezione della garanzia della proprietà (cfr. sopra, n. 52 segg.). In questo modo è possibile attribuire alla sfera di protezione della garanzia della proprietà non i dati stessi, ma **i diritti patrimoniali *sui* dati**. Quando questi diritti di sfruttamento derivano da un contratto, essi sono comunque soggetti alla garanzia della proprietà come gli altri diritti contrattuali. È anche possibile che persone diverse abbiano diritti diversi (ma non reciprocamente esclusivi) sugli stessi dati, che sono tutti soggetti alla garanzia della proprietà. I dati sono quindi un esempio istruttivo di quanto i beni economici siano un prodotto dell'ordinamento giuridico. I beni che hanno rilevanza economica non sono i dati, ma i *diritti* di utilizzare i dati in una forma o nell'altra. I dati sono spesso definiti il «petrolio del XXI secolo». Ma a differenza del petrolio, i dati non sono beni occupabili che forniscono energia indipendentemente dal quadro giuridico in cui vengono consumati, bensì i diritti di sfruttamento dei dati sono un prodotto di un determinato ordinamento giuridico. Tali elementi patrimoniali, che possono sorgere solo grazie a un ordinamento giuridico, tendono ad acquisire maggiore importanza in una società postindustriale sempre più digitalizzata. L'ambito di protezione della garanzia della proprietà deve tenere conto di questo sviluppo. 72

### 4. Animali

Sebbene gli animali non siano più considerati cose (art. 641a CC), rientrano comunque nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà. O più precisamente: **i diritti patrimoniali relativi agli animali** rientrano nell'ambito di protezione oggettiva della garanzia della proprietà. Nel caso di animali domestici, con i quali esiste anche un legame affettivo, il diritto alla libertà personale (art. 10 cpv. 2 Cost.) dovrebbe offrire una protezione più efficace contro la loro sottrazione e il loro collocamento presso terzi rispetto alla garanzia della proprietà. 73

## IV. INTERVENTI NELLA GARANZIA DELLA PROPRIETÀ (ART. 26 CPV. 2 COST.)

La **distinzione fondamentale** tra gli interventi nella proprietà protetta dalla Costituzione è quella **tra interventi formali e materiali**. L'espropriazione formale comporta il trasferimento del titolo di proprietà o di diritti reali limitati (ad esempio la sottrazione di un fondo o l'istituzione coattiva di una 74

servitù). Nel caso di restrizioni materiali della proprietà, invece, *non* ha luogo alcuna transazione *formale*, ma viene ridotto il complesso dei poteri connessi alla proprietà (ad esempio limitando la possibilità di edificare un terreno). Gli interventi formali sulla proprietà costituiscono sempre un'espropriazione e devono quindi essere sempre indennizzati integralmente. Nel caso di interventi materiali, invece, ciò avviene solo in presenza di particolari presupposti qualificanti, in cui tale intervento equivale a un'espropriazione. Il concetto di «intervento simile all'espropriazione» nella proprietà e il concetto di «espropriazione materiale» possono quindi essere utilizzati come sinonimi. Se un intervento rimane al di sotto della soglia «simile all'espropriazione», si tratta di un intervento materiale, ma non ancora di un'espropriazione materiale.

## A. Rapporto tra espropriazione formale ed espropriazione materiale

75 La tutela costituzionale della proprietà trarrebbe vantaggio da una forte **relativizzazione** dell'**importanza della distinzione** tra interventi materiali e formali nella proprietà e dal riconoscimento che, dal punto di vista economico, gli interventi materiali e formali nella proprietà hanno effetti molto più comparabili di quanto possa sembrare dal punto di vista giuridico. Il presupposto è l'osservazione che in entrambi i casi l'autorità pubblica si appropria di fattori di produzione necessari per il raggiungimento dei propri obiettivi.

76 Il Tribunale federale ha attenuato in parte questa distinzione sviluppando, con una giurisprudenza creativa, il concetto di **interventi sulla proprietà assimilabili a un'espropriazione** (o anche **espropriazione materiale**). Ciò è considerato uno dei risultati più significativi della giurisprudenza in materia di garanzia della proprietà. Questa innovazione è stata ripresa dal legislatore costituzionale quando ha sancito per la prima volta la garanzia della proprietà nella Costituzione federale. Oggi si trova nell'art. 26 cpv. 2 Cost., secondo cui «(...) le restrizioni della proprietà che equivalgono a un'espropriazione (...) sono integrate da un'indennità integrale».

### 1. Trasferimento di diritti

77 Nonostante tutte le critiche che le sono state mosse, la distinzione tra espropriazione formale e materiale rimane **importante nella pratica**. Ciò **è**

**dovuto alla garanzia del valore**, che si applica in linea di principio in caso di espropriazione formale, ma solo in via eccezionale in caso di interventi materiali sulla proprietà. Questa posizione speciale dell'espropriazione formale non è stata esente da critiche. La posizione speciale è dovuta, tra l'altro, all'idea implicita e molto diffusa che, in caso di espropriazione formale, si verifichi una transazione di diritti tra un privato e lo Stato, mentre ciò non avvenga in caso di interventi materiali sulla proprietà. Karlen, ad esempio, parla espressamente di restrizioni della proprietà senza privazione dei diritti in caso di interventi materiali sulla proprietà. Secondo il parere qui sostenuto, tuttavia, si tratta di un'idea fuorviante. Questa critica può essere illustrata con una concezione della proprietà che la considera come un insieme di diritti soggettivi, vede il valore della proprietà nella somma di questi diritti di azione e considera questi diritti di azione come fattori di produzione. I fattori di produzione sono diritti di azione nel senso che costituiscono un presupposto necessario per una serie di attività economicamente interessanti. Secondo questa concezione della proprietà, anche in caso di intervento materiale sulla proprietà ha luogo una transazione. Al pacchetto di diritti del privato viene sottratto un aspetto parziale e al pacchetto di diritti della collettività viene aggiunto un aspetto parziale.

La differenza tra un intervento formale e uno materiale non consiste quindi 78
nel fatto che in un caso si verifica una transazione e nell'altro no, ma nel fatto che la transazione è più complessa nel caso dell'intervento materiale. In questo caso, non viene semplicemente trasferito un diritto parziale da A a B, ma **B si acquisisce la possibilità di impedire ciò che A era precedentemente autorizzato a fare**. Il diritto parziale si trasforma quindi nella sua correlazione durante la transazione. Ad esempio, laddove prima esisteva il diritto di causare una determinata emissione, dopo la transazione esiste la competenza dello Stato di impedirla, ecc. I diritti soggettivi e il loro aspetto di fattori di produzione non sono però semplicemente svaniti nel nulla. Ciò che prima era un presupposto per un determinato tipo di attività economica privata (ad esempio il diritto di causare un'emissione) è ora una competenza dell'autorità pubblica di impedire attività di questo tipo e perseguire così un interesse pubblico (ad esempio la tutela dell'ambiente). Anche per la produzione di questo bene (pubblico) sono necessari fattori di produzione. I diritti di nuova acquisizione da parte delle autorità pubbliche attraverso l'intervento sulla proprietà costituiscono questi fattori di

produzione. Senza il trasferimento di questi diritti di azione, le autorità pubbliche non avrebbero i presupposti per soddisfare un bene pubblico.

### 2. Caso particolare della responsabilità dello Stato?

79 In alcuni casi, la dottrina sostiene che l'espropriazione materiale dovrebbe essere considerata piuttosto un **caso particolare di responsabilità dello Stato** che un caso particolare di espropriazione. Ciò in primo luogo perché nell'espropriazione formale l'indennizzo è un elemento costitutivo, ovvero un presupposto per la sua legittimità; la legittimità dell'espropriazione materiale è invece valutata indipendentemente dall'indennizzo, che ne è la conseguenza e non il presupposto. Tuttavia, anche questa posizione non può ignorare che i presupposti per una espropriazione materiale sono molto più orientati all'espropriazione formale che alla responsabilità dello Stato. Essa è stata chiaramente modellata dal Tribunale federale sull'espropriazione formale e non sulla responsabilità dello Stato. Dalle considerazioni che precedono risulta inoltre che il motivo dell'espropriazione materiale (come nell'espropriazione formale) è l'acquisizione da parte della collettività pubblica di beni necessari all'adempimento dei suoi compiti e non la riparazione di un danno (come nella responsabilità dello Stato).

### 3. Il ruolo della base legale e della legittimazione democratica

80 Anche le leggi sull'espropriazione svolgono un ruolo importante nella distinzione tra interventi materiali e formali nella proprietà. A livello federale, l'articolo 5 LEspro specifica il tipo di beni che possono essere oggetto del diritto di espropriazione. Per l'esempio dell'espropriazione dei diritti di difesa dei vicini (di seguito, n. 87 segg.), è determinante il fatto che il bene dei diritti di difesa sia esplicitamente menzionato nell'art. 5 EntG. Il confine tra una restrizione formale e una restrizione materiale della proprietà può quindi essere tracciato anche mediante una **menzione esplicita** di determinati aspetti della proprietà (in contrapposizione ad altri) **nella legge**. Il Tribunale federale afferma a questo proposito:

«Se un'ingerenza nella proprietà debba essere considerata e trattata come espropriazione formale o sostanziale dipende quindi in primo luogo dal fatto che sia applicabile la legge sull'espropriazione e che i diritti rivendicati per un'opera di interesse pubblico debbano essere acquisiti mediante una procedura di espropriazione formale (...).»

Questa delimitazione conferisce alla distinzione tra espropriazione formale e materiale una componente di **legittimazione democratica**. Dal grado di legittimazione democratica deriva la seguente gerarchia: 81

- Quando una legge ridefinisce la proprietà, non si presume affatto un'ingerenza in essa.
- Quando una legge o un piano crea una base per un intervento concreto nella proprietà, si presume una restrizione materiale della proprietà.
- Quando solo una legge di espropriazione serve come base per l'intervento, si può prendere in considerazione solo l'espropriazione formale dei diritti di valore corrispondenti.

Quanto meno concreta o diretta è la legittimazione democratica di una restrizione della proprietà, tanto maggiore è in linea di principio la tutela dei proprietari, nel senso che si presume un'espropriazione formale e quindi si applicano la garanzia del valore e gli ulteriori meccanismi di tutela della procedura di espropriazione.

Il forte orientamento dell'espropriazione formale alle categorie della legge sull'espropriazione ha anche come conseguenza che diverse situazioni in cui la proprietà viene sottratta dallo Stato non sono considerate espropriazioni formali. Ciò vale, ad esempio, per la **requisizione** (art. 80 cpv. 3 della legge sull'esercito, LM e art. 58 della legge sulla protezione della popolazione e sulla protezione civile, LPC), la **confisca** e la **ricomposizione fondiaria**. Sebbene possano dar luogo a diritti di indennizzo, questi casi sono trattati solo come interventi materiali sulla proprietà. In questi casi, il pagamento di un indennizzo è una conseguenza e non un presupposto dell'intervento sulla proprietà. 82

## B. Espropriazione formale

L'espropriazione formale è **una restrizione qualificata della proprietà**. Tuttavia, non è tanto l'intensità dell'intervento a determinarne la qualificazione, quanto piuttosto elementi formali che comportano condizioni costitutive aggiuntive per l'intervento. La dottrina cita i seguenti elementi: 83

- sottrazione di un diritto patrimoniale;
- mediante atto unilaterale di autorità pubblica;

- in una procedura speciale;
- per l'adempimento di un compito pubblico concreto.

Da ciò deriva la condizione aggiuntiva e costitutiva per l'espropriazione formale del pieno indennizzo. Secondo l'approccio del fascio di diritti sopra esposto (n. 77 e segg.), la differenza tra una restrizione formale e una restrizione materiale della proprietà non è tuttavia il trasferimento di un diritto patrimoniale dai privati alla collettività. La differenza non risiede nemmeno nella finalità di adempiere a un compito pubblico. Entrambe le cose si verificano anche nel contesto di una restrizione materiale della proprietà. Al massimo, nel caso dell'intervento formale, il compito pubblico da adempiere è più concreto (si tratta della costruzione di quel preciso tratto di strada, ecc.), ma si tratta solo di una sfumatura graduale. La differenza risiede quindi principalmente nel fatto che l'espropriazione formale prevede una **procedura speciale** per l'acquisizione dei beni e che tale procedura può basarsi su una legge sull'espropriazione o su un'altra **norma specifica in materia**.

84 Con l'espropriazione formale possono essere revocati **non solo** la proprietà reale e altri **diritti reali** (limitati), ma anche semplici posizioni giuridiche derivanti dalla proprietà reale, diritti obbligatori e diritti acquisiti di diritto pubblico. Esistono quindi determinati interessi materiali che sono talmente formalizzati da essere considerati elementi costitutivi della proprietà tutelata dalla Costituzione e che devono essere soppressi con una procedura speciale dietro pieno indennizzo, mentre altri possono essere soppressi senza indennizzo fino al limite dell'intensità della restrizione della proprietà equivalente all'espropriazione (cfr. infra n. 104 segg.), purché siano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 36 Cost. La differenza graduale tra gli interessi considerati così consolidati da poter essere soppressi solo mediante espropriazione formale e quelli la cui soppressione è considerata solo un'ingerenza materiale dimostra che non esiste una differenza qualitativa, ma solo graduale tra le ingerenze formali e materiali nella proprietà.

85 Nella misura in cui non si tratta di diritti, ma di cose, l'espropriazione formale serve in primo luogo all'acquisizione di terreni. Di conseguenza, il diritto federale – a differenza di singoli Cantoni – non prevede **l'espropriazione di beni mobili**.

In caso di espropriazione formale, il pieno **risarcimento** è un **presupposto costitutivo** dell'espropriazione. In caso di espropriazione materiale, invece, è la conseguenza di un intervento. 86

## 1. Configurazione di rilevanza pratica dell'espropriazione formale I: diritti di difesa dei vicini

In caso di espropriazione di diritti di difesa dei vicini, ai vicini di un'opera pubblica che causa emissioni eccessive (ad esempio un aeroporto o una strada) viene **negata la possibilità di agire in sede civile per ottenere la cessazione del disturbo** (art. 679 e 684 CC). Si tratta di una variante dell'espropriazione formale. Si applica principalmente al rumore del traffico proveniente da opere pubbliche, ma può essere applicata in linea di principio a tutti gli impatti, anche quelli immateriali. Sono considerati vicini tutti coloro che sono interessati da un'immissione, anche se tra i terreni interessati e l'opera pubblica intercorrono diversi chilometri. È sufficiente che l'immissione sia una conseguenza dell'utilizzo dell'opera pubblica. Una modifica del quadro tecnologico e quindi della cerchia delle persone interessate dalle immissioni comporta quindi anche una modifica della cerchia dei «vicini» e l'aggiornamento dei diritti di difesa che prima non esistevano perché non c'erano interferenze tra i due terreni in questione. 87

Come tipico dell'espropriazione formale, un diritto di difesa precedentemente esistente nei confronti dello Stato è sostituito da un diritto al risarcimento. La garanzia di esistenza è sostituita dalla garanzia di valore. La revoca dei diritti di difesa dei vicini è tuttavia indennizzata solo se sono soddisfatti requisiti aggiuntivi, elevati ed elastici. Tali criteri sono la **mancanza di prevedibilità** dell'effetto eccessivo, **la sua specificità** e **la gravità** del **danno** da esso causato (si vedano immediatamente i criteri in questione). 88

Per le immissioni causate da **lavori di costruzione** su opere pubbliche, si applicano per analogia i requisiti di indennizzo previsti dal diritto civile. Anche in materia di lavori di costruzione, il diritto civile prevede solo un diritto all'indennizzo e non un diritto alla cessazione (cfr. art. 679a CC). Ciò significa che in questo caso non si applicano i criteri della specialità e della gravità del danno. 89

### a. Prevedibilità, specificità e gravità

90 Se qualcuno ha acquistato un terreno in un momento in cui era già **prevedibile** che in futuro sarebbero state emesse emissioni da un'opera pubblica che avrebbero compromesso il valore del terreno, il Tribunale federale non ravvisa un'ingerenza nella proprietà soggetta a indennizzo. Per i vicini degli aeroporti nazionali, il criterio dell'imprevedibilità è soddisfatto solo se hanno acquistato il loro terreno prima del 1961 (o se il terreno è stato loro trasferito solo per successione ereditaria).

91 Il presupposto della **specialità** dell'effetto è soddisfatto quando le immissioni raggiungono un'intensità che supera la misura usuale e ragionevole. Indizi di tale specialità sono costituiti regolarmente «i valori limite di immissione della legislazione federale sulla protezione dell'ambiente».

92 Il criterio della **gravità del danno** si riferisce al pregiudizio effettivo e causale causato dalla specialità dell'emissione sul terreno in questione. Esso è soddisfatto solo se il danno riguarda una certa percentuale del valore totale del terreno. Se, ad esempio, un terreno può essere utilizzato solo a fini commerciali o agricoli, anche un'influenza speciale non causa, in determinate circostanze, un danno rilevante. Il Tribunale federale ha respinto come impraticabile la fissazione di una percentuale fissa del danno in rapporto al valore complessivo.

93 Il punto a partire dal quale questi tre criteri si considerano soddisfatti (e gli interventi devono quindi essere considerati espropriazioni soggette a pieno indennizzo) deve necessariamente essere determinato mediante una **delimitazione più o meno arbitraria**. Da questo punto in poi (un'altezza di sorvolo prestabilita, un limite di decibel, ecc.), la restrizione della proprietà passa da «formale» a «sostanziale» e da «completamente indennizzabile» a «da accettare senza indennizzo». Le autorità espropriatrici hanno talvolta fatto riferimento alla «vicinanza e affinità» tra gli interventi materiali sulla proprietà e l'espropriazione formale dei diritti di difesa dei vicini, al fine di poter fissare una soglia relativamente alta per la gravità del danno. Il Tribunale federale ha invece ribadito la differenza tra queste due situazioni e quindi anche il principio del pieno indennizzo in caso di espropriazione di diritti di difesa. Allo stesso tempo, ha però anche confermato il criterio secondo cui questi sono determinanti solo a partire da una certa gravità del danno. In questo modo, ha abbassato la soglia per il risarcimento rispetto a un'espropriazione

materiale, ma ha comunque consolidato la vicinanza e la parentela con la restrizione della proprietà equivalente all'espropriazione.

Questa soluzione intermedia, a prima vista strana, appare spiegabile da un punto di vista economico. L'espropriazione dei diritti di difesa dei vicini comporta la sostituzione di un diritto di astensione con un diritto al risarcimento e quindi il superamento di una posizione di veto contro l'adempimento di compiti pubblici e la sua sostituzione con un diritto al risarcimento. In altre parole: si tratta di una notevole **riduzione dei costi di transazione** per il trasferimento di fattori di produzione dai privati alla collettività pubblica e quindi di una riduzione dei costi per l'adempimento di compiti pubblici. 94

### b. Servitù costituita coattivamente?

Il Tribunale federale ritiene che l'espropriazione dei diritti di vicinato costituisca la **costituzione coattiva di una servitù**, ossia la privazione formale di un diritto reale. Tale servitù si presenta in due forme: 95

La prima forma riguarda i casi particolari in cui gli aerei volano così bassi e così direttamente sopra un terreno che si può presumere un'intrusione fisica nel terreno stesso (nella colonna d'aria appartenente al terreno). È il caso, ad esempio, in cui i sorvoli non causano solo rumore, ma anche altre immissioni, come turbolenze che strappano le tegole dei tetti, caduta di pezzi di ghiaccio, odore di cherosene o vibrazioni. In tali casi, la servitù consiste nel tollerare l'intrusione fisica nel terreno. Di conseguenza, in questa configurazione non sono necessari i criteri di prevedibilità, specialità e gravità. 96

Nella seconda forma, il sorvolo è meno basso o diretto, cosicché il rumore è l'immissione rilevante. In tali casi, la servitù consiste nella rinuncia ai diritti di difesa dei vicini. Per questa seconda forma di servitù costituita coattivamente, una parte della dottrina ritiene che si tratti di una **finzione problematica**. Non è possibile far valere diritti di difesa di diritto civile nei confronti della collettività che agisce in virtù della sua autorità (la situazione è diversa nel caso di un'opera che fa parte del patrimonio finanziario della collettività). Si tratterebbe di per sé di un'espropriazione materiale. A favore di questa tesi depone il fatto che non viene risarcito l'intero valore del diritto espropriato, bensì la differenza tra il valore prima e dopo il verificarsi dell'effetto dannoso, e che in questo contesto il risarcimento costituisce una conseguenza e non un 97

presupposto per la privazione dei diritti. Altrettanto atipico per l'espropriazione formale è il fatto che essa avvenga mediante un atto reale e non, come di norma, mediante un atto giuridico. Infine, non vi è alcun trasferimento di diritti all'espropriante, ovvero all'ente pubblico.

98 Come dimostrato dalle considerazioni di cui sopra (n. 77 seg.), quest'ultimo punto non è tuttavia convincente. Con l'espropriazione di un diritto di difesa, l'autorità pubblica ha **acquisito un diritto di limitazione e quindi un fattore di produzione** per l'adempimento di un compito pubblico. Questo punto di vista porta però anche a una sfumatura dei confini tra interventi formali e materiali nella proprietà. Il Tribunale federale ha comunque mantenuto la sua interpretazione «dogmaticamente non esente da dubbi» di un'istituzione coercitiva di una servitù. A tal fine può basarsi sull'articolo 5 LEs, che menziona esplicitamente i diritti di difesa dei vicini (anche se in aggiunta ai diritti reali) come possibile oggetto di espropriazione.

### c. Portata della garanzia di valore

99 Come in altri contesti del diritto di espropriazione, anche in caso di espropriazione di diritti di difesa dei vicini si tende a rinunciare a un indennizzo per l'intervento, poiché **altrimenti l'ente pubblico avrebbe difficoltà a svolgere un compito pubblico**. Ad esempio, è stato sostenuto fin dall'inizio che il costante aumento dei veicoli a motore richiede la costruzione o l'ampliamento delle strade. Se l'autorità pubblica dovesse risarcire i danni causati ai residenti, nella maggior parte dei casi non sarebbe finanziariamente in grado di fornire questa infrastruttura.

10 0 L'argomento secondo cui le autorità pubbliche non potrebbero più svolgere un compito se dovessero compensare gli effetti esterni negativi ad esso connessi è problematico. Un aspetto importante della garanzia del valore come componente speciale della garanzia della proprietà consiste proprio nell'obbligare le autorità pubbliche a **tenere conto** degli **effetti esterni** derivanti dalla loro attività o dalle loro infrastrutture (cfr. n. 111). Se si fa riferimento al fatto che il settore pubblico non potrebbe più svolgere un compito se dovesse internalizzarne gli effetti esterni, ciò indica proprio che l'utilità sociale complessiva dell'attività in questione è discutibile e che si tratta quindi di un'attività del settore pubblico che, in caso di internalizzazione efficace, dovrebbe essere soppressa.

**Le prestazioni sostitutive** sotto forma di misure edilizie (ad esempio misure di isolamento acustico) possono sia ridurre il danno sia proteggere gli abitanti dell'immobile interessato. Ove possibile, tali misure devono essere disposte nella procedura di espropriazione anche se non sono state richieste. Recentemente, il Tribunale federale ha esplicitamente stabilito il principio secondo cui le scarse risorse pubbliche devono essere utilizzate per prevenire le emissioni alla fonte o, in via secondaria, per la protezione passiva nel luogo dell'immissione (ad esempio attraverso misure di protezione acustica). La distribuzione di denaro ai singoli proprietari fondiari non è lo strumento adeguato per far fronte alle emissioni di opere pubbliche con effetti di vasta portata. 10 1

### 2. Costellazione di rilevanza pratica dell'espropriazione formale II: diritti acquisiti

I diritti acquisiti – nonostante tutta l'ambiguità che li circonda (cfr. supra, n. 60) – si caratterizzano per il fatto che, in linea di principio, possono essere **revocati solo mediante espropriazione formale**. Ciò significa che è dovuto un indennizzo integrale se si interviene sulla loro «sostanza». Questa interpretazione trova riscontro nella legge, ad esempio nell'articolo 43 cpv. 2 della legge sulle acque (LAC), che prevede che «il diritto di godimento una volta concesso [...] può essere revocato o ridotto solo per motivi di pubblico interesse e dietro indennizzo integrale». 10 2

Recentemente, un importante gruppo di diritti acquisiti – i **diritti matrimoniali** sulle risorse ambientali come l'acqua – è stato privato di gran parte della sua tutela perché trattato in modo analogo alle concessioni (cfr. in proposito n. 63 s.). Di conseguenza, questa giurisprudenza comporta un passaggio dall'espropriazione formale alla restrizione materiale della proprietà. Quelli che prima erano diritti acquisiti sono ora diritti di uso speciale concessi a tempo determinato. Si riduce così l'effetto protettivo della garanzia del valore. 10 3

## C. Espropriazione materiale

L'espropriazione materiale si distingue da quella formale innanzitutto per il fatto che l'acquisizione di un diritto di proprietà non è l'obiettivo dell'azione statale, ma una **conseguenza accessoria** di un'azione pubblica finalizzata ad 10 4

un altro obiettivo. Secondo la concezione qui sostenuta, tuttavia, un diritto patrimoniale passa comunque alla pubblica amministrazione (cfr. supra, n. 77).

105 Per gli interventi sulla proprietà considerati materiali vale il **principio secondo cui essi devono essere accettati senza indennizzo**. La garanzia di valore non ha quindi alcuna rilevanza in questa configurazione. I presupposti e le conseguenze di un intervento sono paragonabili a quelli di altri diritti di libertà (per maggiori dettagli si veda infra, n. 127 e segg.).

106 La giurisprudenza ha sviluppato **due eccezioni** a questo principio dell'assenza di indennizzo, che sono definite come interventi sulla proprietà equivalenti a un'espropriazione o come espropriazione materiale. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, tali casi si verificano

«quando a un proprietario viene vietato o limitato in modo particolarmente grave l'uso attuale o prevedibile futuro del suo diritto di proprietà perché gli viene sottratto un diritto essenziale derivante dalla proprietà (prima variante dell'espropriazione materiale). Se l'intervento è meno grave, una restrizione della proprietà può eccezionalmente equivalere a un'espropriazione se un unico proprietario fondiario o pochi proprietari fondiari sono colpiti in modo tale che il loro sacrificio appare irragionevole rispetto alla collettività e sarebbe incompatibile con l'uguaglianza giuridica se non fosse previsto alcun indennizzo (...).»

Questo passaggio del testo del Tribunale federale è la cosiddetta **«formula Barret»**. Questa formula è stata sviluppata a partire dalla sentenza Barret del 1965. Dopo una giurisprudenza mutevole in materia di espropriazione materiale, questa formula non è stata modificata dalla sua introduzione negli anni '70.

107 Secondo Dubey, da questa formula e dalla giurisprudenza successiva derivano **due criteri positivi e due criteri negativi** che devono essere soddisfatti cumulativamente affinché si configuri un'espropriazione materiale. I criteri positivi (affini ai criteri dell'espropriazione formale dei diritti di difesa dei vicini, cfr. sopra, n. 87 segg.) sono la gravità della restrizione e il danno effettivamente subito. I due criteri negativi consistono nel fatto che non si tratta di un intervento motivato da ragioni di polizia (che in linea di principio deve essere accettato senza indennizzo) e che non si tratta di una concretizzazione o ridefinizione legale della proprietà. In quest'ultimo caso,

viene ridefinito l'ambito di protezione oggettivo della proprietà. In tal senso, non vi è nemmeno un'ingerenza nell'ambito di protezione.

## 1. Criteri positivi

La necessaria **gravità** del danno può essere raggiunta in **due diverse configurazioni**, ovvero attraverso la limitazione particolarmente forte di un diritto di proprietà o attraverso il sacrificio speciale (per questo concetto si veda immediatamente dopo, n. 111), ovvero dalla gravità dell'intervento rispetto ad altri proprietari in una situazione analoga, quando, in altre parole, alla limitazione della proprietà si aggiunge anche una componente di uguaglianza giuridica. 108

Tuttavia, non sussiste espropriazione materiale quando i proprietari sono interessati solo teoricamente nei loro futuri diritti di utilizzo. Deve essere limitato un **utilizzo effettivo attualmente esercitato o probabile nel prossimo futuro**. Il caso tipico di quest'ultima configurazione è la revoca della possibilità di edificare un terreno già edificabile. 109

La soglia per una espropriazione materiale è fissata ad un livello elevato. Secondo il Tribunale federale, essa è raggiunta solo quando vengono soppresse le possibilità di utilizzo essenziali derivanti dalla proprietà. Ciò si verifica tipicamente quando la possibilità di edificare è completamente impossibilitata. Per contro, anche gravi ingerenze nelle possibilità di utilizzo non sono considerate espropriazioni se rimane possibile un **utilizzo economicamente sensato** dell'immobile in questione. Non è determinante la differenza tra il rendimento possibile senza la restrizione in questione e il rendimento effettivamente possibile, ma piuttosto se un utilizzo economicamente sensato rimane possibile. Le riclassificazioni e persino le declassificazioni non costituiscono quindi, di norma, un'espropriazione, purché rimanga un utilizzo economicamente sensato. 110

La funzione della seconda configurazione, quella del **sacrificio speciale**, non è facile da comprendere. Da un lato, nella pratica è difficile trovare casi in cui sia stata riconosciuta l'esistenza di un sacrificio speciale. La figura giuridica ha quindi principalmente una funzione dogmatica. Tuttavia, non è del tutto chiaro quale funzione dogmatica essa svolga. La commistione tra la garanzia del valore, che è una caratteristica distintiva della garanzia della proprietà (cfr. supra, n. 26), e elementi di uguaglianza giuridica non contribuisce affatto alla 111

chiarezza dogmatica. In alcuni casi, la letteratura sostiene che la soglia più bassa per l'applicazione della garanzia del valore svolga qui una funzione di internalizzazione degli effetti esterni causati dall'azione dello Stato. Poiché i singoli interessati, a differenza dei grandi gruppi di interesse, non possono organizzarsi politicamente e ottenere un'internalizzazione attraverso vie politiche (ad esempio attraverso sovvenzioni che potrebbero compensare l'onere), dovrebbero essere indennizzati come espropriati, in modo che la collettività debba includere nel prezzo i costi della propria azione. La figura del sacrificio speciale è quindi innanzitutto un principio guida. È un avvertimento che, almeno in teoria, la soglia di indennizzo viene raggiunta più rapidamente quando gli interessati sono trattati in modo diseguale.

11 2 Uno dei rari casi in cui il Tribunale federale ha effettivamente riconosciuto una situazione di sacrificio speciale è la realizzazione di **misure di protezione contro le inondazioni**, per le quali il Cantone ha acquisito terreni privati, tra l'altro con l'obiettivo di migliorare la possibilità di utilizzo di altri terreni privati. Un'altra situazione citata ripetutamente come possibilità di sacrificio speciale è quella della **tutela dei monumenti**, quando un oggetto particolarmente degno di essere conservato viene posto sotto tutela in modo esemplare e i proprietari di tale oggetto devono quindi compiere un sacrificio per la collettività.

## 2. Criteri negativi

11 3 Anche quando questi criteri positivi sono soddisfatti, una limitazione dei diritti di proprietà **deve essere accettata senza indennizzo** se a) l'intervento è motivato da ragioni di polizia e b) non è considerato un intervento, ma una ridefinizione della portata della proprietà.

### a. Assenza di indennizzo per gli interventi di polizia

11 4 Il primo criterio negativo per l'esistenza di un'espropriazione materiale è la motivazione di polizia di un intervento. La dottrina si è ripetutamente espressa in modo critico su questo principio, motivo per cui il Tribunale federale lo ha fortemente limitato nell'evoluzione della sua giurisprudenza. Sono quindi accettabili senza indennizzo solo quelle restrizioni che, ai sensi del principio di proporzionalità, sono **necessarie per scongiurare un pericolo imminente**, ma non le disposizioni che vanno oltre. Infine, la giurisprudenza

«ha riservato tre possibili eccezioni al principio dell'assenza di indennizzo per le restrizioni alla proprietà di natura poliziesca in senso stretto. Si tratta dei seguenti casi: il divieto di costruzione motivato non solo da ragioni di polizia, ma anche di pianificazione territoriale, il divieto di un uso già esistente, il caso in cui la creazione di una zona protetta comporta la declassificazione di un terreno edificabile o grossolanamente urbanizzato o equivale a tale declassificazione».

La questione dell'assenza di indennizzo per gli interventi motivati da ragioni di polizia può sorgere anche nel contesto della **confisca** (cfr. art. 69 segg. CP; art. 376 segg. CPP o art. 31 cpv. 1 LArm), che è considerata un'ingerenza materiale nella proprietà. La questione si pone in ogni caso quando alla confisca non è associato un carattere sanzionatorio supplementare. In questo caso, il principio di proporzionalità richiede di scegliere il mezzo più mite possibile. Ciò significa che, laddove gli oggetti confiscati possono essere venduti, essi devono essere venduti e il ricavato deve essere consegnato al proprietario originario. Ciò può verificarsi, ad esempio, nel caso di armi acquisite illegalmente, che possono tuttavia essere vendute legalmente. 115

Un problema legato alla mancata indennizzo per interventi motivati da ragioni di polizia è che spesso non è chiaro come **gli scopi della polizia si distinguano da altri** e che spesso uno scopo di polizia è solo uno tra diversi, ad esempio nel caso delle distanze dalle foreste o delle norme di protezione delle acque. Se la limitazione dell'utilizzabilità serve in primo luogo a proteggere i proprietari fondiari stessi (si pensi ad esempio al divieto di costruire in zone soggette a valanghe o in zone di rispetto delle foreste), non si presume affatto una limitazione materiale della proprietà. Ciò vale anche se il pericolo proviene da terzi. In tal caso è possibile richiedere un risarcimento danni nei loro confronti. Quando invece la restrizione motivata da ragioni di polizia serve a proteggere un'opera pubblica (ad esempio l'approvvigionamento idrico di un comune), essa deve essere trattata come un'altra restrizione materiale della proprietà, anche se è diretta contro il disturbatore. 116

Anche questa prassi differenziata è oggetto di critiche nella dottrina. Alcuni propongono di abbandonare la distinzione tra finalità di polizia e non di polizia e di chiedersi invece se l'intervento serva a proteggere i proprietari interessati o terzi. Altri vorrebbero impedire il risarcimento soprattutto quando si tratta di protezione da pericoli naturali o da pericoli che 117

provengono dal terreno stesso. Anche in questo caso, però, ci si chiede se non sarebbe più sensato e semplice considerare l'azione dello Stato volta a scongiurare un pericolo immediato e grave come una concretizzazione e non come una restrizione della proprietà. Infatti, gli atti che comportano un grave pericolo per i beni di polizia – sia per i proprietari che per terzi – non hanno mai fatto parte del complesso dei diritti protetti dalla proprietà. L'intervento dello Stato chiarisce quindi solo ciò che era già vero in precedenza. Si opererebbe quindi con una **finzione** secondo cui i diritti di azione corrispondenti non avrebbero mai fatto parte del complesso dei diritti della «proprietà». La finzione sarebbe quindi paragonabile a quella utilizzata al momento della creazione di un regolamento di zona conforme al diritto federale (cfr. n. 121).

### b. Nessuna ridefinizione del contenuto della proprietà

118 Le restrizioni materiali della proprietà possono verificarsi in una serie di forme di intervento statale: attraverso atti individuali concreti di applicazione del diritto, attraverso atti reali o attraverso un piano di zonizzazione e di utilizzazione e, infine, attraverso la legislazione. Il Tribunale federale ha una forte tendenza (e in questo segue la teoria dell'immanenza) a trattare le restrizioni della proprietà mediante la legislazione **non come ingerenze, ma come ridefinizioni** del contenuto della proprietà. Esso afferma così che le restrizioni dei diritti di azione derivanti dalla proprietà (e a maggior ragione gli interventi assimilabili a un'espropriazione) mediante la legislazione sono riconosciuti solo in via eccezionale come ingerenze nella garanzia della proprietà. Queste eccezioni riguardano in particolare gli effetti particolarmente diseguali delle regolamentazioni che colpiscono in modo particolarmente duro i singoli proprietari.

119 I casi in cui i poteri dei proprietari sono limitati da un'azione statale generale e astratta in misura tale da dover essere considerati una restrizione equivalente all'espropriazione sono generalmente attenuati da **periodi transitori, deroghe e misure simili**. Il Tribunale federale le riconosce come misure compensative volte ad attenuare la gravità di una restrizione della proprietà. Anche la tutela degli investimenti già effettuati (che può essere dedotta sia dalla garanzia della proprietà che dalla tutela della buona fede) è rilevante in tali casi e giustifica, in determinate circostanze, un trattamento più favorevole di coloro che già esercitano una determinata attività rispetto a

coloro che intendono esercitarla. In particolare, le restrizioni generali della proprietà che possono fondarsi sulla Costituzione federale o su leggi federali sono prevalentemente considerate una ridefinizione del contenuto della proprietà e sono quindi accettabili senza indennizzo nella misura in cui non costituiscono ancora un'ingerenza nella sfera protetta. Tuttavia, non è del tutto chiaro (né logicamente possibile chiarire, cfr. sopra, n. 40) in quali casi una modifica della situazione giuridica debba essere considerata un'ingerenza e in quali casi una ridefinizione della proprietà. Così, il Tribunale federale sembra considerare il divieto delle slot machine, la limitazione del bestiame (e quindi l'inutilità economica di stalle più grandi) e, da ultimo, il divieto di riscaldamento elettrico come ingerenze nella proprietà (da accettare senza indennizzo), mentre considera il divieto delle seconde case come una ridefinizione della proprietà.

Una forma particolare e importante dal punto di vista pratico di ridefinizione della proprietà è stata recentemente introdotta dalla giurisprudenza in materia di **diritti sull'acqua**, che rivestono un ruolo particolarmente importante nel contesto della produzione di energia idroelettrica. In questo caso, a causa delle richieste di indennizzo altrimenti imprevedibili nei confronti della collettività, sussiste la particolarità che l'adeguamento delle centrali elettriche preesistenti doveva avvenire solo nella misura in cui la collettività non doveva ancora versare un indennizzo per un'espropriazione materiale (cosiddetto adeguamento fino al limite dell'indennizzo ai sensi dell'art. 80 cpv. 1 della legge sulla protezione delle acque, GschG). Inoltre, fino a poco tempo fa esisteva la figura giuridica dei diritti d'acqua acquisiti per matrimonio e quindi acquisiti per effetto di legge. La loro revoca era possibile solo come espropriazione formale e quindi con pieno indennizzo. Nella DTF 145 II 140, il Tribunale federale ha ora ampiamente abolito l'effetto protettivo dei diritti d'acqua acquisiti per matrimonio (cfr. sopra, n. 113). 120

**Intervento mediante piano:** tra gli interventi materiali nella proprietà mediante la creazione di norme giuridiche e quelli mediante l'applicazione individuale e concreta del diritto o atti reali si colloca l'intervento materiale mediante un piano di utilizzazione o un piano di zona. Nella pratica si tratta di una situazione importante, poiché dalla questione se un terreno possa essere edificato dipende quasi tutto il suo valore. L'entrata in vigore della legge sulla pianificazione del territorio (LPT) nel 1980 ha costretto i Comuni a ridurre notevolmente le zone edificabili e quindi a escludere molti terreni dall'area 121

edificabile. In questa situazione si è operato con la finzione che l'elaborazione di un nuovo regolamento di zonizzazione conforme alle disposizioni del diritto federale comportasse una non zonizzazione se non assegnava il terreno a una zona edificabile, anche se secondo il vecchio regolamento di zonizzazione il terreno avrebbe potuto essere edificato. Se in una successiva revisione del regolamento di zonizzazione un terreno non viene più assegnato al terreno edificabile, ciò è considerato in linea di principio come una **dezonizzazione** e può quindi essere soggetto a indennizzo. Ciò vale anche se tale (nuovo) adeguamento del regolamento di zonizzazione è determinato dalla normativa federale in materia di assetto del territorio ed è tale da rendere necessaria un'ulteriore riduzione delle zone edificabili, ad esempio perché la popolazione non si è sviluppata come previsto dal punto di vista demografico o perché la capacità edificabile è stata aumentata attraverso la densificazione. Si ha una deroga al piano di zonazione anche quando un terreno, pur essendo situato in una zona edificabile conforme al nuovo diritto fondiario, è soggetto a un divieto di costruzione a seguito di una misura di pianificazione. Una limitazione parziale della possibilità di edificazione è denominata **riclassificazione in una zona di livello inferiore**.

12 2 **Non inserimento nel piano di zonazione:** il non inserimento nel piano di zonazione è considerato una concretizzazione del diritto di proprietà e non un intervento sulla proprietà. Da questa regola si discosta solo in casi molto particolari, ad esempio quando il proprietario

«possiede un terreno edificabile o grossolanamente urbanizzato che è oggetto di un [progetto generale di canalizzazione] PGC conforme alla normativa sulla protezione delle acque e quando ha già sostenuto costi considerevoli per l'urbanizzazione e l'edificazione del suo terreno, fermo restando che tali presupposti devono essere soddisfatti cumulativamente. Ulteriori aspetti particolari della tutela dell'affidamento possono essere così rilevanti che, in determinate circostanze, un terreno avrebbe dovuto essere inserito nella zona edificabile. Un obbligo di classificazione può inoltre essere affermato se il terreno in questione si trova in una zona in gran parte edificata (art. 15 lett. a LPT). Tali circostanze avrebbero potuto rendere necessaria una classificazione, cosicché il proprietario, alla data di riferimento determinante, poteva con elevata probabilità contare su una costruzione del proprio terreno realizzabile con mezzi propri (...).»

I casi in cui la mancata classificazione in una zona edificabile costituisce un'ingerenza nella proprietà riguardano di norma terreni situati in una posizione particolare, che sono sì in gran parte edificati o si trovano in una zona edificata, ma che devono essere mantenuti liberi per uno o l'altro interesse pubblico, ad esempio gli spazi tra un asse di traffico e un corso d'acqua. A seconda delle circostanze, può essere considerata mancata classificazione in una zona anche l'assegnazione a una zona in cui è di fatto esclusa qualsiasi possibilità di edificazione (ad esempio nella zona destinata a costruzioni di interesse comunale).

Sia in caso di limitazione dei diritti di proprietà mediante legislazione che mediante piano, le espropriazioni materiali sono riconosciute in pratica solo nei casi in cui colpiscono in modo particolarmente grave i singoli proprietari e quindi anche la parità giuridica gioca un ruolo importante. È nella natura stessa della legislazione che essa crei tali sacrifici speciali in misura minore o comunque molto meno tipica rispetto a un piano di utilizzazione o di zonizzazione, poiché è più generale e astratta (il piano di utilizzazione o di zonizzazione si colloca tra le forme generali-astratte e quelle individuali-concrete dell'attività amministrativa) e quindi tende a colpire in modo uguale tutti gli interessati. È quindi **difficile trovare casi** in cui una **restrizione della proprietà equivalente a un'espropriazione sia stata riconosciuta dalla legislazione**. Un esempio già risalente può illustrare il carattere eccezionale di tali situazioni: una collezione archeologica privata, praticamente unica nel suo genere, è stata soggetta a restrizioni di disposizione dalla legge cantonale sui beni culturali. Il Tribunale federale ha ritenuto che si trattasse di un'espropriazione materiale (tra l'altro per sacrificio speciale). A parte questi rari casi, gli indennizzi per restrizioni della proprietà equivalenti all'espropriazione al di fuori del diritto della pianificazione territoriale non hanno finora avuto quasi alcun ruolo nella pratica. 12 3

**Recupero del plusvalore:** il correlato dell'espropriazione materiale è il recupero del plusvalore da parte della collettività. Esso entra in considerazione quando il valore di un terreno è aumentato notevolmente a seguito di misure di pianificazione. Gran parte del valore della proprietà fondiaria è prodotto socialmente, vale a dire che non esisterebbe se la collettività non fosse intervenuta con misure di pianificazione, infrastrutture e un ordinamento giuridico. Sebbene ciò valga per tutte le forme di proprietà, 12 4

l'effetto è particolarmente marcato (e particolarmente misurabile) in caso di variazioni di valore del terreno dovute alla pianificazione del territorio.

12 5 È quindi anche in questo contesto che la Confederazione ha istituito uno **strumento per la prelevare** il plusvalore generato dalle misure di pianificazione (art. 5 cpv. 1 LPT). Con la revisione della LPT nel 2012, queste disposizioni sono state concretizzate e inasprite (art. 5 cpv. $1^{bis}$-$1^{sexies}$ LPT). Il plusvalore derivante da vantaggi notevoli in materia di pianificazione deve essere recuperato con un prelievo di almeno il 20%. L'imposta non è immediatamente esigibile, ma solo al momento della costruzione o della vendita del terreno (art. 5 cpv. $1^{bis}$ LPT). Il ricavato della tassa sul plusvalore deve essere utilizzato in primo luogo per indennizzare le espropriazioni materiali derivanti dalla pianificazione del territorio (art. 5 cpv. $1^{ter}$ LPT). Una normativa cantonale che vieti ai comuni di prelevare il plusvalore derivante da ulteriori misure di pianificazione (ad esempio riclassificazioni o modifiche di destinazione) è contraria al diritto federale, poiché impedisce ai comuni di prelevare il plusvalore in modo paritario. Anche le franchigie di 50 000 franchi violano il principio della parità giuridica (il Tribunale federale parte da un valore indicativo di 30 000 franchi per l'ammissibilità di tali franchigie). Finché il Cantone non fa uso della sua competenza di recuperare il plusvalore, non può impedire ai Comuni di esercitare tale competenza.

## 3. Sintesi

12 6 In tutti i conflitti di utilizzazione importanti in cui i poteri pubblici hanno limitato i diritti di proprietà per moderare tali conflitti, la **giurisprudenza** ha reagito **sviluppando figure** che consentono di limitare fortemente la portata della garanzia del valore. Ciò vale in particolare per il trattamento del suolo e dell'acqua. Esempi di tali innovazioni nella giurisprudenza sono la finzione che il terreno non sia mai stato vincolato, la riscrittura della proprietà, la sostituzione dei diritti preesistenti con diritti temporanei e il principio della non indennizzo in caso di interventi di polizia. Tuttavia, questa elasticità di un principio di pieno indennizzo sancito in modo apodittico dalla Costituzione non è una peculiarità delle restrizioni materiali alla proprietà. Nei conflitti di utilizzo che vengono risolti principalmente con mezzi di espropriazione formale (come la gestione del rumore del traffico, cfr. sopra, n. 87), sono state sviluppate tecniche simili (ad esempio la prevedibilità della lesione della proprietà) che limitano fortemente la cerchia delle costellazioni soggette a

indennizzo. È quindi evidente la varietà degli strumenti sviluppati per limitare la **portata della garanzia del valore**.

## D. Presupposti dell'intervento

In linea di principio, la garanzia della proprietà è un diritto fondamentale classico che può essere limitato secondo i presupposti generali di cui all'art. 36 Cost. Le seguenti considerazioni si limitano agli aspetti in cui i presupposti dell'intervento sulla garanzia della proprietà si discostano dai presupposti generali dell'art. 36 Cost. 127

### 1. Base legale

È rilevante in primo luogo la **differenza tra un intervento grave e un intervento lieve** nella proprietà, poiché solo nel primo caso è richiesta una base legale in senso formale. In caso contrario è sufficiente una base legale in senso materiale, ossia una base generale e astratta che a sua volta può fondarsi su una norma di delega in una legge in senso formale. A questo proposito occorre tenere presente che i presupposti per un'ingerenza grave e per l'obbligo di indennizzo non coincidono. 128

La questione se sussista una base legale sufficiente è una questione di diritto federale e, in quanto tale, è esaminata dal Tribunale federale con **libera cognizione** (così come la questione della proporzionalità e dell'interesse pubblico ammissibile). 129

Una situazione tipica di intervento nella garanzia della proprietà è quella degli interventi basati su un **regolamento edilizio e di zonizzazione**. Questi sono considerati base legale in senso formale se sono stati approvati dagli aventi diritto di voto e se a loro volta possono fondarsi su una legge cantonale. 130

Il Tribunale federale ha riconosciuto una **grave limitazione** della garanzia della proprietà nei seguenti casi: 131

- quando la proprietà fondiaria viene espropriata, oppure
- quando l'uso precedente viene reso impossibile o fortemente limitato.
- Anche la cessione di una piccola parte del terreno (ad es. per un sentiero lungo la riva) costituisce un grave intervento, mentre non lo è lo sgombero di un ruscello che attraversa il terreno, che comporta sì lavori di

costruzione e una modifica della vegetazione, ma non altera la edificabilità del terreno.

- Costituisce un grave intervento anche l'esercizio di un diritto di prelazione.

Questi casi sono stati sviluppati sulla base di questioni relative alla proprietà fondiaria, ma possono essere applicati analogamente anche ad altri diritti patrimoniali che rientrano nell'ambito di protezione della garanzia della proprietà.

13 2 Come regola generale, si tratta solo di **interventi lievi** quando un piano, una norma di diritto o un atto di applicazione del diritto non vietano di per sé la costruzione di un terreno, ma definiscono il tipo di edificabilità, ad esempio vietando la costruzione fino al confine del terreno, e in generale anche quando viene stabilita una linea di costruzione. Se la norma sulla distanza limita in misura maggiore l'uso del terreno, impedendo ad esempio il pieno sfruttamento dell'indice di utilizzazione, può trattarsi anche di un intervento grave. Si ha un intervento leggero anche quando l'ente pubblico può determinare il 15% degli inquilini per gli immobili che sovvenziona o quando una determinata quota di un immobile deve essere riservata a un determinato scopo (ad esempio, quota abitativa).

13 3 La garanzia della proprietà pone un requisito particolare alla base legale: questa deve anche indicare **quale ente pubblico è competente per l'espropriazione**. Dalla base legale deve risultare, ad esempio, se solo il Cantone o anche i Comuni possono procedere all'espropriazione. L'ente pubblico che procede all'espropriazione può anche influire sulla gravità dell'intervento, poiché da ciò può dipendere, ad esempio, la possibilità di un'indennità sostitutiva in natura o in denaro.

## 2. Interesse pubblico

13 4 Il Tribunale federale parte dal presupposto che, in linea di principio, qualsiasi **interesse pubblico** può giustificare un'ingerenza nella proprietà, purché non sia di natura puramente fiscale. Questa prassi è criticata nella dottrina da due punti di vista diversi. Da un lato, è considerata troppo generosa, in quanto la garanzia della proprietà perderebbe la sua funzione limitativa nei confronti del legislatore. D'altro canto, l'esclusione di principio degli interessi fiscali è criticata in quanto non più al passo con i tempi.

Ciò che costituisce un **interesse fiscale** in caso di intervento sulla proprietà non può essere determinato indipendentemente dall'ambito di applicazione della garanzia della proprietà. Se il patrimonio in sé o la somma dei diritti patrimoniali costituiscono l'ambito di protezione della garanzia della proprietà, ne consegue che anche la tassazione costituisce un intervento sulla proprietà. Nella misura in cui essa è effettuata e deve essere effettuata in primo luogo proprio per interessi fiscali, sarebbe irrealistico non considerarla tra gli interessi pubblici ammissibili. Questo argomento è già valido perché il Tribunale federale considera la tassazione confiscatoria come un'ingerenza nella proprietà. Sopra (n. 52 ss.) è stato dimostrato quanto siano importanti i motivi per attribuire il patrimonio all'ambito di protezione della garanzia della proprietà. Ciò comporta però anche la necessità di trovare una soluzione più differenziata rispetto a quella che considera gli interessi fiscali fondamentalmente inammissibili. Sarebbe quindi più sensato escludere gli interessi fiscali dall'amministrazione restrittiva che serve proprio a garantire gli interessi fiscali e che è conforme ai principi dell'imposizione fiscale. Tipicamente, un interesse fiscale sarà applicabile solo per gli interventi sul patrimonio in sé, non per gli interventi su beni patrimoniali specifici (ad esempio un determinato terreno). Per le espropriazioni (in senso formale), gli interessi fiscali sono quindi in ogni caso inammissibili. 13 5

Inoltre, non è chiaro in base a quale criterio si possano distinguere **gli interessi pubblici ammissibili da quelli inammissibili**. Ciò vale in ogni caso nella misura in cui l'interesse pubblico non sia finalizzato all'abolizione dell'istituzione della proprietà e al decentramento dei fattori di produzione (garanzia istituzionale, supra, n. 27 segg.). Quando i tribunali sostituiscono il giudizio del legislatore sull'opportunità degli interessi pubblici, devono comunque farlo con la massima cautela. Dalla proporzionalità (cfr. infra, n. 139 segg.) ci si può quindi aspettare una maggiore tutela della proprietà rispetto all'interesse pubblico. Più dubbio è l'interesse pubblico a un intervento, più è discutibile la sua proporzionalità. Lo stesso vale per la garanzia istituzionale (cfr. sopra, n. 27 segg.): più un interesse pubblico porta non solo a un intervento, ma a un vero e proprio svuotamento dell'istituzione della proprietà privata, più si applica la garanzia istituzionale. 13 6

È indiscusso che con l'aumento degli interessi pubblici dovuto a nuovi rapporti di scarsità (ad esempio in relazione alle risorse destinate alla 13 7

protezione del clima) **aumentano** anche i **fondamenti per un intervento** nella proprietà.

138 Al **momento dell'**intervento nella proprietà deve sussistere ancora un interesse pubblico. Esso deve poter essere ancora perseguito in modo ragionevole mediante l'intervento nella proprietà.

### 3. Proporzionalità

139 Sebbene il Tribunale federale esamini liberamente la proporzionalità, si impone una certa **riserva** quando l'autorità che interviene dispone di un proprio margine di discrezionalità o quando le condizioni locali sono determinanti per la valutazione della proporzionalità.

140 Il Tribunale federale non pone **requisiti eccessivamente elevati** in materia di proporzionalità. I casi in cui ha ritenuto che un intervento sulla proprietà non fosse proporzionato sono relativamente rari.

141 La **ponderazione** degli interessi pubblici rispetto a quelli privati è **limitata** nella misura in cui una legge federale o la Costituzione stessa anticipano il risultato della ponderazione. Un esempio è la protezione delle torbiere di particolare bellezza e di importanza nazionale (art. 78 cpv. 5 Cost.). Una volta che un appezzamento è stato inserito nell'inventario di queste torbiere, non è più possibile ponderare gli interessi di protezione e quelli privati di utilizzo.

## E. Conseguenze dell'ingerenza nella proprietà

142 Come illustrato sopra (n. 106 segg.), nel contesto degli interventi materiali sulla proprietà, il confine tra un intervento senza indennizzo e un'espropriazione con indennizzo integrale è stato tracciato solo in base a casi concreti e può essere tracciato solo in questo modo. Il fatto che non sia ammesso un indennizzo «adeguato» o parziale per gli interventi sulla proprietà porta, nel contesto dell'espropriazione materiale, a una **«determinazione del prezzo»** molto approssimativa per gli interventi. Il prezzo è pari allo 0% fino a un determinato limite di intensità e poi al 100% del valore da espropriare. In caso di espropriazione formale, il prezzo è sempre del 100%, anche per interventi di entità minima. Per contro, sopra sono state indicate diverse tecniche sviluppate dalla giurisprudenza (n. 126) per ridurre la portata della garanzia del valore. Il presupposto o la conseguenza giuridica

dell'espropriazione, ovvero l'obbligo di corrispondere un indennizzo integrale, va inteso alla luce di questa limitazione.

## 1. Il concetto di indennizzo integrale

**Indennizzo integrale** significa che l'espropriazione non deve comportare **né un vantaggio né uno svantaggio** per la persona espropriata. Quest'ultima deve essere posta nella stessa situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovata se l'intervento non avesse mai avuto luogo. La persona espropriata ha l'obbligo di fare tutto ciò che è ragionevole per ridurre il danno causato dall'espropriazione. Il Tribunale federale verifica con cognizione di giudizio se l'indennizzo versato corrisponde al valore integrale del bene espropriato. Se viene espropriata solo una parte di un fondo o di più fondi economicamente connessi, deve essere indennizzata anche la **riduzione** del valore veniente della parte restante (per i procedimenti di diritto federale: art. 19 lett. b Espropriazione). Anche gli **inconvenienti**, ossia gli ulteriori disagi derivanti dall'espropriazione (spese di trasloco e simili), fanno parte dell'indennizzo integrale. In caso di espropriazione di un'impresa, si pone anche la questione dell'indennizzo per il **mancato guadagno** e, in particolare, la questione della durata dell'indennizzo prima che sia possibile esercitare un'altra attività redditizia. Il Tribunale federale limita quindi di norma l'indennizzo del guadagno a un determinato periodo, a meno che l'esercizio di una nuova attività lucrativa non sia eccezionalmente impossibile o sia prevedibile che in futuro non sarà più possibile realizzare lo stesso guadagno. 14 3

Nelle procedure di espropriazione basate sulla LEs, deve essere indennizzato il valore integrale, ma non più del valore integrale. Il diritto federale non prevede un **«supplemento per involontarietà»**; tale supplemento non può quindi essere concesso nei procedimenti disciplinati dal diritto federale. Ciò non impedisce ai Cantoni di concedere, in determinate circostanze, un importo superiore al danno effettivo in base al proprio diritto di espropriazione. Tali prestazioni supplementari devono tuttavia essere compatibili con le altre garanzie costituzionali, in particolare con il principio dell'uguaglianza, con cui possono entrare in conflitto. Il diritto federale non esclude inoltre che i Cantoni prevedano un'indennità per gli interventi materiali sulla proprietà che non equivalgono ancora a un'espropriazione. 14 4

## 2. Forma e determinazione dell'indennità

14 5 Di norma, l'**indennizzo è versato in denaro**. L'art. 26 cpv. 2 Cost. conferisce un diritto esclusivamente a prestazioni in denaro. È invece possibile che la legge preveda una sostituzione in natura o prestazioni in natura (cfr. ad esempio l'art. 18 LEs). In determinate circostanze è anche opportuno e possibile integrare le prestazioni in denaro con prestazioni in natura (ad esempio nel caso di misure di isolamento acustico). In caso di espropriazioni formali, spetta alla commissione di stima decidere in quale forma deve essere versato l'indennizzo.

14 6 La **determinazione dell'indennità** può essere effettuata in linea di principio secondo un metodo oggettivo o soggettivo. Il metodo oggettivo si basa sul valore venale di un bene, mentre il metodo soggettivo si basa sul valore (economico) che un bene espropriato ha per la persona espropriata (valore reddituale). Si deve scegliere il metodo più favorevole per gli interessati; in linea di principio non è ammessa una combinazione dei due metodi. Il metodo soggettivo è indicato soprattutto nei casi in cui il valore del mantenimento dell'uso di un bene per la persona espropriata (considerato oggettivamente) è superiore alla somma di denaro che si potrebbe ottenere dalla vendita del terreno o, in altre parole, quando il reddito derivante dal mantenimento dell'uso è superiore a quello che si potrebbe ottenere con una vendita sul mercato. È il caso, ad esempio, della soppressione di imprese non trasferibili. Il concetto di «danno soggettivo» è criticato da parte della dottrina in quanto ambiguo, poiché potrebbe essere inteso come comprensivo anche dell'interesse affettivo della persona interessata o di mere aspettative o speranze. Ma non è questo il caso. Il metodo soggettivo (così come quello oggettivo) si limita a determinare il valore pecuniario di un bene, anche se questo viene calcolato in modo diverso, ovvero in base al valore di ulteriore utilizzo anziché al valore di vendita.

14 7 Esistono diversi metodi per **stimare il valore** del bene espropriato. L'autorità espropriante dispone di ampia flessibilità nell'applicazione di questi metodi e nella loro combinazione. La combinazione di diversi metodi serve a rendere plausibili i rispettivi risultati di stima. La **metodo comparativo**, che determina il valore di un immobile sulla base dei prezzi di mercato di oggetti comparabili, gode di una posizione privilegiata. Il metodo comparativo serve a determinare il valore di mercato che deve essere pagato nell'ambito dell'indennizzo secondo il metodo oggettivo. Il valore di mercato è il ricavo

ipotetico che si sarebbe potuto ottenere dalla vendita sul mercato libero del bene espropriato. In situazioni particolari possono essere necessari altri metodi, in particolare quando non è possibile determinare prezzi comparabili. Il **metodo del valore reddituale** è adatto principalmente per gli immobili detenuti a scopo di reddito, mentre il **metodo del valore reale** è adatto principalmente per gli immobili ad uso proprio. Il **metodo delle classi di ubicazione** «si basa sulla constatazione, ottenuta attraverso la valutazione sistematica di numerose stime, che il valore del terreno è in relazione con il valore complessivo di un immobile e con il reddito locativo annuo in un rapporto ben preciso, che è lo stesso per tutti i terreni situati nella stessa posizione». Esso parte dalla «considerazione che il terreno *nel suo complesso* ha in definitiva solo il valore che gli conferisce il suo utilizzo economico». Rispetto ad altri metodi, il Tribunale federale invita alla cautela nell'applicazione del metodo delle classi di ubicazione, poiché le considerazioni di redditività su cui si basa sono in parte superate e anche piccole differenze nei parametri di partenza portano a risultati troppo disparati. Soprattutto nel caso di opere complesse che interessano un gran numero di persone, hanno effetti molto diversi e generano non solo una perdita di valore ma anche un valore aggiunto, il valore del bene espropriato può essere determinato con un **metodo statistico-empirico** sviluppato specificamente per questo problema. Il Tribunale federale ha ad esempio riconosciuto come metodo di valutazione modelli complessi basati su grandi quantità di dati per il calcolo della minusvalenza causata dal rumore degli aerei, sviluppati per l'area circostante l'aeroporto di Zurigo.

Anche se questi metodi non possono essere trasferiti *telles quelles* al contesto dell'**espropriazione materiale**, essi vengono applicati analogamente anche in questo caso. 14 8

Per quanto riguarda il **momento della valutazione**, occorre distinguere tra espropriazione formale ed espropriazione materiale. Nel primo caso, l'indennizzo è un elemento costitutivo dell'espropriazione, nel secondo caso ne è la conseguenza (cfr. supra, n. 83). A tal proposito, la giurisprudenza parte dal presupposto che, in caso di espropriazione formale, il diritto al pieno indennizzo è soddisfatto solo se la data di riferimento per la valutazione è vicina al momento dell'effettiva privazione del diritto. In caso di espropriazione materiale, è determinante in linea di principio il momento in cui entra in vigore la misura restrittiva della proprietà. Tuttavia, anche 14 9

nell'espropriazione materiale possono sorgere questioni intertemporali, in particolare nel caso di procedimenti di lunga durata, nel corso dei quali il valore, ad esempio dei terreni, può subire forti variazioni.

## V. PROSPETTIVE

150 La proprietà è «la struttura che la società costruisce per organizzare i conflitti relativi alle cose che tutti desideriamo». In questa ottica, la proprietà non ha necessariamente a che fare con beni fisici, ma riguarda tutti i beni economicamente preziosi e scarsi, compresi quelli immateriali e quelli messi a disposizione dalla collettività. I conflitti relativi a questi beni cambiano al mutare delle condizioni di scarsità. Se la garanzia della proprietà vuole mantenere la sua funzione e creare nuova forza creativa per il futuro, deve sviluppare una funzione protettiva per beni nuovi e sempre più importanti, anche se questi non possono più essere trattati in modo analogo alla proprietà materiale. Deve anche essere in grado di dare una **risposta** ai **nuovi conflitti di scarsità**.

151 La pratica della garanzia della proprietà si è dimostrata nel complesso estremamente flessibile quando si è trattato di limitare le possibilità di azione connesse alla proprietà a favore dell'interesse pubblico, in particolare nei conflitti di distribuzione delle risorse ambientali. Su questo fronte, la garanzia della proprietà sembra quindi di per sé attrezzata per **i conflitti di distribuzione imminenti**, in particolare quelli legati alla protezione del clima. La garanzia della proprietà si è dimostrata molto meno flessibile nella direzione opposta, ovvero quando non si tratta di tenere conto di nuovi bisogni pubblici, ma di nuovi bisogni di protezione privati, in particolare di proteggere equivalenti funzionali alla proprietà materiale e soprattutto alla proprietà fondiaria. Ciò riguarda in primo luogo i diritti di partecipazione alle istituzioni pubbliche, che spesso sono un presupposto per l'autonomia materiale e la sicurezza e che vengono assegnati e revocati, ad esempio, dal diritto dell'immigrazione o dal diritto della previdenza sociale. È su questo fronte che sembrano necessari innovazione e nuovo coraggio progettuale se si vuole che la garanzia della proprietà mantenga la sua funzione di garante dell'autonomia e della sicurezza in un contesto tecnologico ed economico mutato. Un elemento centrale di questo progresso consisterebbe in una rivalutazione scettica della netta separazione tra interventi formali e materiali sulla proprietà. Questa separazione, che ha origine nel pensiero del diritto

reale, sta perdendo sempre più la sua plausibilità pratica in una situazione in cui i beni materiali assumono un ruolo sempre minore rispetto ad altri beni.

*L'autore*

*Il Dr. iur. Stefan Schlegel è dal 2024 direttore dell'Istituzione svizzera per i diritti umani (SMRI) con sede a Friburgo. In precedenza è stato Ambizione Fellow del FNS all'Università di Berna, dove ha lavorato a una tesi di abilitazione sul campo di applicazione oggettivo della garanzia della proprietà. È coeditore del commento online alla Costituzione federale e membro del comitato direttivo dell'associazione che lo pubblica.*

## ALTRE LETTURE CONSIGLIATE

Biaggini Giovanni, OFK-Handkommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 26 BV.

Dagan Hanoch, A Liberal Theory of Property, Cambridge 2021.

Davies
Margaret, Property – Meanings, histories, theories, London et.al. 2007.

Dubey Jacques, Kommentierung zu Art. 26 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II, Basel 2018, § 27.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, St.Gallen 2020.

Grey Thomas C., The Disintegration of Property, Nomos 22 (1980), S. 69-85.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, London 2021.

Johnson Denise R., Reflections on the Bundle of Rights, Vermont Law Review 32 (2007), S. 247-272.

Kempny Simon, Artikel 14 GG [Eigentum, Erbrecht, Enteignung] in: Frauke Brosius-Gersdorf, Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2023

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum, ZSR 140 (2021), S. 377-402

Müller Georg, Privateigentum heute – Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: ZSR 100 (1981), S. 4-116.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles, The New Property, The Yale Law Journal 73 (1964), S. 733-787.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 109-210 und 391-411.

Stepanians Markus, Die Angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? München 2005.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, §§ 63-65.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./ Schweizer Rainer J., St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/ Epiney Astrid, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Waldron Jeremy, What Is Private Property?, Oxford Journal of Legal Studies 5 (1985), S. 313-349.

## BIBLIOGRAFIA

Abegg Andreas/Seferovic Goran, Die Ablösung ehehafter Wasserrechte - Zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer), Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 813–848.

Arendt Hannah, On revolution, London 1963.

Arendt Hannah, Vita activa oder Vom tätigen Leben, 19. Aufl., München et.al. 2019 [1958].

Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl., Bern 2013.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Binswanger Hans Christoph, Eigentum und Eigentumspolitik: Ein Beitrag zur Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1978.

Calabresi Guido/Melamed Douglas A., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 1972, S. 1089–1128.

Caridnaux Blaise, Art. 108 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Coase Ronald H., The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics 1960, S. 1–44.

Dagan Hanoch, A liberal theory of property, Cambridge Mass. et.al. 2021.

Donahue Charles Jr., The Future of the Concept of Property Predicted, Nomos 1980, S. 28–68.

Dubey Jacques, Espace, temps, propriété: Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Genf 2012.

Dubey Jacques, Art. 26 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques/Besson Samantha, Art. 5 BV., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubler Anne-Marie, Eigentum, Historisches Lexikon der Schweiz, https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008971/2012-08-20/, besucht am 4.4.2025.

Eckert Martin, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 245–249.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden: Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, St.Gallen 2020.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP/PJA 6 (2013), S. 837-864.

Föhse Martin, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 29. März 2019, 1C_631/2017; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 8 (2019), S. 436–447.

Gächter Thomas/Werder Gregori, Art. 12 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Girsberger Daniel/Furrer Andreas/Krummenacher Peter, Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Zürich et.al. 2015.

Häberle Peter, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1984, S. 36–76.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et.al., 2020.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, From personal space to big data, how the hidden rules of ownership control our lives, London 2021.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, besucht am 4.4.2025.

Huber Eugen, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900: Zweiter Band Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900 / Vierter Teil. Das Sachenrecht / Erste Abteilung. Das Eigentum., in: Reber Markus/Hurni Christoph (Hrsg.), Die Erläuterungen von Eugen Huber. Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007, S. 512–536.

Hürlimann Daniel/Zech Herbert: Rechte an Daten, sui generis 2016, https://doi.org/10.21257/sg.27.

Isensee Josef, Vorwort des Herausgebers, in: Isensee Josef (Hrsg.), Eigentum. Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, 2. Aufl., Berlin 1998, S. V–XII.

Kapczynski Amy, The Law of Informational Capitalism, The Yale Law Journal 2020, S. 1460–1515.

Karlen Peter, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Genf et.al. 2018.

Karlen Peter, Alle historischen Rechte veralten – Zur Ablösungspflicht unbefristeter Wasserrechte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 799–812.

Kessler Coendet Franz, Formelle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, 1065–1114.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Koller Thomas, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffes im Privatrecht, recht 1994, S. 25–31.

Llanque Marcus, Eigentum in der kritischen Theorie, in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005, S. 205–216.

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum: Rechtsphilosophische Probleme des Eigentumsbegriffes, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2021, S. 377–402.

Marantelli Adriano, Berner Gedanken zur konfiskatorischen Besteuerung, in: Kunz Peter V./Weber Jonas/Lienhard Andreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 247–288.

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar: Sachenrecht: 1. Abteilung: Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Art. 641-654, 4. Aufl., Bern 1966.

Mösching Fabian, Kommentierung zu Art. 75b BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv75b, besucht am 4.4.2025.

Müller Georg, Privateigentum heute: Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungrechtlichen Gewährleistung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1981, S. 1–116.

Müller Georg, Der Streit um die Eigentumsordnung des Verfassungsentwurfes 1977: Bemerkungen aus staatsrechtlicher Sicht, in: Holzhey Helmut/Kohler Georg (Hrsg.), Eigentum und seine Gründe: Ein philosophischer Beitrag aus Anlaß der schweizerischen Verfassungsdiskussion = La propriété et ses fondements, Bern et.al. 1983, S. 249–266.

Müller Georg, Rechtsstellung von Anstössern an öffentlichen Strassen, recht 1996, S. 218–224.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Osterloh-Konrad Christine, Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive, Hofmann Franz/Raue Benjamin (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, Tübingen 2023, S. 9–17.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles A., The New Property, The Yale Law Journal 1964, S. 733–787.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung: Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Bern 1990.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen: Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007.

Riva Enrico/Müller-Tschumi Thomas, § 48 Eigentumsgarantie, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 765–777.

Sägesser Thomas, Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, Jusletter 2021.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970.

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.

Schmid Alain/Schmidt Johanna Kirsten/Zech Herbert: Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, S. 627–639.

Schmid Dominik, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Bern 2013.

Schreiber Markus, Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, AJP/PJA 1 (2020), S. 95–103.

Shklar Judith, The Liberalism of Fear, in: Rosenblum Nancy L. (Hrsg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge, Mass. 1989, S. 21–38.

Stepanians Markus, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.): Was ist Eigentum?: Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005.

Strub Dominik, Wohlerworbene Rechte: Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Freiburg 2001.

Sutter Kaspar/Müller Markus, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang?, ZBl 2013, S. 471–490.

Thouvenin Florent, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, S. 21–32.

Thurnherr Daniela, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 7. September 2021, 1C_453/2019 und 1C_271/2021 (Urteilsbesprechung), ZBl 2 (2023), S. 89–102.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 37 – Eigentumsgarantie, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 528–533.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Veit Marc D., Die Ordnungsfunktion der Eigentumsgarantie: Eine ökonomische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1999.

Voigtländer Michael/Bierdel Fabian, Zur Rationalität einer neuen Eigenheimförderung: Gutachten für den ZIA Deutschland, 2017, https://www.iwkoeln.de/studien/michael-voigtlaender-zur-rationalitaet-einer-neuen-eigenheimfoerderung.html, besucht am 4.4.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: 2015a).

Waldmann Bernhard, Materielle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, S. 1115–1164 (zitiert: 2015b).

Zimmermann Konrad, Die Besitzstandsgarantie im öffentlichen Recht, Zürich 2023.

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin des Ständerates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung, besucht am 5.4.2025.

Amtliches Bulletin des Nationalrates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung, besucht am 5.4.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff. online abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 5.4.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 29a Cost.

Un commentario di Matthias Kradolfer

CITAZIONE SUGGERITA

Matthias Kradolfer, Commentary of art. 29a FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Kradolfer, N. XXX zu Art. 29a BV.

**Art. 29a Garanzia della via giudiziaria**

Nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria. In casi eccezionali, la Confederazione e i Cantoni possono escludere per legge la via giudiziaria.

# STRUTTURA

I. Caratteristiche della garanzia del processo legale ..... 421
II. Contesti dell'art. 29a Cost. ..... 422
A. Contesto storico ..... 422
B. Garanzie internazionali di processo, ricorso e tutela legale ..... 425
C. Concetti di base di un ricorso giurisdizionale effettivo ..... 426
D. Garanzia del ricorso legale e dello Stato di diritto ..... 428
III. Ambito di applicazione della garanzia dei ricorsi giurisdizionali ..... 429
A. Ambito di applicazione personale: "Ogni persona" ..... 429
B. Ambito di applicazione sostanziale: "controversia giuridica" ..... 429
1. Elementi concettuali ..... 429
a. Definizione costituzionalmente autonoma ..... 429
b. Elemento concettuale (1): posizione giuridica ..... 431
c. Elemento concettuale (2): controversia individuale ..... 432
d. Elemento concettuale (3): degno di protezione ..... 434
2. Atti reali ..... 435
3. Ordinanze amministrative interne ..... 436
IV. Contenuto parziale della garanzia del ricorso giurisdizionale ..... 437
A. Contenuto parziale organizzativo: tutela giuridica da parte di un tribunale ..... 437
B. Contenuto parziale procedurale: accesso a un tribunale ..... 438
C. Contenuto parziale finale: protezione giuridica effettiva ..... 440
V. Eccezioni, limitazioni e rinunce ..... 443
A. Atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale ..... 443
B. Eccezioni legali (art. 29a frase 2 Cost.) ..... 444
C. Restrizioni ..... 446
D. Rinuncia ..... 448
Letture consigliate ..... 448
L'autore ..... 449
I materiali ..... 449
Bibliografia ..... 450

## I. CARATTERISTICHE DELLA GARANZIA DEL PROCESSO LEGALE

Nel suo ambito di applicazione, la garanzia del ricorso legale apre l'accesso alla giustizia e include il diritto costituzionale di sottoporre le questioni di fatto e di diritto associate a una "controversia legale" a un tribunale con pieno potere di controllo. Pertanto, l'art. 29a Cost. garantisce una protezione giuridica qualificata sotto due aspetti. Da un lato, un tribunale indipendente deve esaminare la questione. Dall'altro, il controllo giudiziario deve coprire tutti gli aspetti rilevanti di una "controversia legale". Tuttavia, la garanzia di ricorso lascia aperta la questione di cosa costituisca una "controversia legale" (cfr. n. 15 e segg.), così come tace sulla forma concreta di tutela giuridica (cfr. n. 32 e segg.). È compito del legislatore (cfr. n. 2), ma anche della giurisprudenza e del mondo accademico, chiarire questi aspetti aperti della garanzia del ricorso legale. Il presente commento cerca di trarre elementi per svolgere questo compito da quattro contesti dell'art. 29a Cost. (contesto storico [cfr. n. 5 e segg.], contesto dei diritti umani [cfr. n. 9 e segg.], contesto del diritto comparato [cfr. n. 11 e segg.], contesto della teoria costituzionale [cfr. n. 13]). 1

Sistematicamente, la garanzia del ricorso legale è uno dei diritti procedurali fondamentali. Tuttavia, si differenzia dalle altre garanzie procedurali in quanto non garantisce i diritti nel procedimento, ma il diritto al procedimento (giudiziario). Questo diritto si concretizza a livello di leggi e ordinanze, ossia attraverso disposizioni sull'organizzazione del tribunale, sullo svolgimento del procedimento e sui requisiti per l'appello. In questo senso, la garanzia del ricorso legale deve essere modellata e rimane dipendente dalla legislazione per diventare effettiva nella vita legale quotidiana. È vero che il legislatore gode di un notevole margine di manovra nel definire il sistema di tutela legale (cfr. n. 32 e segg.). Tuttavia, l'articolo 29a della Cost. fornisce un quadro costituzionale vincolante: La tutela giuridica deve essere effettiva. Qualsiasi concretizzazione della garanzia di ricorso per legge o per ordinanza deve essere valutata in base a se e in che misura contribuisce a un'effettiva tutela giuridica. 2

In quanto diritto processuale fondamentale, la garanzia di ricorso ha due dimensioni. Da un lato, garantisce ai titolari dei diritti fondamentali un diritto 3

giustiziabile a una tutela giuridica qualificata ed effettiva (cfr. n. 1 s.). Dall'altro lato, in una dimensione oggettiva-giuridica, obbliga tutti gli organi statali a lavorare per una tutela legale efficiente ed efficace, accessibile a tutte le persone. In questa dimensione oggettiva, costituisce una direttiva per la legislazione e guida la futura progettazione del sistema di protezione giuridica (cfr. n. 11 s.). Inoltre, costituisce un punto di riferimento per le autorità che applicano la legge quando si tratta di interpretare concetti giuridici indeterminati e di concretizzare clausole generali. Si pensi alla tutela giuridica precauzionale, che deve essere gestita in modo da non compromettere l'art. 29a Cost. (cfr. n. 43), o al principio di buona fede nel diritto processuale.

4 Secondo il concetto di riforma giudiziaria (cfr. n. 6), le corti inferiori del Tribunale federale attuano la garanzia del ricorso legale. L'articolo 29a della Cost. è quindi inserito in una complessa rete di requisiti di diritto federale per la tutela giuridica da parte dei tribunali cantonali e dei tribunali federali di prima istanza. Questi requisiti sono "autorevoli" per le autorità che applicano la legge ai sensi dell'art. 190 Cost. La garanzia di ricorso non può avere effetti giuridici diretti nella misura in cui è formulata nella legge federale, perché le autorità che applicano la legge sono vincolate dalle concretizzazioni del legislatore federale ai sensi dell'art. 190 Cost. Per questo motivo la dottrina lo definisce un "diritto fondamentale zoppicante". Quando la garanzia nazionale di ricorso si sovrappone all'articolo 6 comma 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), deve essere rispettata la supremazia della CEDU sul diritto federale. Una violazione dell'art. 6 comma 1 CEDU può essere accertata e sanata dall'autorità giudiziaria nonostante l'art. 190 Cost.

## II. CONTESTI DELL'ART. 29A COST.

### A. Contesto storico

5 Né la prima Costituzione federale del 1848 né quella del 1874 contenevano un diritto fondamentale paragonabile all'art. 29a Cost. L'art. 113 cpv. 1 comma 3 Cost. 1874 garantiva l'accesso al Tribunale federale in caso di violazioni costituzionali. Tuttavia, questo non garantiva la protezione giudiziaria in generale, ma solo in specifiche controversie legali. La ratifica della CEDU da parte della Svizzera nel 1974 ha cambiato radicalmente la situazione. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), influenzata dall'idea anglo-americana di "giusto processo", ha ricavato dall'art. 6 comma 1

CEDU numerose garanzie procedurali, tra cui il diritto alla tutela giurisdizionale nelle accuse penali e nelle controversie civili. Il concetto di diritto civile è definito in modo autonomo e ampio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Numerose questioni di diritto pubblico vi rientrano, ad esempio i casi di esproprio e le controversie in materia di sicurezza sociale. Questo ampio campo di applicazione dell'art. 6 comma 1 CEDU ha creato la base per una vera e propria "convenzione procedurale di diritto amministrativo". Ciò ha rappresentato una sfida per il sistema giuridico svizzero. Non tutte le controversie giuridiche che dovevano essere giudicate da un tribunale secondo il diritto internazionale potevano essere sottoposte a un tribunale secondo il diritto nazionale (cfr. n. 7). Per eliminare tali contraddizioni con il diritto superiore, negli anni '90 il Consiglio federale ha proposto l'introduzione di una garanzia generale di ricorso. Ha preso a modello l'articolo 6 comma 1 della CEDU e la garanzia di ricorso legale nella Legge fondamentale tedesca (articolo 19 cpv. 4 GG).

6 La proposta del Consiglio federale faceva parte della riforma del sistema giudiziario, che a sua volta era inserita nel progetto di revisione totale della Costituzione federale. La riforma giudiziaria perseguiva due obiettivi principali: il miglioramento della tutela giuridica e lo sgravio del Tribunale federale. Queste priorità, di per sé contraddittorie, dovevano essere raggiunte ampliando le corti inferiori al Tribunale federale – in particolare istituendo un nuovo Tribunale penale federale e un Tribunale amministrativo federale. Le relative basi organizzative sono state oggetto di una revisione totale dell'amministrazione della giustizia federale. Le interconnessioni tra la riforma del sistema giudiziario e la revisione totale dell'amministrazione della giustizia federale hanno portato a un notevole stato di limbo per quanto riguarda la garanzia del ricorso legale. Sia l'elettorato che i Cantoni hanno approvato chiaramente la riforma giudiziaria (e con essa la garanzia di ricorso legale) nel referendum del 12 marzo 2000. Tuttavia, la sua efficacia è stata rimandata al completamento della revisione totale dell'amministrazione federale della giustizia. L'art. 29a della Cost. è entrato in vigore solo il 1° gennaio 2007, insieme alla Legge sul Tribunale federale (LTF) e alla Legge sul Tribunale amministrativo federale (CAF). Oltre questa data, una disposizione transitoria della legge sul Tribunale federale ha ulteriormente relativizzato la garanzia di ricorso legale. Solo dopo un periodo di grazia di due anni (art. 130 cpv. 3 Cost.), che doveva dare ai Cantoni il tempo di adeguare la loro organizzazione giudiziaria, l'art. 29a Cost. è diventato un diritto processuale fondamentale

giustiziabile. A posteriori, la caratterizzazione della garanzia di ricorso legale come "diritto fondamentale a rate" si rivela quindi estremamente accurata.

7 Nel diritto civile e penale, la tutela giudiziaria era già ampiamente garantita prima dell'entrata in vigore della garanzia di ricorso. L'articolo 29a della Cost. ha avuto gli effetti più significativi nel diritto pubblico. L'attuazione della garanzia di ricorso ha completato un processo di sviluppo che ha comportato il passaggio dal modello di un sistema giudiziario esercitato principalmente all'interno dell'amministrazione al modello della giurisdizione amministrativa. In linea di massima, si possono individuare tre fasi in questo sviluppo:

- All'inizio del XX secolo, l'amministrazione della giustizia all'interno dell'amministrazione era la "forma dominante" di tutela giuridica nelle controversie di diritto pubblico. A livello cantonale, il ricorso legale portava di solito al consiglio di governo (esecutivo), se necessario attraverso una procedura di reclamo o di ricorso amministrativo interno. A livello federale, l'accesso al Tribunale federale era limitato a poche questioni, a partire dalla promulgazione della Legge federale sull'amministrazione e la disciplina (VDG, entrata in vigore il 1° marzo 1929). In molte questioni di diritto pubblico federale, il Consiglio federale è rimasto l'ultima istanza di ricorso.

- Alcuni studiosi di diritto amministrativo di lingua tedesca hanno criticato questa situazione giuridica. Fritz Fleiner (1867–1937) affermò chiaramente: "Il cittadino che vuole lamentarsi della cattiva amministrazione e dell'arbitrarietà delle autorità amministrative (...) trova attualmente solo una protezione legale molto imperfetta". Il disagio espresso da Fleiner nei confronti dell'amministrazione della giustizia all'interno dell'amministrazione si inserisce nella tradizione di un dibattito polemico sul "corretto" controllo dell'attività amministrativa che ha avuto luogo già nel XIX secolo. Mentre l'amministrazione della giustizia all'interno dell'amministrazione era sospettata di non essere indipendente, la magistratura amministrativa era considerata il "coronamento dello Stato di diritto" o la "chiave di volta" della sua "volta". Dopo la Seconda guerra mondiale, questa discussione è diventata gradualmente più obiettiva e la dottrina si è resa conto dell'importanza dell'amministrazione della giustizia all'interno dell'amministrazione per lo Stato di diritto. Alla Conferenza dei giuristi svizzeri del 1947, Max Imboden (1915–1969) e Henri Zwahlen (1911–1974) sottolinearono il legame tra la struttura democratica dello Stato

svizzero e il modello di amministrazione della giustizia all'interno dell'amministrazione.

- Prima nei Cantoni, poi a partire dagli anni '60 anche a livello federale, si è gradualmente affermata la tutela giuridica da parte dei tribunali nelle controversie amministrative. La giurisdizione dei tribunali amministrativi si basava o su una clausola generale con un catalogo di eccezioni o su un elenco enumerativo di controversie contestabili. Laddove l'ampio campo di applicazione delle garanzie della CEDU (cfr. n. 5) si sovrapponeva a queste competenze, le lacune nella protezione giuridica nel diritto svizzero divennero visibili e evidenti. Solo con l'attuazione dell'art. 29a Cost. (cfr. n. 6) questi problemi di protezione giuridica sono stati alleviati da un controllo giudiziario praticamente completo.

Il fatto che il controllo giudiziario dell'attività amministrativa sia largamente prevalso con la garanzia del ricorso legale potrebbe indurre a equiparare la protezione legale alla protezione legale giudiziaria. Tuttavia, soprattutto nel diritto amministrativo, l'attuazione pratica della tutela giuridica ha i suoi limiti. In questioni molto tecniche, le corti inferiori dei tribunali amministrativi hanno un vantaggio di conoscenza che rende difficile un controllo legale completo (cfr. n. 41 s.). La tradizione dell'amministrazione della giustizia all'interno dell'amministrazione in Svizzera chiarisce che la tutela giuridica intesa in modo completo deve iniziare già nelle fasi che precedono il procedimento giudiziario. La procedura amministrativa, l'eventuale procedura di ricorso amministrativo interno e il successivo ricorso giudiziario devono essere considerati ciascuno come un elemento di un sistema di protezione giuridica olisticamente inteso. Di conseguenza, l'efficacia del controllo giudiziario richiesto dall'art. 29a della Cost. deve essere valutata in relazione all'intera catena di istanze e non isolatamente per il procedimento giudiziario (cfr. n. 41 s.). 8

## B. Garanzie internazionali di processo, ricorso e tutela legale

L'effettiva protezione giuridica è una preoccupazione fondamentale della tutela internazionale dei diritti umani. Diversi trattati internazionali ratificati dalla Svizzera sanciscono un diritto corrispondente in una forma o nell'altra. Garanzie di ricorso paragonabili all'art. 29a Cost. si trovano nell'art. 14 cpv. 1 del Patto ONU II e nell'art. 6 comma 1 della CEDU. Le garanzie di ricorso di cui all'art. 5 comma 4 CEDU e all'art. 9 par. 4 Patto ONU II si spingono oltre, 9

garantendo alla persona arrestata il diritto di far riesaminare l'arresto da un tribunale entro un breve periodo di tempo. Al di fuori dell'ambito materiale di applicazione di queste garanzie di ricorso e rimedi legali di diritto internazionale, va osservata la garanzia generale di protezione legale dell'art. 13 CEDU. Questa obbliga gli Stati della Convenzione a prevedere una possibilità di ricorso contro le violazioni dei diritti della Convenzione. È sufficiente che un'autorità amministrativa garantisca questa tutela giuridica.

10 Se l'ambito materiale di applicazione di una di queste garanzie internazionali coincide con quello dell'articolo 29a Cost. La sovrapposizione più significativa nella pratica è quella con l'articolo 6 comma 1 della CEDU (cfr. n. 4 sul rapporto di precedenza). Di norma, un'accusa penale o una controversia civile ai sensi dell'articolo 6 comma 1 della CEDU dovrebbe costituire anche una "controversia legale" ai sensi dell'articolo 29a Cost. Il legame tra le due garanzie di ricorso può essere spiegato dalla storia del loro sviluppo: La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 6 comma 1 della CEDU è stata, da un lato, un fattore di innovazione essenziale per il diritto processuale svizzero e, dall'altro, la garanzia nazionale di ricorso è modellata sull'articolo 6 comma 1 della CEDU (cfr. n. 5). Questa connessione storica suggerisce un'interpretazione armonizzata dell'articolo 29a della Cost. e dell'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU. Quando la garanzia nazionale di ricorso solleva una questione di interpretazione, è necessario consultare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 6 comma 1 della CEDU.

## C. Concetti di base di un ricorso giurisdizionale effettivo

11 La concezione della tutela giuridica si muove tra diversi obiettivi. In poche parole, la magistratura dovrebbe tutelare una posizione giuridica individuale in modo rapido, poco dispendioso ed equo, oltre a realizzare il diritto oggettivo. Difficilmente un tribunale può soddisfare tutti questi requisiti in ogni caso, soprattutto perché esistono conflitti tra di essi. Ad esempio, un processo rapido comporta il rischio di condanne errate e un risultato equo dal punto di vista delle parti non è necessariamente oggettivamente corretto. Questi conflitti di obiettivi rendono evidente che l'istituzione di un sistema di tutela legale deve essere intesa come un "problema di ottimizzazione e distribuzione". Dal punto di vista del diritto comparato, si possono distinguere due tipici orientamenti di base: la tutela giuridica può concentrarsi sulla

protezione di posizioni giuridiche individuali o sull'applicazione del diritto oggettivo. Il diritto tedesco, ad esempio, si basa su una decisione fondamentale a favore della tutela dei diritti individuali. Secondo l'articolo 19 cpv. 4 della Legge fondamentale, è possibile agire in giudizio contro la violazione dei diritti soggettivi. Il diritto francese, invece, attribuisce grande importanza alla realizzazione dei diritti oggettivi e, con il "recours pour excès de pouvoir", consente anche di impugnare un atto giuridico per inosservanza del principio di legalità. L'ordinamento giuridico svizzero non presenta una chiara scelta di sistema a favore o contro uno dei due tipi fondamentali. Si presenta come un "sistema misto" che combina protezione giuridica soggettivizzata e oggettivizzata. In questo contesto, sembra più proficuo non confrontare le peculiarità nazionali, ma le concezioni preliminari o di base della protezione giuridica effettiva. Nel dibattito internazionale se ne possono distinguere due, il cui confronto fornisce un'idea più precisa di ciò che caratterizza la tutela giuridica effettiva nel diritto costituzionale svizzero.

12 Secondo la concezione di base dell'Europa continentale, l'efficacia della tutela giuridica (giudiziaria) dipende da una serie di fattori organizzativi: Quale autorità la concede? Come sono strutturati i requisiti per l'azione e il ricorso? Quali obiezioni possono essere sollevate? Quanto è intenso il controllo da parte dell'organo chiamato a trattare il caso? C'è anche il fattore tempo: la protezione legale è efficace solo se può essere ottenuta entro un periodo di tempo ragionevole. La garanzia di ricorso di cui all'art. 29a della Cost. e la giurisprudenza in materia si basano tacitamente su questa concezione formale comparata, che emerge anche nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. n. 32 e segg.). Al contrario, la concezione di base anglo-americana non comprende solo gli aspetti "tecnici" della tutela giuridica. Piuttosto, deve garantire l'uguaglianza dei risultati. Il potere giudiziario è chiamato a compensare gli squilibri di potere economico, a prevenire gli svantaggi strutturali dei gruppi vulnerabili e a garantire la giustizia sociale. Per il diritto costituzionale svizzero, questa comprensione sostanziale del problema è probabilmente troppo ampia, in quanto dall'art. 29a Cost. non si può trarre alcuna pretesa soggettiva di uguaglianza di risultato nei procedimenti giudiziari. Le sfaccettature del problema associate alla comprensione anglo-americana sono invece da assegnare alla dimensione oggettiva della garanzia del processo legale (cfr. n. 3). L'articolo 29a Cost. impone al legislatore di adoperarsi per una protezione giuridica efficace ed efficiente, facilmente accessibile a ogni persona. Le barriere materiali

all'accesso, che possono manifestarsi in requisiti formali, difficoltà di comunicazione linguistica e deficit di informazione, devono essere eliminate a breve e medio termine attraverso misure legislative adeguate.

## D. Garanzia del ricorso legale e dello Stato di diritto

13 L'articolo 29a della Cost. segna un punto di cristallizzazione del principio svizzero dello Stato di diritto, perché la tutela giudiziaria della legge e lo Stato di diritto sono reciprocamente dipendenti. Nello Stato di diritto, l'accesso a un tribunale indipendente costituisce il rovescio della medaglia del monopolio statale sull'uso della forza e sulla formazione della legge. L'accessibilità, l'indipendenza e l'efficacia del controllo giudiziario sono quindi indicatori importanti dello Stato di diritto. In questo contesto, la garanzia del ricorso legale è innanzitutto al servizio della tutela dei diritti individuali. Inoltre, secondo il diritto costituzionale svizzero, i tribunali svolgono tre funzioni dello Stato di diritto che vanno oltre la risoluzione di controversie legali bilaterali (cfr. sul "sistema misto" svizzero già n. 11). In primo luogo, il potere giudiziario assicura la realizzazione del diritto oggettivo. A differenza dell'esecutivo e del legislativo, deve basare le sue decisioni esclusivamente sulla legge applicabile e garantisce quindi l'attuazione neutrale del diritto costituzionale, statutario e delle ordinanze. In secondo luogo, i tribunali hanno il compito di sviluppare ulteriormente la legge applicabile e di adattarla alle esigenze della pratica legale quotidiana. Nella pratica giudiziaria, ciò crea una vera e propria "legge di applicazione", che rende il sistema giuridico più flessibile. In terzo luogo, grazie all'indipendenza costituzionalmente garantita, la magistratura assicura "controlli e contrappesi" rispetto agli altri organi dello Stato. Attraverso le sue decisioni, è in grado di correggere gli sviluppi problematici in termini di Stato di diritto nell'ambito della legge applicabile e di prendere "in considerazione gli interessi" laddove la legislazione non ha bilanciato un conflitto di interessi o lo ha fatto in modo troppo generico. Queste tre funzioni del potere giudiziario nell'ambito dello Stato di diritto devono guidare l'interpretazione dell'articolo 29a della Cost. La garanzia di ricorso deve essere concretizzata in modo tale che il potere giudiziario possa svolgere le sue funzioni anche in uno Stato costituzionale democratico. Una concezione dei diritti fondamentali che si concentri esclusivamente sulla tutela dei diritti individuali sarebbe troppo limitata (cfr. n. 14, n. 16, n. 55).

# III. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA GARANZIA DEI RICORSI GIURISDIZIONALI

## A. Ambito di applicazione personale: "Ogni persona"

Le persone fisiche e giuridiche di diritto privato possono invocare l'articolo 29a della Cost. senza ulteriori indugi. Inoltre, i titolari di funzioni statali beneficiano della garanzia di ricorso ai tribunali se non agiscono in qualità di sovrani, operano sulla base del diritto privato e sono interessati dall'atto contestato allo stesso modo di un privato". Non è stato chiarito dalle sentenze della Corte suprema ed è controverso in dottrina se le persone giuridiche di diritto pubblico, le autorità statali e le municipalità possano invocare la garanzia del ricorso legale nell'area sovrana. Una parte della dottrina vuole limitare l'ambito di applicazione personale ai privati e non ritiene che i titolari di compiti statali nello spazio sovrano siano titolari di diritti fondamentali, a meno che non siano essi stessi colpiti come un privato. Alla luce delle funzioni costituzionali del potere giudiziario (cfr. n. 13), questa interpretazione si rivela troppo restrittiva. Per far rispettare il diritto oggettivo, le persone giuridiche di diritto pubblico, le autorità statali e i comuni dovrebbero poter invocare l'art. 29a Cost. anche nell'ambito degli atti sovrani. 14

## B. Ambito di applicazione sostanziale: "controversia giuridica"

### 1. Elementi concettuali

#### a. Definizione costituzionalmente autonoma

L'ambito di applicazione materiale della garanzia di ricorso è legato al concetto di "controversia legale" ("causa", "controversie giuridiche"). Cosa si intende con questo termine? Un voto del relatore della Commissione degli Stati in Parlamento e un documento di lavoro della Sottocommissione per la revisione totale del sistema giudiziario federale indicano che questo termine costituzionale indeterminato deve essere interpretato sulla base delle leggi procedurali. Di conseguenza, l'art. 29a Cost. si riferirebbe agli atti statali che sono impugnabili anche in base alle rispettive leggi procedurali. In altre parole, la "controversia giuridica" dovrebbe essere concretizzata in base all'oggetto della contestazione, come sostenuto da una parte della dottrina. Tuttavia, la giurisprudenza del Tribunale federale e, a seguire, un'altra parte 15

della dottrina intendono il termine "controversia legale" in modo costituzionalmente autonomo. Secondo la prassi delle più alte corti, la qualificazione procedurale dell'oggetto della contestazione rimane irrilevante per l'ambito fattuale di applicazione dell'art. 29a Cost.

16 Questa interpretazione costituzionalmente autonoma di "controversia legale" è preferibile a un'interpretazione orientata al diritto processuale per tre motivi. In primo luogo, l'art. 29a Cost. e l'art. 6 comma 1 CEDU sono legati l'uno all'altro nella loro storia di origine. In caso di dubbio sulla garanzia di ricorso legale, è quindi consigliabile consultare la prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. n. 10). La Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta l'articolo 6 comma 1 della CEDU in modo indipendente dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri (cfr. n. 5), il che depone a favore dell'interpretazione dell'articolo 29a Cost. come autonomo in questo senso. In secondo luogo, l'accesso alla giustizia in uno Stato costituzionale democratico crea un importante contrappeso ad altri organi statali (cfr. n. 13). In questo contesto, un'interpretazione costituzionalmente autonoma è da preferire anche dal punto di vista dei poteri. Ciò permette al potere giudiziario di influenzare la portata della garanzia di ricorso, consentendogli di "pensare contro" il legislatore e contribuendo alla moderazione dei poteri nel senso della saggezza teorica dello Stato. Ne consegue un terzo argomento, basato sulla teoria dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali sottraggono selettivamente aree particolarmente importanti della vita all'accesso incondizionato degli organi statali. Ciò vale anche per la garanzia di ricorso legale, che fornisce un quadro costituzionale per l'accesso alla giustizia (cfr. n. 2). Anche la legislazione deve rispettare questo quadro. Se il legislatore potesse determinare definitivamente l'ambito del controllo giudiziario definendo l'oggetto della contestazione, l'articolo 29a Cost. sarebbe in definitiva a sua disposizione.

17 Un'accezione costituzionalmente autonoma di "controversia legale" non significa che un tribunale debba sempre esaurire completamente il suo potere di controllo (cfr. n. 41 s.), né che ogni atto statale sia passibile di controllo giudiziario. Solo le questioni che presentano determinate caratteristiche rientrano nell'ambito fattuale dell'art. 29a Cost. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, la garanzia di ricorso copre ogni controversia relativa a una posizione giuridica individuale meritevole di tutela. Tre elementi concettuali, che devono essere soddisfatti cumulativamente,

caratterizzano quindi l'ambito di applicazione materiale: (1) la persona che chiede un ricorso legale deve essere in grado di far valere una posizione giuridica a cui ha diritto (cfr. n. 18 e segg.); (2) questa posizione giuridica deve essere oggetto di una controversia individuale (cfr. n. 21 e segg.); (3) la posizione giuridica deve dimostrarsi meritevole di tutela (cfr. n. 25 e segg.).

## b. Elemento concettuale (1): posizione giuridica

La posizione giuridica che apre l'ambito di applicazione dell'art. 29a Cost. non deriva dalla garanzia di ricorso in sé. Al contrario, il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale presuppone una posizione preesistente nel diritto applicabile. Questa può derivare dall'intero ordinamento giuridico: dal diritto costituzionale, dal diritto statutario e dalle ordinanze. È anche irrilevante da quale settore del diritto (ad esempio, diritto penale, diritto civile o diritto pubblico) provenga. Pertanto, se l'attribuzione della posizione giuridica a un livello normativo o a un'area tematica rimane priva di significato nell'ambito del diritto costituzionale, essa deve, in cambio, avere una natura specifica: Deve essere sufficientemente concreta. A livello costituzionale, sono soprattutto i diritti fondamentali a garantire posizioni giuridiche sufficientemente concrete, sia che si tratti di una pretesa difensiva contro l'azione dello Stato, sia che si tratti di una garanzia statale o di un dovere di protezione. A livello di leggi e ordinanze, una posizione giuridica all'interno dell'ambito materiale di applicazione della garanzia del rimedio legale deve essere assunta se alla persona interessata viene espressamente concessa una pretesa o se il concetto normativo applicabile si è condensato in una posizione giustiziabile. 18

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, ad esempio, il diritto alla libertà di espressione nei confronti della Società svizzera di radiotelevisione (SRG), l'obbligo di smaltire i rifiuti urbani ai sensi dell'Art. 31b cpv. 3 della Legge sulla protezione dell'ambiente (EPA), il diritto a un'istruzione adeguata (sportiva), il principio di non discriminazione nell'ambito degli appalti pubblici ai sensi dell'art. 2 cpv. 7 della Legge federale sul mercato interno (FMA) e il principio di trasparenza ai sensi dell'art. 3a della Legge sull'approvvigionamento elettrico (StromVG) costituiscono posizioni giuridiche che rientrano nell'ambito materiale dell'art. 29a della Cost. Tuttavia, secondo la prassi delle più alte corti, non esiste una posizione 19

giuridica sufficientemente concreta se i singoli desiderano agire contro gli effetti del riscaldamento globale.

20 Anche le posizioni giuridiche contrattuali di diritto civile e pubblico sono soggette all'art. 29a Cost. Tuttavia, poiché la penetrazione teorica della forma contrattuale nel diritto pubblico è meno avanzata rispetto al diritto privato, la tutela giuridica nell'ambito del contratto di diritto pubblico si rivela problematica. È indiscutibile che, dopo la conclusione positiva di un contratto, il diritto fondamentale di buona fede (art. 9 Cost.) offre al privato una posizione giuridica nell'ambito di applicazione dell'art. 29a Cost. Se la conclusione del contratto è già fallita, il privato la cui fiducia è stata delusa può in linea di principio agire in giudizio sulla base della responsabilità precontrattuale ("culpa in contrahendo"). Tuttavia, questo principio subisce una battuta d'arresto quando l'autorità pubblica non ha ancora limitato le trattative contrattuali a un privato specifico o gode di un'effettiva "libertà di scelta", come nel diritto del personale pubblico. Il candidato respinto non può contestare la sua mancata inclusione. Non è chiaro se un terzo possa anche difendersi da un'offerta illegittima dell'amministrazione nel periodo precedente la conclusione del contratto.

### c. Elemento concettuale (2): controversia individuale

21 La posizione giuridica così descritta deve essere oggetto di una controversia individuale. Si presuppone una comprensione sostanziale della controversia. Una controversia ai sensi dell'art. 29a Cost. sussiste se si contestano la portata o le modalità di una posizione giuridica. L'elemento concettuale di una controversia esclude in particolare le procedure amministrative di chiarimento e approvazione, che precedono un singolo atto concreto di applicazione della legge, dall'ambito di applicazione dell'art. 29a BV. Pertanto, l'avvio della procedura di indagine preliminare ai sensi dell'art. 32 della legge sui cartelli (KG) non è contestabile e l'approvazione di un regolamento di liquidazione parziale da parte dell'autorità di vigilanza di una fondazione pensionistica non incide direttamente sulla posizione giuridica dei beneficiari. In entrambi i casi, gli atti di applicazione della legge nei confronti dei privati avverranno in un secondo momento, se necessario, e sulla base dei risultati del chiarimento o della decisione di approvazione. Lo stesso vale per la procedura legislativa. Essere virtualmente interessati da un decreto non costituisce ancora una controversia (attuale). Di conseguenza, la garanzia del

ricorso legale non richiede che né la Confederazione né i Cantoni prevedano una revisione astratta delle norme.

Il carattere individuale della controversia deriva dalla sua specifica vicinanza alla sfera giuridica della persona interessata. È vero che le controversie individuali possono essere tipicamente inserite in rapporti giuridici preesistenti. Tuttavia, l'ambito materiale di applicazione dell'art. 29a Cost. non richiede necessariamente un rapporto giuridico già esistente al momento della controversia. Ad esempio, è sufficiente che la posizione giuridica di un privato sia influenzata solo accidentalmente da un atto reale (sugli atti reali, cfr. n. 28 s.). 22

Finora la prassi costituzionale ha affrontato il carattere individuale della controversia legale in modo negativo e distinto dal reclamo popolare. Il criterio utilizzato è che la persona che chiede giustizia sia colpita. La posizione giuridica di questa persona deve essere colpita almeno in minima parte. Non è necessario un vero e proprio sconfinamento per aprire il campo di applicazione dell'art. 29a della Cost. In questo modo, i residenti che vivono nelle vicinanze di un punto di raccolta dei rifiuti hanno potuto impugnare la sua abolizione sulla base della garanzia di ricorso legale e farla esaminare dai tribunali. La tutela legale è stata offerta anche agli studenti delle scuole professionali che hanno contestato la cancellazione delle lezioni di sport. Infine, la Corte Suprema Federale ha affermato che la Chiesa cattolica romana è stata sufficientemente colpita quando si è difesa contro il sostegno finanziario dell'organizzazione "adebar" con Fr. 15.000,00 da parte della Chiesa cattolica nazionale dei Grigioni. 23

Soprattutto gli atti con una struttura normativa generale-astratta o generale-concreta causano problemi di delimitazione. Più persone ne sono interessate, più è difficile parlare di una controversia individuale. Solo se la posizione giuridica della persona che chiede giustizia è più colpita dall'atto in questione rispetto a quella del pubblico in generale, si può invocare la garanzia del ricorso legale. Questo vale, ad esempio, per una campagna di informazione dello Stato. Numerosi ordini organizzativi con una cerchia aperta di destinatari non danno luogo a una controversia individuale, sia perché non possono essere classificati come una controversia, sia perché non incidono sulla posizione giuridica di una persona con sufficiente intensità. Pertanto, la riassegnazione dell'indirizzo di un'abitazione, la modifica dell'itinerario di un 24

autopostale e la stesura degli orari dei treni non danno luogo a controversie individuali. La chiusura di un ufficio postale è invece controversa.

### d. Elemento concettuale (3): degno di protezione

25 L'ultimo elemento concettuale di "controversia" ("degna di tutela") richiede che la decisione giudiziaria influisca sulla posizione giuridica della persona interessata. Quest'ultimo deve avere un interesse attuale e concreto alla tutela giuridica. La dottrina e la giurisprudenza sono orientate verso l'interesse attuale e concreto alla tutela giuridica ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 della Legge federale sulla procedura amministrativa (VwVG). Tuttavia, poiché l'ambito di applicazione dell'art. 29a della Cost. è definito in modo costituzionalmente autonomo, non si può fare affidamento sui presupposti del ricorso amministrativo. Il terzo elemento concettuale di "controversia giuridica" deve piuttosto essere interpretato alla luce dell'art. 6 comma 1 CEDU.

26 In questo contesto, l'interesse pratico non pone alcun problema. Questo va sempre affermato se una decisione giudiziaria ha un impatto giuridico o fattuale sulla posizione giuridica della persona interessata. La circoscrizione dell'interesse concreto è più problematica. Secondo la giurisprudenza sull'art. 48 cpv. 1 VwVG, l'attualità dell'interesse alla protezione giuridica cessa non appena lo svantaggio non può più essere rimediato se il ricorso viene accolto. Tuttavia, un diritto costituzionale e convenzionale alla tutela giuridica può sussistere anche se lo svantaggio è irreversibile e può essere accertata solo l'illegittimità di un atto statale. In particolare, nel caso di atti reali, il pregiudizio è di solito già cessato al momento della tutela giuridica (cfr. n. 28 s.). In tali situazioni, esiste comunque un interesse alla tutela giuridica ai sensi dell'articolo 29a della Costituzione federale, che mira almeno ad accertare una violazione della legge. Pertanto, un candidato respinto dovrebbe avere la possibilità di far accertare dai tribunali la considerazione arbitraria o giuridicamente diseguale di un'altra persona da parte dell'autorità di nomina, anche se la posizione contestata è stata nel frattempo occupata.

27 Sulla base del requisito dell'interesse attuale e pratico, le decisioni provvisorie sono escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 29a Cost. se possono ancora essere impugnate con la decisione finale senza svantaggi. Almeno per il momento, in questi casi manca l'interesse pratico e attuale. Ciò corrisponde in linea di principio alla prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non assoggetta le misure provvisorie all'articolo 6 comma 1 della CEDU.

Tuttavia, nella sentenza Micallef, la Corte ha modificato ed esteso la propria giurisprudenza. Se un'ordinanza amministrativa pregiudica un "diritto civile" già nel periodo precedente la decisione sul merito, le garanzie dell'articolo 6 comma 1 della CEDU devono essere rispettate. In casi eccezionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ammette che non tutti gli elementi dell'articolo 6 comma 1 della CEDU possano essere realizzati in una fase iniziale del procedimento. Secondo la prassi giudiziaria svizzera, le decisioni superprovvisorie in materia di protezione dei minori e degli adulti e le ordinanze che ripristinano o revocano l'effetto sospensivo di un ricorso rientrano in questa eccezione. La giurisprudenza Micallef non si applica alla determinazione provvisoria di un importo dell'imposta sul valore aggiunto da parte dell'Amministrazione federale delle contribuzioni; la relativa sentenza non può essere appellata a un tribunale indipendente dall'amministrazione.

## 2. Atti reali

Il diritto processuale pubblico è incentrato sull'ordine: Solo l'ordine apre la strada alla tutela legale. La garanzia del ricorso legale infrange questa regola ferrea. L'incidenza su una posizione giuridica meritevole di tutela non dipende né dalla forma dell'atto in questione né dall'intenzione normativa dell'organo statale. L'ambito materiale di applicazione dell'art. 29a Cost. si estende a ogni atto od omissione ufficiale che incide su posizioni giuridiche definite dall'ordinamento giuridico (cfr. n. 18 e segg.). Pertanto, anche un'azione concreta sotto forma di atto reale può dare origine a una "controversia legale". 28

A livello federale, la tutela giuridica contro gli atti reali si basa sull'art. 25a VwVG. Di conseguenza, una persona può chiedere una decisione su un atto reale se ne è personalmente colpita e può dimostrare un interesse degno di protezione. La legge federale garantisce quindi la tutela giuridica degli atti reali attraverso la "deviazione" di un ordine su richiesta. Questa soluzione è compatibile con l'articolo 29a della Cost. perché la garanzia del ricorso legale non richiede l'impugnabilità diretta degli atti reali. Nella misura in cui il diritto cantonale non prevede una protezione giuridica comparabile, i Cantoni sono obbligati direttamente, sulla base dell'art. 29a Cost. a garantire la protezione giuridica da parte dei tribunali quando gli atti reali incidono su posizioni giuridiche degne di protezione. L'art. 29a Cost. non specifica come i Cantoni adempiano al loro mandato di protezione giuridica. Possono adottare la soluzione dell'art. 25a VwVG, elevare l'atto reale stesso a oggetto di 29

contestazione (come fa il Cantone dei Grigioni) o prevedere un obbligo a monte di emettere un'ordinanza.

### 3. Ordinanze amministrative interne

30 Le ordinanze amministrative interne ("actes internes") rientrano tra le forme di azione non impugnabili del diritto amministrativo generale. Secondo l'accezione tradizionale, sono rivolte esclusivamente all'amministrazione, quindi non incidono sullo status giuridico di persone esterne all'amministrazione e si limitano, nel rapporto interno, a ordini organizzativi privi di effetti giuridici reali. Poiché il termine "controversia legale" di cui all'art. 29a della Cost. deve essere definito in modo autonomo (cfr. n. 16), anche un ordine amministrativo interno che non può essere impugnato di per sé può costituire una "controversia legale". In particolare, gli ordini di servizio in un rapporto di lavoro di diritto pubblico possono incidere su posizioni giuridiche meritevoli di tutela. Se l'ordine incide sui diritti fondamentali del destinatario, la tutela legale deve essere disponibile in tribunale. La giurisprudenza delle più alte corti afferma l'applicabilità dell'art. 29a Cost. ad esempio nel caso di decisioni di trasferimento con effetti considerevoli sulla vita privata e di ordini di indossare simboli religiosi in modo visibile.

31 Problemi analoghi di tutela legale sono posti dagli ordini di servizio generali-astratti (i cosiddetti ordini amministrativi di esecuzione). Questi riassumono una prassi amministrativa e mirano a garantire l'applicazione uniforme e paritaria del diritto sostanziale. Se l'ordine amministrativo incide su una posizione giuridica meritevole di tutela di una persona esterna all'amministrazione, questa deve poter agire in giudizio contro di esso. In molti casi, nel contesto delle ordinanze amministrative è possibile ottenere un atto concreto di applicazione della legge, che a sua volta può essere impugnato. L'impugnabilità diretta dell'ordinanza amministrativa viene messa in discussione solo se il privato non può ottenere un'ordinanza fin dall'inizio. Questa restrizione è compatibile con l'art. 29a della Cost. La tutela giuridica dei destinatari dell'ordine amministrativo all'interno di un'autorità deve essere valutata in modo analogo. Essi devono potersi difendere in tribunale da un ordine ufficiale specifico che incide su una posizione giuridica degna di tutela. D'altra parte, la possibilità di impugnare astrattamente l'ordine amministrativo non può essere desunta dall'articolo 29a della Cost. (sul controllo astratto delle norme, cfr. anche n. 21).

## IV. CONTENUTO PARZIALE DELLA GARANZIA DEL RICORSO GIURISDIZIONALE

I requisiti per la tutela giudiziaria derivanti dall'art. 29a della Cost. possono essere suddivisi in tre parti. In primo luogo, l'organo giudicante – il tribunale ai sensi dell'art. 29a Cost. – deve garantire un'effettiva tutela giuridica (contenuto organizzativo, cfr. n. 33 e segg.). In secondo luogo, la legislazione non deve ostacolare il percorso verso questo tribunale attraverso ostacoli tecnici legali (contenuto procedurale, cfr. n. 37 e segg.). In terzo luogo, la tutela giuridica effettiva è definita da una certa finalità: il tribunale adito deve essere in grado di migliorare effettivamente la situazione giuridica della persona che chiede giustizia (contenuto finale, cfr. n. 40 e segg.). 32

### A. Contenuto parziale organizzativo: tutela giuridica da parte di un tribunale

Nel suo ambito di applicazione, l'articolo 29a della Cost. conferisce ai titolari dei diritti fondamentali il diritto a un'unica valutazione giudiziaria della loro "controversia legale". I requisiti costituzionali minimi per l'organizzazione di un tribunale derivano principalmente dagli artt. 29–32 Cost., dall'art. 191 Cost. e dall'art. 191c Cost. e dall'art. 6 comma 1 CEDU. Un tribunale ai sensi dell'art. 29a Cost. deve essere indipendente da altri organi statali, deve decidere senza essere influenzato dalle parti e deve basare il suo giudizio sullo standard di legge. Il nome del tribunale è irrilevante; anche le autorità giudiziarie speciali (ad esempio le commissioni d'appello cantonali) possono essere tribunali ai sensi della Costituzione federale. La legge sul Tribunale federale, entrata in vigore contemporaneamente alla garanzia del ricorso legale, concretizza l'art. 29a della Cost. in questo contesto: i Cantoni sono tenuti a istituire tribunali a cognizione piena come tribunali inferiori (diretti) del Tribunale federale. 33

Questi tribunali inferiori cantonali attuano la garanzia di ricorso legale laddove nessun tribunale federale di prima istanza (Tribunale penale federale, Tribunale amministrativo federale, Tribunale federale dei brevetti) è competente. Nelle relazioni intercantonali, i Cantoni devono assicurare i requisiti della garanzia di ricorso legale mediante un concordato o la designazione di un tribunale cantonale. La tutela giuridica da parte del Tribunale federale non soddisfa di per sé i requisiti dell'art. 29a Cost. perché il Tribunale federale non ha una conoscenza completa dei fatti e si limita a 34

verificare l'arbitrarietà dell'applicazione del diritto cantonale. Se la legge procedurale applicabile non prevede un organo giudiziario, alla persona interessata deve essere offerto un rimedio giuridico costituzionalmente conforme direttamente sulla base dell'art. 29a Cost.

35 L'efficacia della tutela giudiziaria dipende, nella sua attuazione pratica, dalle risorse materiali e umane a disposizione della magistratura. Senza un'infrastruttura basata sulle necessità, un tribunale non può adempiere efficacemente al suo mandato di protezione giuridica. Di conseguenza, le risorse finanziarie della magistratura devono essere allineate ai requisiti costituzionali. Anche per quanto riguarda il personale, la dotazione deve essere tale da consentire di decidere una "controversia legale" entro un periodo di tempo ragionevole. In questo contesto, la magistratura laica, ancora diffusa nei Cantoni, pone dei problemi. Anche se il coinvolgimento di persone senza formazione giuridica è compatibile con il diritto di rango superiore, l'effettiva tutela giuridica non può prescindere dalle qualifiche delle persone che amministrano la giustizia. Almeno la persona che presiede un tribunale dovrebbe quindi avere una formazione giuridica e, se necessario, ulteriori qualifiche.

36 L'ampio margine di manovra dell'azione legislativa (cfr. n. 2) rende difficile ricavare dall'art. 29a della Cost. requisiti più ampi per l'organizzazione del sistema di protezione giuridica. Pertanto, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, ai fini dell'efficacia della tutela giuridica è irrilevante che il legislatore preveda un ricorso di diritto civile o di diritto pubblico. È inoltre compatibile con la garanzia del ricorso legale il fatto che l'accesso al Tribunale federale non sia aperto, soprattutto perché secondo il concetto di base dell'art. 29a Cost. le corti giudiziarie inferiori al Tribunale federale assicurano la protezione legale (cfr. n. 4). Infine, la garanzia del ricorso legale non richiede alcuna possibilità di contestazione all'interno dell'amministrazione, né un'istanza specifica di ricorso e neppure un riesame astratto delle norme (cfr. n. 21).

## B. Contenuto parziale procedurale: accesso a un tribunale

37 Anche nell'ambito di applicazione dell'art. 29a Cost. l'accesso alla giustizia rimane legato a requisiti procedurali. La garanzia di ricorso non fornisce all'avente diritto un "passe-partout" procedurale. L'interessato deve dimostrare di possedere i consueti requisiti per l'accesso, pagare un anticipo

sulle spese, se necessario, e condurre il procedimento in conformità con il diritto processuale applicabile. In dottrina si discute se questi prerequisiti procedurali siano una restrizione della garanzia del ricorso legale o una disposizione legislativa ammissibile. La discussione è in gran parte teorica, poiché è indiscutibile che almeno i requisiti di ingresso e di processo usuali non comportano una restrizione sproporzionata dell'art. 29a Cost. Tuttavia, si dovrebbe ipotizzare una restrizione che richiede una giustificazione se la legislazione crea nuovi requisiti formali combina gli ostacoli formali esistenti in modo tale che l'accesso al tribunale esista solo sulla carta (cfr. n. 2). Meno tangibili di queste condizioni procedurali di accesso alla giustizia, ma ugualmente rilevanti ai sensi del diritto costituzionale, sono le barriere fattuali che si frappongono al percorso giudiziario. Tra queste vi sono le carenze di informazione da parte di chi cerca giustizia, le difficoltà di comunicazione linguistica e i costi legali. Questi ultimi possono - sotto forma di costi procedurali - ostacolare direttamente l'accesso al tribunale o - sotto forma di costi non procedurali e procedurali di parte - ostacolare indirettamente l'applicazione di un diritto. I costi legali proibitivi violano in ogni caso l'articolo 29a della Cost. Tuttavia, le conseguenze finanziarie dell'esecuzione legale possono essere controllate solo debolmente dai principi costituzionali. La garanzia del ricorso legale richiede che il legislatore valuti attentamente gli interessi toccati dalle spese processuali (cfr. n. 54 s.). Per contro, una persona che chiede giustizia non può trarre dall'art. 29a Cost. un diritto incondizionato alla libera amministrazione della giustizia.

Nell'ambito di applicazione del Codice federale di procedura penale e civile, praticamente tutti gli atti procedurali possono essere deferiti a un tribunale per legge. Nel sistema correzionale regolato a livello cantonale si riscontrano ancora alcune lacune nella protezione giuridica. Inoltre, la procedura d'ingiunzione penale solleva alcuni problemi di tutela legale che sono legati alla sua concezione di base. Il procedimento per decreto penale pone una grande responsabilità procedurale all'imputato. A differenza del procedimento penale ordinario, i fatti del caso e l'applicazione della legge sono in gran parte a disposizione dell'imputato. L'ufficio del pubblico ministero ha la possibilità di presentare una proposta di sentenza, che l'imputato può accettare o respingere con un'obiezione. Se l'imputato non si oppone al decreto penale entro 10 giorni, questo diventa formalmente giuridicamente vincolante. Questo ordine procedurale è problematico dal punto di vista dello Stato di diritto se la persona destinataria dell'ordine di pena non è a conoscenza della 38

decisione contro di lei o non la comprende. La giurisprudenza del Tribunale federale è giustamente rigorosa per quanto riguarda la notifica di un ordine di penalità. In linea di principio, la finzione della notificazione non è applicabile al procedimento di penalizzazione. In caso contrario, si potrebbe verificare un accumulo di due finzioni - la finzione della notifica e la finzione della rinuncia all'obiezione - che sarebbe incompatibile con la garanzia del ricorso legale. È inoltre discutibile se la procedura di condanna del Codice di procedura penale sia compatibile con la CEDU se il pubblico ministero impone una pena detentiva. A quanto risulta, la Corte europea dei diritti dell'uomo non si è ancora pronunciata sulla questione, ma la situazione giuridica in Svizzera contraddice le raccomandazioni del Consiglio d'Europa. Inoltre, la dottrina sottolinea il discutibile spostamento della responsabilità processuale sull'imputato, che porta a un'inattività della garanzia del ricorso legale e delle funzioni costituzionali della magistratura ad esso associate.

39 Nell'ambito del diritto pubblico, i Cantoni sono obbligati, in base all'art. 29a della Cost., a prevedere un controllo giurisdizionale in caso di "controversie legali" in relazione ad azioni amministrative non soggette a ingiunzione (cfr. N. 28 s.). Lo stesso vale per le ordinanze amministrative interne che producono effetti su una posizione giuridica meritevole di tutela (cfr. n. 30 s.). Se il diritto procedurale e organizzativo applicabile non prevede l'accesso a un tribunale che soddisfi i requisiti di cui all'articolo 29a della Cost. L'avente diritto non può essere deferito a un procedimento di ricorso di vigilanza. Ciò non soddisfa i requisiti costituzionali perché la persona che segnala il caso non gode dello status di parte e il procedimento non è volto a ripristinare la situazione di diritto.

## C. Contenuto parziale finale: protezione giuridica effettiva

40 L'art. 29a Cost. richiede che la magistratura esamini in modo completo la "controversia legale" in fatto e in diritto. Se un tribunale limita la sua densità di controllo all'arbitrarietà senza una giustificazione fattuale, viola la garanzia di ricorso legale. Nel diritto penale e civile, dove di solito il tribunale decide in prima istanza ai sensi dell'art. 29a della Cost. La situazione è diversa nel diritto pubblico.

41 Nel diritto pubblico, i tribunali si pronunciano generalmente come seconda o terza istanza e riesaminano una decisione esistente. Quando le corti inferiori dei tribunali amministrativi hanno un vantaggio in termini di conoscenze, si

pone la questione di quanto debba estendersi il controllo giurisdizionale. Il legislatore può esentare un settore dal controllo giurisdizionale attraverso la legge sostanziale stessa. Un ordine corrispondente è vincolante per la magistratura e compatibile con l'art. 29a Cost. Tuttavia, è spesso difficile estrarre dal diritto sostanziale una direttiva chiara sulla divisione dei compiti tra amministrazione e magistratura. Nella pratica amministrativa, quindi, si sono affermati vari modelli di argomentazione che equivalgono a una ridotta densità del controllo giudiziario. La magistratura si trattiene tipicamente in due costellazioni. In primo luogo, quando l'organo giurisdizionale di grado inferiore possiede competenze tecniche che mancano al tribunale. Si tratta della cosiddetta discrezionalità esperta dell'amministrazione. L'obiettivo è quello di far fruttare le competenze specialistiche nell'attuazione del programma normativo legislativo. In secondo luogo, i tribunali amministrativi concedono ai tribunali di grado inferiore una discrezionalità nella valutazione delle diverse circostanze locali. Questa cosiddetta discrezionalità di adattamento garantisce che il controllo legale (completo) sia effettuato da un organo particolarmente vicino all'oggetto della normativa. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, tali decisioni discrezionali non violano la garanzia di ricorso legale. In altre parole, il controllo richiesto dall'art. 29a Cost. non si estende all'adeguatezza di una decisione amministrativa.

Dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, le decisioni discrezionali 42
dell'amministrazione comportano una violazione del livello di controllo giudiziario costituzionalmente richiesto. Tuttavia, la tradizione dell'amministrazione interna della giustizia in Svizzera (cfr. n. 6) rende chiaro che la protezione giuridica non deve essere intesa esclusivamente come protezione giudiziaria. La richiesta di un "maggiore" controllo giudiziario corre il rischio di "giudizializzare" l'ambito decisionale di fatto giustificabile delle istanze inferiori. Anche le competenze dell'amministrazione rimarrebbero in gran parte inutilizzate se un tribunale si sostituisse all'istanza inferiore nella discrezionalità peritale e di adeguamento. L'efficacia della garanzia di ricorso legale dovrebbe invece essere valutata con riferimento all'intera procedura (cfr. n. 8). Una riduzione di fatto giustificabile della densità di revisione è quindi costituzionalmente ammissibile, a condizione che la protezione legale sia ancora efficace sull'intera gamma di istanze. In pratica, in questo contesto si riscontrano meccanismi di compensazione che partono dalle corti inferiori dei tribunali amministrativi e compensano la ridotta

densità dei ricorsi. In primo luogo, esistono possibilità di ricorso amministrativo interno e di appello. Entrambi consentono un riesame da parte di esperti a distanza dall'autorità che decide. Laddove non sia disponibile un tale controllo amministrativo interno, il Tribunale federale richiede una procedura amministrativa particolarmente accurata in determinate controversie. Una terza via è rappresentata dal diritto organizzativo. L'efficacia della tutela giuridica può essere garantita dalla specializzazione. Grazie alla specializzazione, un tribunale amministrativo può confrontarsi professionalmente con i tribunali su un piano di parità e svolgere un controllo più intenso rispetto ai tribunali non specializzati.

43 Una tutela legale efficace deve iniziare quando una posizione giuridica è stata violata. Dal punto di vista delle persone colpite, si tratta di ripristinare lo stato di diritto. Questo contenuto parziale della garanzia di ricorso legale può essere inizialmente compromesso dal fattore tempo. Termini di prescrizione brevi, ad esempio, comportano il rischio che un credito non possa più essere fatto valere a causa del trascorrere del tempo prima che i danneggiati ne vengano a conoscenza. Ciò viola la garanzia del ricorso legale. Nel periodo che precede una decisione giudiziaria, le parti devono anche avere la possibilità di creare una situazione attraverso un intervento ufficiale che sia comunque accessibile a un controllo giudiziario efficace in un momento successivo. In alcune circostanze, la garanzia del ricorso legale richiede l'effetto sospensivo di un appello o l'emissione di misure cautelari. Oltre al fattore tempo, anche i poteri del tribunale adito giocano un ruolo nell'efficacia della tutela legale. Solo un tribunale che può annullare una decisione contestata e porre rimedio a una situazione illegale soddisfa i requisiti costituzionali. Il diritto procedurale e sostanziale applicabile determina in anticipo quali poteri spettano a un tribunale (ad esempio, accertamento di una violazione della legge, pagamento di un risarcimento, ripristino dello status giuridico precedente). Se alla magistratura non vengono forniti strumenti efficaci o sono insufficienti, un tribunale può fare affidamento direttamente sull'art. 29a Cost. per ripristinare effettivamente lo stato di diritto. Tuttavia, è necessario tenere conto dell'"autorevolezza" della legge federale. Il potere giudiziario non può correggere una decisione preliminare del legislatore federale sulla base dell'art. 29a Cost.

## V. ECCEZIONI, LIMITAZIONI E RINUNCE

La garanzia di ricorso non è assoluta. Innanzitutto, gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non sono in linea di principio impugnabili (cfr. n. 45 e segg.). Inoltre, l'art. 29a frase 2 Cost. consente al legislatore di derogare alla garanzia di ricorso. Tali eccezioni specifiche richiedono una giustificazione speciale (cfr. n. 48 e segg.). Le restrizioni dell'art. 29a della Cost. vanno distinte da queste. Mentre le eccezioni specifiche per area riguardano il contenuto organizzativo dell'art. 29a Cost. 44

### A. Atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale

Ai sensi dell'art. 189 cpv. 4 frase 1 Cost. gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere impugnati davanti al Tribunale federale. Questa disposizione collega l'esclusione dell'impugnabilità all'organo decidente. Si basa sulla teoria francese degli "actes de gouvernement", secondo la quale tutti gli atti del governo e del parlamento sono politici e quindi non impugnabili. In questo contesto, l'art. 189, comma 4, frase 1 Cost. esclude non solo – come suggerirebbe la formulazione – l'appellabilità al Tribunale federale, ma a tutti i tribunali. 45

La teoria degli "actes de gouvernement" è difficilmente sostenibile nella sua generalità, così come è realizzata nell'art. 189 comma 4 frase 1 Cost. Le decisioni del Consiglio federale e dell'Assemblea federale che incidono su posizioni giuridiche individuali possono certamente essere sottoposte a controllo giudiziario, anche se solo per quanto riguarda la loro conclusione procedurale. Inoltre, la Svizzera è tenuta a garantire la tutela giudiziaria contro le decisioni del Consiglio federale e dell'Assemblea federale che rientrano nell'ambito delle garanzie internazionali di ricorso (art. 6 comma 1 CEDU; art. 14 comma 1 Patto ONU II). Questa circostanza, così come il contenuto dell'art. 29a della Costituzione federale, deve essere presa in considerazione quando si elaborano contro-eccezioni all'art. 189 cpv. 4 frase 1 della Costituzione federale basate sulla frase 2 di questa disposizione. La revisione degli atti parlamentari e governativi con effetti su posizioni giuridiche individuali meritevoli di tutela (cfr. n. 18 e segg.) dovrebbe essere affidata alla magistratura. 46

Gli esempi di applicazione dell'art. 189 cpv. 4 frase 1 Cost. presentano un quadro variopinto: I memorandum esplicativi del Consiglio federale sulle 47

votazioni, la decisione del Consiglio federale di approvare una struttura tariffaria per i fornitori di servizi dell'assicurazione sanitaria obbligatoria, le decisioni del Consiglio federale nel campo della sicurezza interna ed esterna del Paese, gli atti di grande amministrazione e la garanzia di una costituzione cantonale da parte dell'Assemblea federale non possono essere contestati. Nell'ambito dei diritti politici, l'art. 189 cpv. 4 frase 1 della Costituzione federale esclude l'impugnazione diretta degli atti del Consiglio federale; tuttavia, in via eccezionale, il Tribunale federale concede una tutela giurisdizionale diretta sulla base dell'art. 29a della Cost. se in seguito vengono scoperte irregolarità nelle votazioni o nelle elezioni federali che potevano falsare la formazione della volontà. Il controllo del Tribunale federale è diretto alla "situazione informativa nel periodo precedente il referendum". Poiché in questa specifica costellazione è in primo piano la questione giuridica se la libertà di elezione e di voto sia stata violata, sembra giustificabile, almeno nel risultato, che il Tribunale federale garantisca la protezione giuridica come unica istanza giudiziaria, anche se la cognizione del Tribunale federale non soddisfa di per sé i requisiti dell'art. 29a della Cost. Tuttavia, se valutata alla luce dei criteri costituzionali, questa situazione giuridica rimane insoddisfacente e dovrebbe essere adattata ai requisiti della garanzia di ricorso legale. Una possibile soluzione è quella di aprire la giurisdizione del Tribunale federale in alcuni casi, ad esempio nei casi di diritto di voto federale.

## B. Eccezioni legali (art. 29a frase 2 Cost.)

48 Ai sensi dell'art. 29a frase 2 Cost. la Confederazione e i Cantoni possono escludere per legge la valutazione giudiziaria in casi eccezionali. Questa clausola di eccezione si applica solo nell'ambito di applicazione dell'art. 29a Cost. Una controversia che non soddisfa gli elementi concettuali di una "controversia legale" non rientra nella garanzia di ricorso legale fin dall'inizio. La dottrina parla in questo caso di eccezioni non genuine all'art. 29a Cost. Un'eccezione genuina ai sensi dell'art. 29a frase 2 Cost. esclude la valutazione giudiziaria, sebbene questa sia necessaria in linea di principio. Per essere ammissibile, un'eccezione genuina deve basarsi su un chiaro fondamento giuridico. L'esclusione deve avere la forma di una legge in senso formale (aspetto del livello della norma) e sufficientemente chiara (aspetto della definitività della norma). Come requisito sostanziale, si presuppone un

interesse pubblico qualificato che giustifichi l'esclusione del controllo giurisdizionale.

La clausola di eccezione di cui all'art. 29a frase 2 Cost. deve essere applicata in modo restrittivo. Le eccezioni vere e proprie vengono prese in considerazione principalmente in questioni con un forte carattere politico. Il carattere politico di una controversia deve essere chiaramente in primo piano e deve prevalere sugli interessi privati eventualmente coinvolti. Un potere discrezionale concesso all'autorità decisionale non costituisce una controversia politica. Almeno i limiti dell'esercizio del potere discrezionale (abuso, superamento o carenza del potere discrezionale) sono giustiziabili. Se la colorazione politica di una questione possa in ultima analisi giustificare l'esclusione del controllo giurisdizionale deve essere decisa in una valutazione complessiva degli interessi costituzionali coinvolti. Nel farlo, il legislatore deve occuparsi specificamente delle singole "controversie giuridiche". Un'esclusione generale di determinate categorie di casi sulla base di criteri astratti - ad esempio l'organo decidente - non sarebbe compatibile con l'art. 29a Cost. 49

A livello federale, l'art. 29a frase 2 Cost. ha un significato indipendente limitato per due motivi. Da un lato, l'art. 189 cpv. 4 frase 1 Cost. sottrae gli atti del Consiglio federale e dell'Assemblea federale al controllo giurisdizionale (cfr. n. 45). In secondo luogo, le disposizioni federali sono "autorevoli" per i tribunali ai sensi dell'art. 190 Cost. Pertanto, l'art. 32 VGG esclude la tutela giudiziaria nelle singole questioni di fatto. Sebbene la disposizione sia troppo restrittiva secondo una parte della dottrina, essa rimane vincolante sulla base dell'art. 190 Cost. a meno che una controversia non ricada anche nell'art. 6 comma 1 CEDU (cfr. n. 4). 50

Nell'ambito della giurisdizione dei cantoni, la clausola di eccezione dell'art. 29a frase 2 Cost. è concretizzata dall'art. 86 cpv. 3 BGG. I Cantoni possono prevedere autorità non giudiziarie come tribunali inferiori diretti del Tribunale federale per "decisioni di carattere prevalentemente politico". Il carattere prevalentemente politico può derivare dal contenuto della decisione o dal suo contesto politico; in ogni caso, deve essere evidente e consentire agli interessi privati di passare in secondo piano. Tra le decisioni di carattere prevalentemente politico rientrano, ad esempio, l'elezione di un giudice amministrativo cantonale, l'esercizio della sovrintendenza parlamentare, l'indulto, il rifiuto di autorizzare l'esercizio dell'azione penale nei confronti di 51

un magistrato, la decisione di fondere comuni e distretti scolastici; non lo sono, invece, la decisione del governo cantonale di Ginevra di esentare una fondazione dalla cosiddetta imposta unica di registro e di successione e l'assegnazione di una concessione di diritti d'acqua, se i diritti e gli obblighi del concessionario sono regolati in dettaglio.

## C. Restrizioni

52 I diritti fondamentali procedurali stabiliscono delle "garanzie minime" procedurali che non possono essere né limitate né ridotte. Tuttavia, ciò non vale per tutti i loro elementi. A ben vedere, anche la garanzia del ricorso legale è almeno parzialmente limitabile. Tali restrizioni vanno distinte dalle eccezioni vere e proprie ai sensi dell'art. 29a frase 2 Cost. Se sono soddisfatti i requisiti per una vera eccezione (cfr. n. 48), la legislazione può sottrarre completamente una "controversia legale" al controllo giudiziario. Il contenuto organizzativo dell'art. 29a Cost. ne risente. Le restrizioni, invece, incidono sul contenuto procedurale e finale dell'art. 29a BV. L'accesso al tribunale è reso più difficile, ma non è escluso.

53 Le restrizioni dell'Art. 29a Cost. sono soggette a requisiti meno severi rispetto alle eccezioni vere e proprie ai sensi dell'Art. 29a frase 2 Cost. Sebbene debbano anch'esse poggiare su un fondamento giuridico, l'esigenza di flessibilità legislativa deve essere presa in considerazione nel livello e nella definitività della norma. Inoltre, le restrizioni alla garanzia di ricorso legale devono rispondere a un interesse pubblico ed essere proporzionate. Interessi pubblici legittimi esistono, in particolare, in un corso efficiente dei procedimenti e nella prevenzione di procedimenti giudiziari non necessari. Entrambi sono così importanti da giustificare una restrizione del contenuto procedurale e finale dell'art. 29a Cost. Anche una serie di istituti processuali che servono a snellire i procedimenti sono considerati inoppugnabili dal diritto costituzionale (come i "soliti" requisiti di ingresso e di processo per una sentenza di merito, le disposizioni sulla forma e sui termini e l'obbligo di anticipare le spese). A medio e lungo termine, la digitalizzazione del sistema giudiziario solleverà la questione della misura in cui la comunicazione esclusivamente informatica con e attraverso i tribunali limiterà l'accesso alla giustizia. Per le persone prive delle corrispondenti competenze tecniche e linguistiche, il passaggio alla comunicazione digitale può infatti compromettere la garanzia di ricorso alla giustizia. In questo contesto,

l'accesso digitalizzato ai tribunali è soggetto agli stessi criteri costituzionali dell'accesso analogico. Oltre al requisito dell'accessibilità generale, deve essere rispettato il divieto di eccessivo formalismo.

54 Le spese processuali rappresentano una restrizione praticamente molto significativa dell'art. 29a Cost. Secondo uno studio pubblicato nel 2021, le spese giudiziarie per l'esecuzione di un credito di diritto civile di 100.000,00 franchi ammontano in media a 8.189,00 franchi in tutta la Svizzera. A ciò si aggiungono ulteriori spese legali (onorari del proprio avvocato, costi di una procedura probatoria, eventualmente onorari dell'avvocato della controparte). Il rischio di costo si aggira probabilmente intorno ai 34.330,00 franchi. Queste spese legali sono considerevoli, rendono difficile l'esecuzione del credito e sono problematiche alla luce dell'art. 29a Cost. Le spese giudiziarie sono il fattore di costo su cui lo Stato può influire direttamente. La loro riscossione è di interesse pubblico per due motivi principali. In primo luogo, le spese giudiziarie rappresentano la remunerazione delle attività della magistratura e sono quindi di rilevanza fiscale. In secondo luogo, le spese processuali possono evitare procedimenti giudiziari inutili come misura preventiva, perché una parte non rischia a cuor leggero un procedimento costoso. Come criteri costituzionali per l'ammontare delle spese processuali, si deve tenere conto dell'aspetto della tutela effettiva dei diritti individuali e delle funzioni della magistratura nell'ambito dello Stato di diritto (cfr. n. 13). Inoltre, devono essere presi in considerazione i principi del recupero dei costi e dell'equivalenza. Mentre il principio del recupero dei costi è di scarsa importanza nel caso delle spese giudiziarie, perché l'esperienza ha dimostrato che la magistratura non può coprire i suoi costi con le proprie entrate, il principio di equivalenza richiede un rapporto ragionevole tra il valore del servizio statale reso e il compenso richiesto.

55 Le funzioni della magistratura nell'ambito dello Stato di diritto (n. 13) svolgono un ruolo più incisivo nel diritto processuale pubblico che nel diritto civile. Tali procedimenti possono, ad esempio, riguardare la protezione delle generazioni future. L'interesse pubblico all'esito del procedimento depone a favore di una tutela legale a bassa soglia – e ciò significa anche a basso costo. In questo contesto, la legislazione dovrebbe distinguere più nettamente di quanto fatto finora tra i diversi tipi di procedimento e basare le spese processuali sulla misura in cui un procedimento serve anche alla realizzazione di interessi pubblici.

## D. Rinuncia

56 La persona titolare dei diritti fondamentali può rinunciare alla tutela giudiziaria e sottoporsi all'arbitrato privato. Secondo la prassi delle più alte corti, il fatto che non vi sia un diritto alla libera amministrazione della giustizia nei procedimenti arbitrali è compatibile con l'art. 29a Cost. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo distingue inoltre a seconda che la persona interessata si sia sottoposta volontariamente all'arbitrato o sia stata costretta ("forcé[e]") a farlo. Una clausola arbitrale forzata ai sensi della giurisprudenza può essere ipotizzata, ad esempio, nel caso di disposizioni arbitrali non negoziabili nello statuto di un'associazione sportiva. La clausola arbitrale volontariamente accettata è in linea di principio priva di problemi alla luce dell'art. 6 cpv. 1 CEDU. L'arbitrato "forzato" deve rispettare lo standard procedurale dell'art. 6 cpv. 1 CEDU.

*Stato del commento:* Luglio *2023*.

## LETTURE CONSIGLIATE

Bickel Jürg/Oeschger Magnus/Stöckli Andreas, Die verfahrensfreie Verfügung, ZBl 2009, S. 593–624.

Corboz Bernard, La protection des droits ou la justice en question, ZSR 1988 II, S. 159–213.

Martin Pierre, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, S. 9–153.

Müller-Graf Thomas, Entrechtlichung durch Informalisierung?, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2001.

Pfenninger Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns: Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg 1996.

Plattmann-Steiner Roland, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Diss. Basel, Zürich 1990.

Richli Paul, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, AJP 1998, S. 1426–1442.

Rhinow René, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 657–672.

Rohner Christoph, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, S. 220–299.

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Rechte und Pflichten? Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 69–79.

Tschopp-Christen Marianne, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Art. 25a VwVG), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009.

## L'AUTORE

PD Dr. iur. Matthias Kradolfer, avvocato, è giudice senior, giudice federale a tempo parziale e docente privato di diritto pubblico all'Università di Zurigo.

## I MATERIALI

Bericht über die Totalrevision der Bundesverfassung (Motionen Obrecht und Dürrenmatt) vom 6. November 1985, BBl 1985 III 1 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1985/3_1__/de (zit. Bericht Totalrevision Bundesverfassung).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348 ff. (zit. Botschaft VwVG).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de (zit. Botschaft neue Bundesverfassung).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de (zit. Botschaft Totalrevision der Bundesrechtspflege).

Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Juni

1997), verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege.html (zit. Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege).

Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/archive (zit. Expertenkommission).

Reform der Bundesverfassung. Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html (zit. Erläuterungen Verfassungsentwurf [1995]).

## BIBLIOGRAFIA

Aemisegger Heinz/Haag Stephan, Kommentierung zu Art. 33 RPG, in: Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich et al. 2020 (zit. RPG-Praxiskomm.-Aemisegger/Haag).

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000.

Bachmann Gregor, Anspruch auf Verfahren und Entscheid. Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Bern 2019.

Beusch Michael, Auswirkungen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV auf den Rechtsschutz im Steuerrecht, ASA 2005, S. 709–754.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini).

Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Rechtsschutzlücken, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Zürich 2013, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/evaluation/ber-zfr-eval-bundesrechtspflege-d.pdf.

Binder Anja Martina, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Zürich et al. 2016.

Bisaz Corsin, Die direkte Anfechtbarkeit von Realakten im Verfahrensrecht des Kantons Graubünden, ZBl 2020, S. 3–20.

Boillat Philippe/O'Flaherty Michael, Handbook on European law relating to access to justice, Luxemburg 2016.

Boller Marcel, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie, Die Rekonstruktion eines materiellen Rechtsstaatsbegriffs und sein Nachweis in der US-amerikanischen Klausel des due process und der Rechtsweggarantie, Zürich et al. 2016.

Brunner Arthur, Gefährden die Verfahrenskosten die Verwirklichung des objektiven Verwaltungsrechts?, BVR 2022, S. 262–283.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux. Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018.

Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (Neudruck Aalen 1963).

Flückiger Alexandre, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Bern 1998.

Flückiger Thomas, Welchen Beitrag leisten die Gerichte zur Effektivität des Rechtsschutzes im Sozialversicherungsrecht?, in: Stephan Fuhrer/Ueli Kieser/Stephan Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich – des différentes voies menant à la réparation du dommage, Zürich et al. 2022, S. 1105–1126.

Gächter Thomas, Rechtsweg-Garantie: Ein Grundrecht auf Raten, plaidoyer 2006, S. 31–33.

Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., Basel et al. 2021.

Griffel Alain, Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 263–277 (zit. Griffel, Rechtsweggarantie).

Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II: Rechtsstaatlichkeit – Grund- und Menschenrechte, Zürich et al. 2020, S. 1073–1093 (zit. Griffel, Rechtsschutz).

Grodecki Stéphane, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. CR-Grodecki).

Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983.

Haefliger Arthur/Schürmann Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Häner Isabelle, Kommentierung zu Art. 48 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Häner).

Hangartner Ivo, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131–155.

Herzog Ruth, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995 (zit. Herzog, Verwaltungsrechtspflege).

Herzog Ruth, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006, Bern 2007, S. 43–111 (zit. Herzog, Auswirkungen).

Imboden Max, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 1947 II, S. 1a–93a.

Jordan Romain/Grodecki Stéphane, Le droit à l'accès au juge (Art. 29a Cst.) : Une voie redoutable souvent oubliée, Anwaltsrevue 2018, S. 432–439.

Jent-Sørensen Ingrid/Meier Isaak, Was dürfen Zivilgerichte kosten?, ZZZ 2021, S. 498–519, S. 605–624.

Kälin Walter, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994 (zit. Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde).

Kälin Walter, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 1999, S. 49–63 (zit. Kälin, Rechtsweggarantie).

Kaufmann Mathias, Der öffentlichrechtliche Anspruch, Zürich et al. 2015.

Kayser Martin, § 146 Der Zugang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band IX: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Gemeineuropäische Perspektiven und supranationaler Rechtsschutz, Heidelberg 2021, S. 251–337 (zit. Kayser, Zugang).

Kayser Martin, Verwaltungsgerichte und Politik – der lange Abschied von den actes de gouvernement, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich et al. 2012, S. 443–458 (zit. Kayser, Abschied).

Keller Helen, § 225 Garantien fairer Verfahren und rechtliches Gehör, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Heidelberg et al. 2007, S. 639–667.

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001 (zit. Kiener, Unabhängigkeit).

Kiener Regina, Zugang zur Justiz, ZSR 2019 II, S. 5–99 (zit. Kiener, Zugang zur Justiz).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kiss Christina, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998, S. 288–295.

Kley Andreas, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK-Kley).

Kley Andreas, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995.

Koller Heinrich, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBl 2006, S. 57–87 (zit. Koller, Bundesrechtspflege).

Koller Heinrich, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé 34, Zürich 1998, S. 305–336 (zit. Koller, Rechtsweggarantie).

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013.

Krause José, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, Zürich et al. 2017.

Kühne Hans-Heiner, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Hürth 2021 (zit. EMRK-Komm.-Kühne).

Largey Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels, AJP 2019, S. 67–77.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Märkli Benjamin, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Zürich 2022.

Marti Arnold, Die aktuelle Justizreform – Abschluss einer über hundertjährigen Entwicklung hin zur umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer/Wolfgang Portmann/Andreas Thier (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentrag 2006, Zürich et al. 2006, S. 505–525.

Meyer Kilian, Perspektiven der Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, in: Kilian Meyer/Oliver Herrmann/Stefan Bilger (Hrsg.), Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, EIZ Publishing, (ohne Verlagsort) 2021, S. 25–37.

Miehsler Herbert, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Hürth 2021 (zit. EMRK-Komm.-Miehsler).

Mohler Markus, Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, AJP 2007, S. 461–472.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I : Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Markus, Das besondere Rechtsverhältnis, Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. Müller, Rechtsverhältnis).

Müller Markus, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, ZBJV 2004, S. 161–197 (zit. Müller, Rechtsweggarantie).

Müller Markus, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 2019, S. 295–317 (zit. Müller, Grenzsituationen).

Müller Markus, Kommentar zum Urteil 1C_517/2016, ZBl 2017, S. 437–450 (zit. Müller, Kommentar).

Müller Markus, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006, Bern 2007, S. 313–373 (zit. Müller, Verwaltungsrealakte).

Müller Markus, Kommentierung zu Art. 5 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Müller).

Poledna Tomas, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, AJP 1998, S. 914–925.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rhode Deborah L., Access to Justice, Oxford 2004.

Schaub Lukas, Die gerichtlichen Verfahrensgarantien: verkannter Gehalt der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, AJP 2008, S. 1124–1132.

Schindler Benjamin, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, Heidelberg 2019, S. 601–662 (zit. Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit).

Schindler Benjamin, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 2012, S. 215–221 (zit. Schindler, Rechtsschutz).

Schindler Benjamin, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich et al. 2011 (zit. Schindler, Verwaltungsermessen).

Schindler Benjamin, Kommentierung zur Einleitung VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Schindler).

Schmidt-Assmann Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 189 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Seferovic).

Spori Marion, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, AJP 2008, S. 147–152.

Stähelin Beda, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, Zürich/Basel/Genf 2017

Stefanović Valentina, Zugang zum Recht: Der fehlende Rechtsschutz in der Schweiz, in: Jusletter 4. Oktober 2021.

Steinmann Gerold, Kommentierung zu Art. 29 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich et al. 2014 (zit. SGK-Steinmann).

Storskrubb Eva/Ziller Jacques, Access to Justice in European Comparative Law, in: Francesco Francioni (Hrsg.), Access to Justice as a Human Right, Oxford 2007, S. 177–203.

Szente Zoltán, Conceptualizing the principle of effective legal protection in administrative law, in: Zoltán Szente/Konrad Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, A European Comparison, London et al. 2017, S. 4–28.

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2. Aufl., Zürich et al. 2018.

Thurnherr Daniela, Rechtsschutz im Kontext von Soft Law – eine Auslegeordnung, LeGes 2018, S. 2–21 (zit. Thurnherr, Rechtsschutz).

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich et al. 2013 (zit. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln).

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich et al. 2020, S. 1477–1498 (zit. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte).

Tophinke Esther, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 2006, S. 88–110.

Tophinke Esther, Kommentierung zu Art. 86 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Tophinke).

Tschannen Pierre, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999 II, S. 355–455.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 40 Verfahrensgrundrechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021, S. 616–631 (zit. Uhlmann, Verfahrensgrundrechte).

Uhlmann Felix, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 2017, S. 471–489 (zit. Uhlmann, Kontrolle).

Uhlmann Felix, The principle of effective legal protection in Swiss administrative law, in: Zoltán Szente/Konrad Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, A European Comparison, London et al. 2017, S. 304–314 (zit. Uhlmann, Principle).

Uhlmann Felix, Kommentierung zu Art. 5 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich et al. 2016 (zit. VwVG-Praxiskomm.-Uhlmann).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP 2003, S. 747–760 (zit. Waldmann, Justizreform).

Waldmann Bernhard, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 2014 I, S. 489–515 (zit. Waldmann, Anordnungen).

Waldmann Bernhard/Bachmann Gregor, Zur Anfechtbarkeit verwaltungsorganisatorischer Anordnungen, sui-generis 2017, S. 91–101.

Weber Bernhard, Rechtsweggarantie und Totalrevision in der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 1998, S. 177–188.

Weber-Dürler Beatrice/Kunz-Notter Pandora, Kommentierung zu Art. 25a VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Weber-Dürler/Kunz-Notter).

Wiederkehr René, Was sind «schützenswerte Rechtspositionen» nach Art. 29a BV?, AJP 2022, S. 1326–1335.

Wiederkehr René/Egli Philipp, Rechtsweggarantie und Rechtsverhältnislehre: Eine Analyse der neueren Rechtsprechung zu Art. 29a BV, Art. 5, Art. 25 und Art. 25a VwVG, recht 2021, S. 40–54.

Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012.

Zwahlen Henri, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 1947 II, S. 96a–170a.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 30 Cost.

Un commentario di Reto Walther

CITAZIONE SUGGERITA

Reto Walther, Commentario all'art. 30 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Walther, art. 30 Cost. N. XXX.

**Art. 30 Procedura giudiziaria**

[1] Nelle cause giudiziarie ognuno ha diritto d'essere giudicato da un tribunale fondato sulla legge, competente nel merito, indipendente e imparziale. I tribunali d'eccezione sono vietati.

[2] Nelle azioni civili il convenuto ha diritto che la causa sia giudicata dal tribunale del suo domicilio. La legge può prevedere un altro foro.

[3] L'udienza e la pronuncia della sentenza sono pubbliche. La legge può prevedere eccezioni.

# STRUTTURA

I. Storia dell'origine ..... 463
II.Contesto ..... 463
III. Commento in senso stretto ..... 465
A. Ambito di protezione personale ..... 465
B. Tribunale competente, indipendente e imparziale istituito dalla legge (cpv. 1) .. 466
1. Ambito materiale di applicazione ..... 466
2. Legalità del tribunale ..... 468
3. Competenza del tribunale ..... 470
4. Indipendenza e imparzialità del tribunale ..... 471
a. Indipendenza ..... 473
b. Imparzialità ..... 474
c. Nomina (partitica) politica dei giudici ..... 477
5. Mancanza di limitabilità ..... 481
6. Conseguenze legali ..... 482
C. Rivendicazione del luogo di residenza del convenuto civile ..... 482
D. Procedimenti giudiziari pubblici ..... 483
1. Ambito di applicazione e portata ..... 483
2. Limitabilità ..... 486
E. Pronuncia pubblica della sentenza ..... 487
1. Ambito di applicazione e portata ..... 487
2. Limitabilità ..... 488
Letture consigliate ..... 489
Bibliografia ..... 490

## I. STORIA DELL'ORIGINE

Le garanzie dell'art. 30 Cost. conferiscono ai titolari dei diritti fondamentali (per l'ambito di protezione personale, cfr. n. 10 e segg.) diritti direttamente azionabili a un processo equo, uguale e giusto nell'ambito di un procedimento giudiziario (per l'ambito di applicazione materiale, cfr. n. 13 e segg.). L'art. 30 Cost. si basa in parte sulle Costituzioni federali del 1848 e del 1874 (rispettivamente artt. 50 e 53 e artt. 58 e 59), in parte sul diritto internazionale (art. 6 n. 1 CEDU, art. 14 n. 1 Patto ONU II) e in parte sul diritto cantonale. Le precedenti costituzioni federali garantivano già il diritto a un tribunale istituito per legge ("garanzia del giudice costituzionale"; oggi art. 30 cpv. 1 Cost.). Garantivano anche il diritto a un tribunale di domicilio (oggi art. 30 cpv. 2 Cost.). Il principio della pubblicità giudiziaria, invece, era assente dalle costituzioni federali del 1848 e del 1874 ed era garantito dal diritto cantonale e dalle più importanti convenzioni internazionali sui diritti umani prima dell'entrata in vigore della Costituzione federale del 1999. La revisione costituzionale del 1999 ha riunito questi elementi nell'articolo 30 della Cost. La giurisprudenza che il Tribunale federale aveva sviluppato sul vecchio diritto costituzionale federale dovrebbe poter mantenere la sua validità. 1

L'abolizione della giurisdizione ecclesiastica non è stata trasferita nell'art. 30 della Costituzione federale del 1999. La disposizione corrispondente è considerata obsoleta. Oggi, il divieto di servitù per debiti è garantito dall'art. 7 ("Dignità umana") e dall'art. 10 cpv. 2 ("Libertà personale") della Cost. 2

## II.CONTESTO

L'art. 30 Cost. rappresenta una caratteristica procedurale centrale dello Stato costituzionale liberaldemocratico. Il processo giudiziario e la sua particolare modalità di funzionamento sono destinati a garantire - e allo stesso tempo a trarre la loro legittimità - che la legge democraticamente stabilita sia applicata in modo equo e paritario a casi simili in una procedura comprensibile e accettabile sia per le parti che per l'opinione pubblica. Ciò si associa al rifiuto della giustizia di gabinetto, ossia del controllo dei procedimenti giudiziari da parte dei retrobottega politici ("gabinetti"). 3

In termini istituzionali, la Costituzione federale esprime la preoccupazione appena descritta negli articoli 143 e seguenti ("Autorità federali") e 191c 4

("Indipendenza della magistratura"). Queste disposizioni prevedono una separazione funzionale delle autorità federali in ramo legislativo, esecutivo e giudiziario (separazione dei poteri). Esse garantiscono quindi l'indipendenza del potere giudiziario (cfr. n. 25 e segg.) dal legislatore e dall'applicazione della legge. Nella loro attività, i tribunali sono "vincolati solo dalla legge" (art. 191c Cost.).

5 In termini sostanziali, il carattere vincolante di tutta l'azione statale alla legge costituzionalmente e democraticamente stabilita è espresso nell'art. 5 cpv. 1 Cost. e l'uguaglianza di tutti davanti alla legge nell'art. 8 cpv. 1 Cost. I diritti procedurali fondamentali possono essere spiegati più fondamentalmente con una concezione liberale della dignità umana (art. 7 Cost.). L'individuo non deve mai essere degradato a mero oggetto, ma deve poter partecipare in modo adeguato alle decisioni statali che riguardano la sua persona. Decidendo sulle posizioni giuridiche individuali in modo comprensibilmente corretto, le conseguenze giuridiche delle azioni personali sono prevedibili e la possibilità di autodeterminazione personale è rispettata.

6 Lo Stato costituzionale liberaldemocratico si realizza attraverso altri diritti processuali fondamentali oltre all'art. 30 Cost. In primo luogo, l'art. 29 Cost. contiene ulteriori garanzie costituzionali "generali". Queste non si limitano ai procedimenti giudiziari, ma si applicano anche ai procedimenti amministrativi. L'art. 29a Cost. garantisce il diritto al giudizio di ogni controversia legale da parte di almeno un'autorità giudiziaria, vale a dire in una procedura che soddisfi i rigorosi requisiti dell'art. 30 Cost. L'art. 30 Cost. non garantisce di per sé l'accesso ai tribunali. Un'ulteriore protezione procedurale fondamentale è garantita alle persone contro le quali lo Stato ricorre ai suoi mezzi più duri: la privazione della libertà e il diritto penale (artt. 31 e 32 Cost.).

7 Inoltre, l'art. 30 Cost. si inserisce nel più ampio contesto della tutela internazionale dei diritti umani (cfr. n. 1). La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) sulla CEDU sono di primaria importanza. I tribunali svizzeri sono obbligati a tenere conto del cosiddetto diritto della Convenzione. Tuttavia, vi è una differenza per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 30 Cost. e dell'art. 6 par. 1 CEDU (diritto a un equo processo). Mentre la disposizione di diritto nazionale copre tutti i procedimenti giudiziari, lo standard della Convenzione si applica solo ai

procedimenti civili e penali. Questo è rilevante, tra l'altro, per l'ambito di applicazione dell'art. 30 cpv. 3 Cost.

L'attuazione delle garanzie dell'art. 30 Cost. è inizialmente di competenza del legislatore. Le richieste che derivano dalla disposizione costituzionale trovano la loro concreta attuazione soprattutto nelle varie leggi federali e cantonali sull'organizzazione e la procedura dei tribunali. La prassi giurisprudenziale sulle garanzie dei diritti fondamentali diventa veramente significativa solo se il legislatore non rispetta gli standard minimi dell'art. 30 Cost. o non affronta una questione che rientra nell'ambito dell'art. 30 Cost. A livello federale, tuttavia, la giurisprudenza può far valere le garanzie dell'art. 30 Cost. solo nei limiti dell'art. 190 Cost. L'art. 190 Cost. dichiara il diritto federale "autorevole", vale a dire che i tribunali devono applicare le leggi federali indipendentemente dalla loro (presunta) incostituzionalità. Questa lacuna nella protezione dei diritti fondamentali nel diritto costituzionale federale è in parte compensata dalla protezione dei diritti umani nel diritto internazionale, in particolare nella CEDU. L'art. 190 della Cost. dichiara il diritto internazionale "autorevole" quanto le leggi federali e, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la CEDU prevale sulle leggi federali in conflitto. 8

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

L'art. 30 Cost. è diviso in tre paragrafi. Il cpv. 1 garantisce una Corte costituzionale. Il cpv. 2 garantisce il diritto degli imputati di diritto civile di essere giudicati nel loro Cantone di residenza. Il cpv. 3 riguarda la pubblicità delle udienze e delle sentenze. Le sezioni B. - E. trattano singolarmente queste tre parti dell'art. 30 Cost. 9

### A. Ambito di protezione personale

In linea di principio, i tre elementi dell'art. 30 Cost. hanno in comune l'ambito di protezione personale. Essi sono accessibili a tutte le persone fisiche e giuridiche che partecipano a un procedimento giudiziario in qualità di parte, di persona simile a una parte o di altra parte del procedimento. Pertanto, proteggono una persona indipendentemente dalla sua nazionalità, dal suo domicilio, dalla sua forma giuridica e simili. La protezione è garantita anche alle persone a cui è stato negato lo status di parte. 10

11 In linea di principio, lo Stato non è parte dei diritti fondamentali. Solo in casi eccezionali le autorità legittimate a ricorrere, i comuni e le altre persone giuridiche di diritto pubblico possono invocare l'art. 30 Cost. Il presupposto è che siano colpiti da un atto sovrano allo stesso modo dei privati, che agiscano come privati di diritto civile, che lamentino violazioni della loro autonomia (comunale) o della garanzia di esistenza, che esercitino il loro diritto di reclamo alle autorità o che rappresentino in altro modo gli interessi pubblici in tribunale (ad esempio come pubblico ministero).

12 L'ambito di protezione personale dell'art. 30 Cost. è differenziato in due modi rispetto ai suoi commi. Il cpv. 2 protegge specificamente l'imputato (cfr. n. 51); il cpv. 3 può proteggere anche le persone non direttamente coinvolte nel procedimento (cfr. n. 64).

## B. Tribunale competente, indipendente e imparziale istituito dalla legge (cpv. 1)

### 1. Ambito materiale di applicazione

13 L'art. 30, cpv. 1, Cost. garantisce che ogni decisione giudiziaria su una controversia legale sia presa davanti a un tribunale stabilito dalla legge, competente, indipendente e imparziale nella persona e nell'istituzione. L'ambito materiale di applicazione dell'art. 30 cpv. 1 Cost. è ampio sotto due aspetti. In primo luogo, il concetto di tribunale contenuto in questa disposizione è di tipo funzionale e, in secondo luogo, copre tutti i settori del diritto (cfr. n. 15). Il primo significa che le garanzie dell'art. 30 cpv. 1 Cost. si applicano a tutti i procedimenti in cui un organo imparziale, indipendente dalle parti in causa e da altre autorità in termini di personale e organizzazione, prende una decisione vincolante su una controversia tra terzi in un equo procedimento giudiziario su base giuridico-normativa, motivandola. Il concetto di tribunale si basa, da un lato, sul suo compito fondamentale di amministrare la giustizia e, dall'altro, sulla sua indipendenza organizzativa e istituzionale. Un'autorità giudiziaria non deve necessariamente essere integrata nella struttura giudiziaria statale, né deve necessariamente portare il termine "tribunale" nella sua denominazione nominale. Anche la base giuridica del procedimento giudiziario è irrilevante. La formulazione dell'art. 30 cpv. 1 Cost. è piuttosto ambigua ("Ogni persona il cui caso deve essere giudicato in un procedimento giudiziario ha diritto..."). Non si deve intendere

che l'art. 30 cpv. 1 Cost. si applichi solo all'unico procedimento giudiziario richiesto dalla garanzia di ricorso (art. 29a Cost.). I procedimenti giudiziari davanti a tutte le istanze (anche quelle previste dalla legge semplice) sono ugualmente coperti dall'art. 30 cpv. 1 Cost. Infine, un altro criterio talvolta menzionato dalla Corte Suprema Federale che collega il concetto funzionale di tribunale all'accertamento indipendente di fatti giuridici deve essere letto con cautela. La Corte Suprema Federale in particolare, la cui qualifica di tribunale è fuori discussione, non soddisfa questo criterio in linea di principio. Questo criterio, fortemente sviluppato nel contesto del singolo caso, è stato quindi formulato in modo troppo generico nella giurisprudenza del Tribunale federale.

14 L'ampiezza istituzionale dell'applicazione del concetto di tribunale ai sensi dell'art. 30 cpv. 1 Cost. è visibile nella giurisprudenza del Tribunale federale. Ad esempio, anche i pubblici ministeri e i giudici istruttori possono rientrare nel campo di applicazione dell'art. 30 cpv. 1 Cost., ad esempio quando emettono ordini di pena sommari. Inoltre, i procedimenti di mediazione ai sensi del diritto di riconciliazione e di procedura civile devono soddisfare i requisiti dell'art. 30 cpv. 1 Cost. così come diverse istituzioni cantonali quali l'Autorità per la protezione dei minori e degli adulti (KESB, TG), la Commissione di ricorso tributario (VS), il Consiglio distrettuale (ZH) in determinate materie o la Commissione di ricorso della Chiesa riformata protestante (AG). Infine, sono considerati tribunali ai sensi dell'art. 30 cpv. 1 Cost. anche i tribunali arbitrali privati le cui decisioni sono equivalenti alle sentenze dei tribunali statali in termini di forza giuridica ed esecutività, comprese quelle del Tribunal Arbitral du Sport (TAS). Perché l'art. 30 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 29a BV. L'art. 29a Cost. garantisce un tribunale stabilito dalla legge, l'esistenza di una convenzione arbitrale che giustifichi la rinuncia al tribunale legale non può essere assunta con leggerezza. Il Tribunale federale ha negato la qualità di tribunale per le commissioni di autorità (unità amministrative del governo federale che non sono soggette a direttive), vale a dire l'Autorità indipendente di reclamo per la radio e la televisione (UBI) e la Commissione per la concorrenza (WEKO), nonché per la Commissione di vigilanza per gli avvocati (ZH).

15 L'ambito di applicazione materiale dell'art. 30 cpv. 1 Cost. deve comprendere tutti i settori del diritto, in considerazione della garanzia generale di ricorso di cui all'art. 29a Cost. L'art. 30 cpv. 1 Cost. deve quindi applicarsi ai

procedimenti giudiziari in tutti i settori del diritto e non solo ai procedimenti civili e/o penali.

## 2. Legalità del tribunale

16 Fatte salve le convenzioni arbitrali valide, l'art. 30 cpv. 1 Cost. riguarda i procedimenti davanti a tribunali istituiti da una legge formale. Non è consentito disciplinare per ordinanza "in quale forma può essere chiamato il giudice, quale giudice in quale procedimento condurrà l'esame da un punto di vista funzionale e locale ... come devono essere ripartite le spese" e come è organizzato il processo di appello. Gli elementi essenziali dell'organizzazione giudiziaria devono quindi essere disciplinati in una legge costituzionale in senso formale, come la giurisdizione, le competenze e le procedure di un tribunale. Le questioni dettagliate possono essere disciplinate da un'ordinanza.

17 Di importanza pratica è il diritto a un collegio giudicante adeguatamente nominato e composto secondo i principi giuridici. Va da sé che questo diritto deve essere garantito per tutta la durata del procedimento. Il diritto a un collegio giudicante correttamente composto in base a criteri generali astratti mira a evitare che il collegio giudicante sia composto da membri del tribunale favorevoli a un determinato risultato: "L'amministrazione della giustizia non dovrebbe non essere influenzata da una selezione mirata dei giudici in singoli casi". La formazione di un collegio giudicante viola chiaramente l'art. 30 cpv. 1 Cost. se serve a "stabilire in modo manipolativo un collegio giudicante molto specifico per un caso specifico al fine di ottenere il risultato desiderato" e non si basa quindi su criteri oggettivi che mirano alla corretta e rapida gestione dei casi.

18 La formazione dell'organo giudicante non deve essere disciplinata da una legge formale. È sufficiente che avvenga secondo criteri astratti e oggettivi, definiti in anticipo e resi trasparenti; secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, ciò può essere garantito anche dalla prassi consolidata. Ad esempio, è possibile assegnare le cause secondo l'ordine alfabetico o tramite un'applicazione informatica, come il "CompCour" del Tribunale federale o il "Bandlimat" del Tribunale amministrativo federale. Tuttavia, vincoli quali il carico di lavoro, le conoscenze linguistiche, i livelli particolarmente elevati di competenza individuale in materie complesse o, al contrario, i membri del tribunale particolarmente inesperti richiedono un certo grado di

discrezionalità. Tuttavia, la dottrina richiede giustamente che i criteri siano decisivi per questo esercizio di discrezionalità, che un decreto accessibile al pubblico (ad esempio un'ordinanza del tribunale) definisce in modo generale e astratto. La disposizione del procedimento penale militare, secondo la quale il presidente del tribunale "designa" dei giudici sostitutivi straordinari - cioè li sceglie a sua discrezione - se il tribunale non può essere formato dai suoi membri ordinari (sostituti), appare incompatibile con l'art. 30 cpv. 1 Cost. In ogni caso, deve essere impedita l'influenza di autorità non giudiziarie. La formazione di un collegio giudicante deve sempre rimanere un atto di autoamministrazione giudiziaria.

Nella giurisprudenza del Tribunale federale in materia di formazione di collegi giudicanti, si possono distinguere grossolanamente due gruppi di casi. Un gruppo comprende i casi in cui il collegio giudicante comprendeva persone "sbagliate", cioè non autorizzate a prendere decisioni in base alle disposizioni pertinenti. L'altro gruppo è costituito da casi in cui l'organo giudicante non era corretto, anche se i suoi membri erano in linea di principio autorizzati a decidere. 19

Nella recente prassi della Corte Suprema Federale, si possono trovare i seguenti esempi di collegi giudicanti che sono stati giudicati incostituzionali per ragioni relative a uno dei loro membri: 20

- Partecipazione di un giudice illegittimamente eletto a causa della mancanza o dell'annullamento dei requisiti di eleggibilità (residenza nel Cantone);
- Coinvolgimento di un giudice già cessato dalla carica;
- Assunzione di un incarico da parte di un cancelliere che non lavorava più presso il tribunale al momento della sentenza.

D'altra parte, l'art. 30 cpv. 1 Cost. non è violato se un membro del tribunale ha "solo" preso conoscenza delle argomentazioni delle parti e del procedimento probatorio studiando i fascicoli. Anche i giudici laici sono ammessi dal diritto costituzionale; l'art. 30 cpv. 1 Cost. non implica alcun diritto a una formazione specifica e specializzata dei membri del tribunale (cfr. anche n. 27).

21 Nella recente prassi della Corte Suprema Federale, si possono trovare i seguenti esempi di collegi giudicanti difettosi la cui colpa non era dovuta alla persona di un membro:

- Mancanza di base giuridica per la decisione del giudice unico sull'annullamento di una misura terapeutica di ricovero (interpretazione errata della legge da parte delle autorità cantonali);
- Cambio ingiustificato del giudice prima dell'emissione della sentenza, che ha reso impossibile contestare nel merito la rilevanza del cambio dell'organo giudicante;
- Nomina sistematica e generalizzata di segretari giudiziari in sostituzione di singoli giudici, con il risultato di attribuire ai primi un potere giudiziario autonomo senza una base giuridica sufficiente;
- Numero illegale di membri di un collegio giudicante (in varie costellazioni): carenza o eccesso di personale, inosservanza del requisito della presenza di un determinato quorum di membri del tribunale, mancanza di un numero standard di membri del collegio giudicante prescritto dalla legge, inosservanza della giurisdizione del collegio giudicante al completo in assenza di qualsiasi altro regolamento, assenza di un cancelliere con voto consultivo.

## 3. Competenza del tribunale

22 L'art. 30 cpv. 1 Cost. garantisce il diritto a che una controversia legale sia decisa dal tribunale competente, ossia dal tribunale che ha effettivamente giurisdizione secondo l'ordinamento giuridico. Secondo le parole della Corte Suprema Federale: "Per prevenire abusi e manipolazioni o per escludere qualsiasi apparenza o sospetto di tali, i tribunali e la loro giurisdizione (in termini personali, temporali, locali e sostanziali) dovrebbero essere determinati in anticipo da una legge processuale astratta generale".

23 I tribunali d'eccezione sono esplicitamente vietati (art. 30 cpv. 2 Cost.). Tuttavia, i tribunali creati per giudicare un caso specifico (ad hoc) o una persona specifica (ad personam) non costituiscono un problema nella prassi svizzera. Non esistono sentenze di tribunali federali in materia. Le origini di questa disposizione risalgono a molto tempo fa, in particolare ai disordini politici del XIX secolo. Erano necessarie speciali garanzie procedurali per assicurare una giustizia transitoria. Questa storia conferma che questa

disposizione (almeno secondo il suo significato e scopo originario) è diventata obsoleta da tempo. Ciononostante, e contrariamente al progetto di Costituzione del Consiglio federale, i Consigli hanno mantenuto la disposizione durante la revisione totale della Costituzione federale.

I tribunali speciali creati dalla legge, come i tribunali del lavoro, delle locazioni, commerciali, penali minorili o militari, devono essere distinti dai tribunali eccezionali. Sono ammissibili se esistono ragioni oggettive per la loro istituzione, come la necessità di determinate conoscenze specialistiche o l'esigenza che un tribunale sia composto da un numero uguale di rappresentanti dei gruppi di interesse interessati. Il Tribunale federale ha dichiarato inammissibile l'attribuzione al giudice della detenzione del potere di riesaminare alcune misure ai sensi della Legge federale sulle misure per la salvaguardia della sicurezza interna (Cantone di Zurigo) e l'attribuzione di una giurisdizione indipendente ai cancellieri del tribunale civile (Ticino). 24

## 4. Indipendenza e imparzialità del tribunale

Tutti i membri di un tribunale devono essere indipendenti e imparziali (art. 30 cpv. 1 frase 1 Cost.). In caso contrario, l'art. 30 cpv. 1 Cost. prevede il diritto di chiedere la ricusazione del membro del tribunale in questione. Il significato esatto di indipendenza e imparzialità è spiegato in dettaglio dopo alcune osservazioni preliminari. Va notato che questi requisiti si applicano non solo ai giudici, ma anche a tutti gli altri membri del tribunale e alle persone ausiliarie che partecipano al procedimento (per questi ultimi per analogia, ma secondo la dottrina prevalente basata sull'art. 29 Cost.) In altre parole, i requisiti di indipendenza e imparzialità si applicano a tutte le persone coinvolte nel giudizio, ma non al personale dello studio legale amministrativo. Il requisito dell'indipendenza e dell'imparzialità si estende quindi non solo ai membri del tribunale, compresi gli arbitri di parte, ma anche ai cancellieri, ai revisori dei conti e simili, agli esperti che preparano perizie e simili per il tribunale, nonché agli interpreti e ai traduttori. Alla luce della grande influenza che queste persone possono avere sull'esito del procedimento giudiziario, ciò sembra indiscutibile. A mio avviso, tuttavia, non è chiaro il motivo per cui si ritiene prevalentemente che l'indipendenza e l'imparzialità di queste persone sia disciplinata dall'art. 30 Cost. per analogia, ma derivi formalmente dall'art. 29 Cost. Dal momento che l'art. 30 Cost. parla di "tribunale" (e non di giudici), anche gli assistenti giudiziari possono essere 25

compresi in questo termine. Per quanto si può vedere, non esiste una giustificazione conclusiva per la prima tesi né in dottrina né in giurisprudenza. L'applicazione diretta dell'art. 30 Cost. a tutto il personale giudiziario, compresi gli assistenti giudiziari e i decisori, è quindi probabilmente preferibile per ragioni di semplicità e per il solo sistema giuridico.

26 Il diritto a un personale giudiziario indipendente e imparziale presuppone la conoscenza di queste persone. Dall'art. 30 cpv. 1 Cost. si evince quindi che esiste il diritto di sapere, o almeno di poter sapere, chi è coinvolto nella decisione. Se in pratica si dice che questa informazione non deve necessariamente essere contenuta nella sentenza, ma che è addirittura sufficiente se può essere ricavata da fonti generalmente accessibili, come ad esempio un calendario statale, ciò risulta problematico sotto diversi aspetti. Da un lato, si tratta di una richiesta molto impegnativa, soprattutto per i profani del diritto. D'altra parte, la denominazione dei membri di un tribunale non indica di solito la composizione di uno specifico collegio giudicante. Le autorità giudiziarie sono tenute a informare le parti di eventuali modifiche del collegio di propria iniziativa, motivandole. Inoltre, i membri del tribunale sono in ogni caso tenuti a rispettare i motivi di ricusazione di cui sono a conoscenza.

27 La magistratura laica praticata in Svizzera (come altrove) non costituisce di per sé un problema per quanto riguarda l'indipendenza e l'imparzialità del giudice (si veda il precedente n. 20). Tuttavia, la prassi secondo cui, ad esempio, solo persone con una formazione giuridica sono elette al Tribunale federale indica che la formazione giuridica dei membri dei tribunali di tutte le istanze sarebbe almeno auspicabile per quanto riguarda il desideratum di una magistratura professionale (che non si limita all'indipendenza e all'imparzialità giudiziaria). Anche solo per ragioni di economia processuale, è importante evitare che le istanze inferiori prendano decisioni inadeguate, in modo da garantire alle parti in causa il diritto fondamentale di rinviare il caso a un'altra istanza. La Corte Suprema Federale deve quindi essere seguita in linea di principio quando sottolinea che i membri del tribunale senza una laurea in legge devono essenzialmente "essere in grado di cogliere i dettagli del caso, formarsi un'opinione su di esso e applicare la legge ad esso". Il fatto che i giudici laici presumibilmente si affidino sempre più spesso al supporto di personale giudiziario con formazione giuridica non costituisce un problema, poiché anche quest'ultimo deve soddisfare i requisiti di indipendenza e

imparzialità giudiziaria (cfr. n. 25). Più che dai giudici laici in sé, i problemi possono derivare dal fatto che i giudici laici possono svolgere altre attività (eventualmente a tempo pieno) oltre al loro mandato giudiziario. Tuttavia, questo problema esiste anche nel caso di membri del tribunale con formazione giuridica che lavorano a tempo parziale come giudici (cfr. n. 34). Secondo Kiener, lo stesso vale per la questione se i membri laici dei tribunali abbiano maggiori probabilità di essere influenzati dalle pressioni dell'opinione pubblica rispetto ai giudici con formazione giuridica. Ciò che è principalmente importante è l'esperienza e la routine, cioè il lavoro regolare (preferibilmente a tempo pieno) come membro di un tribunale. Questo aspetto è particolarmente carente nei tribunali con giuria, che devono essere distinti dai giudici laici svizzeri.

## a. Indipendenza

Il diritto a un tribunale indipendente comprende il diritto a un tribunale che sia istituzionalmente e organizzativamente indipendente ai sensi dell'art. 191c Cost. Secondo l'art. 191c Cost. i tribunali sono "vincolati solo dalla legge". Non possono accettare istruzioni o ordini da persone e istituzioni non giudiziarie. Ciò include, in particolare, altri organismi statali, ma anche gli stessi contendenti e i poteri intermedi quali partiti, associazioni, media, ecc. Un organo giudiziario deve inoltre rimanere indipendente dalle altre autorità giudiziarie e dai loro membri, compresi quelli dello stesso tribunale. L'art. 30 cpv. 1 Cost. garantisce il diritto fondamentale individuale al rispetto dell'indipendenza giudiziaria, come previsto dall'art. 191 cpv. Cost. in termini istituzionali. Questo diritto non è ovviamente violato dalla modifica o dall'annullamento di una sentenza da parte di una corte d'appello. Lo scopo dell'appello è proprio quello di far rivedere e, se necessario, correggere la decisione di primo grado. 28

Nel caso dei tribunali arbitrali privati, può talvolta sorgere un particolare problema di indipendenza. Se un tribunale arbitrale privato è sostenuto da una o più associazioni, il tribunale arbitrale può mancare dell'indipendenza da una parte richiesta dai diritti fondamentali nei procedimenti se quest'ultima non è membro dell'associazione o non è dalla parte dell'associazione (e tuttavia ha dovuto accettare una clausola arbitrale a causa del potere di mercato dell'associazione, per esempio). 29

## b. Imparzialità

30 La giurisprudenza del Tribunale federale non si occupa principalmente dell'indipendenza, ma piuttosto dell'imparzialità dei tribunali. Il requisito dell'imparzialità giudiziaria è inizialmente un criterio soggettivo relativo allo stato interiore di una persona, che non può essere oggettivamente determinato o stabilito per mezzo di prove. Nelle parole della Corte Suprema Federale, questo requisito dà diritto a ogni persona coinvolta in un procedimento giudiziario di veder decidere il proprio caso da membri del tribunale "imparziali, imparziali e privi di pregiudizi", "senza l'influenza di circostanze estranee". Ad oggi, la dottrina non è stata in grado di riconoscere alcun confine chiaro nell'uso di questi tre aggettivi da parte della Corte Suprema Federale. Sebbene sia probabile che l'imparzialità svolga il ruolo di termine generico (completo), non sembra che a questi diversi termini venga attribuito un significato giuridico pratico.

31 Poiché la parzialità non si manifesta (necessariamente) in modo oggettivamente accertabile, per una violazione di questa affermazione è sufficiente che esistano circostanze esterne che diano l'impressione di una mancanza di imparzialità. Nelle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo: "dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie important de plus". Il fattore decisivo è uno standard oggettivo, cioè non il punto di vista soggettivo della persona interessata, ma l'effetto delle circostanze su un terzo medio; in altre parole, devono essere ricercate ragioni oggettive che facciano apparire in modo giustificato l'insufficiente imparzialità di una persona del tribunale.

32 In linea di principio, l'imparzialità di una persona è presunta. L'eccezionale mancanza di imparzialità soggettiva o la sua apparenza oggettiva possono quindi derivare da ragioni relative alla persona e alla sua condotta e/o da ragioni di natura istituzionale e funzionale che sono insite nell'organizzazione del tribunale.

33 Il Tribunale federale ha riassunto la sua prassi giurisprudenziale sul requisito dell'imparzialità ai sensi dell'art. 30, cpv. 1 Cost. nella recente pubblicazione DTF 147 I 173. Un'inammissibile parvenza di parzialità non sussiste regolarmente se il rapporto in questione è di mera collegialità professionale. La situazione è diversa se esistono relazioni private o professionali di

vicinanza o dipendenza che vanno oltre le consuetudini sociali. Quest'ultimo è il caso, ad esempio, del giudice sostituto che ha giudicato le richieste di risarcimento danni e di indennizzo contro l'università presso la quale era anche professore titolare; del giudice anziano il cui marito e cognato aveva una stretta relazione con una persona strettamente legata a una delle parti in causa; e del giudice che ha rivisto le decisioni delle autorità che la moglie aveva avviato in una posizione di leadership.

La Corte Suprema Federale ha inoltre stabilito l'inammissibilità di varie costellazioni che coinvolgevano avvocati in qualità di membri del tribunale. Questo cumulo di ruoli, che mette a repentaglio l'imparzialità giudiziaria, deriva dalla pratica diffusa di membri del tribunale a tempo parziale in questo Paese. Ad esempio, un avvocato che funge da giudice e che ha un rapporto di clientela continuativo o permanente con una parte del procedimento non può essere considerato imparziale. Per l'apparenza di parzialità è sufficiente che il rapporto avvocato-cliente in questione esista solo con una persona strettamente legata alla parte del procedimento. Kiener/Medici giungono alla conclusione, dopo una convincente ponderazione degli interessi che tiene conto di varie costellazioni di casi, che è opportuna una separazione tra i ruoli di avvocato e giudice. La legge federale si sta muovendo nella stessa direzione: il legislatore federale ha ora proibito alla (maggior parte) dei membri dei tribunali federali di rappresentare professionalmente terzi (davanti alla maggior parte dei tribunali). 34

Anche l'attività giornalistica in senso lato, a sua volta protetta dai diritti fondamentali, può essere in conflitto con l'attività di membro di un tribunale. Tuttavia, ai membri dei tribunali è generalmente consentito esprimersi pubblicamente come individui privati su questioni legali e socio-politiche. Articoli sulla stampa (specializzata), pareri di esperti, discussioni di sentenze non definitive (anche in aule universitarie) e simili rischiano di compromettere l'imparzialità dell'autore se si esprimono in modo dettagliato e chiaro su questioni ancora aperte nel contesto del procedimento. Tuttavia, è anche possibile che pubblicazioni e presentazioni più generali possano far sorgere il dubbio che un membro del tribunale non abbia già deciso una sentenza prima della fine del procedimento. Ciò è ipotizzabile, ad esempio, se un membro del tribunale esprime un'opinione ferma e apparentemente irreversibile su una (potenziale) sentenza di primo piano mentre sentenze legali simili sono pendenti davanti al tribunale. Per rispondere alla domanda 35

su quando le attività giornalistiche dei membri del tribunale violino la loro imparzialità in modo contrario ai diritti fondamentali, sono decisivi due criteri: in termini di tempistica, una pubblicazione diventa problematica in particolare se contiene riferimenti a cause già pendenti o di cui è prevedibile che lo diventino. In questo caso è consigliabile una moderazione previdente per evitare possibili motivi di ricusazione. Tuttavia, anche un riferimento pubblico a una posizione acquisita in passato può mettere in discussione l'imparzialità di un membro del tribunale, il che significa che la persona interessata deve ricusarsi. In termini di contenuto, una pubblicazione da parte di un membro del tribunale è problematica se può almeno sembrare che dia adito a dubbi giustificati sul fatto che l'esito del procedimento in questione sia ancora aperto al membro del tribunale che pubblica. Questi limiti sono stati chiaramente disattesi dal giudice distrettuale di Zurigo, che ha prospettato l'impunità per gli attivisti del clima (cfr. N. 47). Per contro, non va dimenticato il valore della pubblicità delle attività dei membri del tribunale. Da un lato, il pubblico può beneficiare di preziosi contributi al discorso basati su conoscenze specialistiche ed esperienze pratiche. Dall'altro, chi è coinvolto nel procedimento può ottenere informazioni preziose, ad esempio su questioni giuridiche fondamentali, linee argomentative importanti, ecc. Nel complesso, quindi, non si dovrebbe applicare uno standard eccessivamente rigido. A mio avviso, il Tribunale federale si spinge troppo in là quando pretende che i suoi membri (anche solo) "non facciano commenti su questioni politiche come questione di principio" e "si astengano dal criticare altre opinioni".

36 Infine, esiste un'ampia giurisprudenza sul problema dei rinvii preventivi e multipli, ovvero sul cumulo dei ruoli. In questo caso, il problema della (presunta) parzialità risiede nel fatto che il membro del tribunale in questione si è già occupato della controversia prima della fase attuale del procedimento, eventualmente in un ruolo giudiziario diverso. "In tal caso ... si pone la questione se un membro del tribunale, attraverso il suo coinvolgimento in decisioni precedenti, si sia già impegnato su singoli punti a tal punto da non apparire più imparziale e, di conseguenza, il procedimento non è più aperto". Come chiarisce l'enfasi aggiunta nella descrizione del problema da parte del Tribunale federale, il coinvolgimento precedente non implica automaticamente un'imparzialità insufficiente. In assenza di norme codificate, c'è spazio solo per una valutazione giudiziaria dell'imparzialità contestata. Se un tribunale deve valutare l'ammissibilità di un rinvio precedente o multiplo,

sono fondamentali tre considerazioni: in primo luogo, quali sono le questioni che il membro del tribunale contestato deve decidere nei suoi due ruoli e quanto sono strettamente collegate tra loro, in particolare se sono molto simili o addirittura identiche; in secondo luogo, quanto margine di manovra ha il membro del tribunale nel valutare queste questioni; in terzo luogo, quanto decisamente il membro del tribunale ha già espresso la sua opinione sulle questioni da risolvere nuovamente nel suo primo rinvio.

## c. Nomina (partitica) politica dei giudici

Le tradizionali procedure di elezione e, soprattutto, di rielezione dei membri dei tribunali da parte di organi elettorali politici (parlamento, elettorato) rappresentano probabilmente la più grande sfida sistemica all'indipendenza e all'imparzialità dei tribunali in Svizzera. Ad esempio, i giudici federali sono eletti dall'Assemblea federale unitaria (Consiglio nazionale e Consiglio degli Stati) per un mandato di sei anni. Possono poi essere rieletti senza limitazioni fino all'età della pensione. Questa combinazione di un mandato relativamente breve con la possibilità di rielezione politica è molto diffusa in Svizzera. Il problema risiede nel fatto che essa nasconde il pericolo di invogliare i membri del tribunale che temono per la loro rielezione a emettere sentenze "politicamente favorevoli". Anche il Tribunale federale riconosce questo problema. Infatti, le passate elezioni della Corte Suprema Federale hanno dimostrato che ci possono essere almeno tentativi di esercitare un'influenza politica. 37

Il problema potrebbe essere attenuato da un recente sviluppo nella giurisprudenza della Corte Suprema Federale, sebbene non riguardi direttamente l'indipendenza giudiziaria. La Corte Suprema Federale ha dichiarato di ritenere necessaria una tutela giuridica in caso di mancata rielezione dei membri del tribunale. Tale necessità di tutela giuridica si basa sui diritti fondamentali del membro del tribunale non rieletto, non sul diritto delle parti in causa a un tribunale indipendente. Tuttavia, il Tribunale federale limita la libertà degli organi competenti (di solito il Parlamento o il popolo dei Cantoni) di non rieleggere i membri del tribunale. Al contrario, ciò rafforza l'indipendenza istituzionale dei tribunali. Infatti, se il Tribunale federale limita la capacità degli organi elettorali di negare la rielezione dei membri dei tribunali per motivi politici, naturalmente limita anche la loro capacità di esercitare pressioni sui membri dei tribunali affinché vengano rieletti. 38

39 La disponibilità della Svizzera ad accettare i rischi associati alla rielezione periodica dei membri del tribunale da parte degli organi politici può essere spiegata dalla cultura costituzionale svizzera e dalla sua concezione della separazione dei poteri. In questo Paese c'è tradizionalmente un certo scetticismo nei confronti degli organi "d'élite" che non sono soggetti al controllo politico, cioè democratico-maggioritario, o lo sono solo in misura limitata. Il potere legislativo (parlamento, popolo e cantoni), che dovrebbe avere "l'ultima parola", è considerato sovrano. In un confronto internazionale, la responsabilità politica (la possibilità di essere chiamati a rispondere del proprio operato) e la legittimazione democratica dei tribunali hanno quindi un peso notevole, mentre l'indipendenza del potere giudiziario dal potere legislativo ha un peso relativamente basso. In quanto controparte costituzionale della democrazia maggioritaria e dei suoi attori politici, i tribunali svizzeri si trovano quindi in una posizione relativamente debole.

40 La capacità degli organi politici elettorali di influenzare i tribunali attraverso la loro capacità di rielezione presuppone la conoscenza del comportamento decisionale individuale dei membri dei tribunali. Per questo motivo, la relativamente scarsa trasparenza del comportamento decisionale individuale dei giudici in Svizzera attenua il problema. In primo luogo, il comportamento di voto individuale all'interno di un collegio giudicante di solito non è chiaramente visibile. In secondo luogo, la stragrande maggioranza dei tribunali svizzeri non pubblica i cosiddetti voti speciali in cui i singoli membri del tribunale spiegano la loro opinione legale individuale. Di conseguenza, è probabile che le autorità politiche elettorali non dispongano delle conoscenze necessarie per rendere difficile o addirittura impossibile la rielezione di singoli giudici che non amano.

41 Al contrario, si sostiene che il problema in discussione sia esacerbato dal fatto che i membri della magistratura sono di fatto obbligati ad appartenere a un partito politico e a pagare un "obolo" (cioè una tassa di mandato in percentuale sullo stipendio, che almeno non viene versata al proprio partito in modo del tutto volontario). Poiché in Svizzera, in particolare, i posti di giudice presso i tribunali più alti sono assegnati in base alla rappresentanza proporzionale dei partiti parlamentari, l'appartenenza al partito associata al contributo di mandato costituisce di fatto un requisito di eleggibilità.

42 L'affiliazione ai partiti dei membri dei tribunali, che è soggetta a un requisito di contribuzione, è principalmente un problema di apparenza di mancanza di

apertura nel processo giudiziario piuttosto che un problema di indipendenza giudiziaria. Il sostegno finanziario e l'affiliazione ai partiti danno l'impressione di una certa parzialità ideologica e politica. Il sistema viene giustificato con il fatto che garantisce una rappresentanza equilibrata di diverse visioni del mondo (pluralismo sociale) nei tribunali. Naturalmente, questa giustificazione perde la sua plausibilità nella misura in cui le divisioni interne ai tribunali che compongono gli organi giudicanti mancano di eterogeneità partitica.

Il pregiudizio politico-ideologico dei membri dei tribunali in questione è un 43
fenomeno soggettivo inerente alla persona del membro del tribunale. A prescindere dal sistema elettorale e dalla (mancata) affiliazione partitica dei membri della corte, essi hanno convinzioni personali e visioni del mondo. A mio avviso, è quindi opportuno cercare di riflettere il più possibile questi diversi atteggiamenti all'interno del sistema giudiziario. L'attuale sistema non garantisce il successo, ma è evidente la mancanza di alternative superiori all'affiliazione partitica per riflettere le diverse visioni del mondo politico e ideologico rappresentate nella comunità politica all'interno della magistratura.

Tuttavia, la pluralità ideologica dei tribunali potrebbe anche essere ignorata o 44
lasciata al caso. Ad esempio, l'"Iniziativa per la giustizia" voleva nominare i membri della Corte Suprema Federale tramite sorteggio dopo una preselezione da parte di una commissione di esperti (respinta dal referendum). Come sottolinea Ammann, l'estrazione a sorte "aritmetica", cioè senza alcuna influenza umana, sarebbe adatta a rafforzare l'indipendenza giudiziaria. Tuttavia, ci sono anche argomenti importanti contro la nomina dei tribunali tramite sorteggio. In primo luogo, una procedura di sorteggio comporta il rischio di una selezione unilaterale dei candidati, indipendentemente dalle probabilità statistiche. Il comitato dell'iniziativa ne era ben consapevole. Il testo dell'iniziativa affermava che la procedura di sorteggio doveva essere organizzata in modo tale "che le lingue ufficiali [ma solo le lingue ufficiali e non altri criteri come il sesso, le parti del Paese, le opinioni politiche, ecc. siano adeguatamente rappresentate nel Tribunale federale". In secondo luogo, il tentativo di garantire la possibilità e la diversità insieme comporta il seguente problema: se si dovesse effettuare una preselezione per una carica presso la più alta corte svizzera, per la quale ci sono a priori solo pochi candidati qualificati, sulla base di varie caratteristiche personali come la lingua, il sesso, l'origine, eccetera, la mancanza di nomi rimanenti significherebbe che la decisione sarebbe presa meno per sorteggio

e più per preselezione della commissione di esperti. Oltre a nuovi rischi per l'indipendenza giudiziaria, ciò ridurrebbe anche la legittimità democratica della commissione di preselezione. Una via di mezzo tra il sistema attuale e la responsabilità di una commissione di esperti potrebbe essere auspicabile. Un'idea della Commissione giuridica del Consiglio degli Stati va in questa direzione. Un "comitato consultivo di esperti" avrebbe dovuto consigliare la Commissione giudiziaria dell'Assemblea federale nella preparazione delle elezioni del Tribunale federale. Tuttavia, la Commissione giuridica del Consiglio degli Stati ha cancellato la questione, pur ammettendo che l'attuale procedura elettorale potrebbe essere migliorata.

45 Infine, il problema delle strutture organizzative e di potere interne ai tribunali deve essere considerato nel contesto attuale. Se le opinioni ideologiche dei singoli membri dei tribunali sono note, c'è il rischio che i membri di spicco dei tribunali tentino di nominare i giudici in collegi "adatti" o di effettuare promozioni e nomine a loro favore. È discutibile che il legislatore possa evitare questo problema. Potrebbe garantire la proporzionalità partitica (forse la migliore di tutte le opzioni inadeguate per assicurare tribunali politicamente plurali) non solo nella nomina dei giudici, ma anche nell'organizzazione statutaria dei tribunali. Tuttavia, ciò comporterebbe altri svantaggi significativi, ad esempio per quanto riguarda la nomina professionalmente e linguisticamente adeguata dei giudici e l'auto-organizzazione della magistratura come espressione della sua indipendenza dalla politica.

46 In sintesi, si può affermare che è complesso valutare l'indipendenza e l'imparzialità dei tribunali, che sono difficili da separare. Garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei tribunali è tanto impegnativo quanto difficile e potenzialmente controverso da valutare. Come scrive Kiener, sarebbe "ingenuo" credere "che esistano organi elettorali 'politici' e 'apolitici'", o che esistano organi e procedure elettorali esenti da problemi. Un giudizio definitivo può essere dato solo caso per caso e dipende da diversi criteri; oltre alla procedura di elezione, alla durata del mandato e alla (non) licenziabilità dei membri del tribunale, questi includono anche misure di protezione contro i tentativi di influenzare il tribunale dall'esterno e l'apparenza della sua indipendenza. Sarebbe quindi sbagliato trarre la conclusione generale che i tribunali svizzeri non soddisfano i requisiti di indipendenza politica e imparzialità a causa della loro nomina politica (di partito). In pratica, lo Stato

costituzionale svizzero, compreso il funzionamento dei suoi tribunali, è in buona forma. Lo dimostra anche la valutazione (apparentemente) paradossale del Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), secondo cui, sebbene le procedure elettorali svizzere non soddisfino gli standard internazionali, "i giudici dei tribunali federali non sembrano essere sottoposti a pressioni politiche dirette nell'esercizio delle loro funzioni".

Tuttavia, il problema sistemico dell'innegabile apparenza di una colorazione politica dei membri dei tribunali locali non deve essere trascurato. Per attenuarlo, sarebbe auspicabile apportare alcune modifiche al sistema di elezione dei tribunali svizzeri. Come raccomanda il GRECO, la pratica di tutti i partiti di riscuotere compensi per i mandati dovrebbe essere interrotta e dovrebbero essere introdotti mandati lunghi e fissi (idealmente con il mantenimento di un'età pensionabile). Sebbene l'accusa di parzialità ideologica o politica possa ancora essere mossa in linea di principio, questo tipo di parzialità da sola sembra troppo astratta per mettere in discussione l'imparzialità giudiziaria in singoli casi, almeno finché non si verificano altre circostanze. Quest'ultimo è stato evidentemente il caso recente di un giudice distrettuale di Zurigo, che non solo ha apertamente simpatizzato con gli attivisti per il clima in aula, ma ha anche annunciato che in futuro li avrebbe sempre assolti, a meno che non diventassero violenti. Tuttavia, questi cambiamenti relativamente modesti metterebbero fine all'esistenza (apparente) di rapporti di quasi-mandato e di influenza politica attraverso requisiti di rielezione. Ciò rafforzerebbe la fiducia nella magistratura, mantenendo il suo alto livello di legittimità democratica. 47

Infine, va sottolineato quanto segue: Il sistema attuale funziona - e quindi è sostenibile - solo finché l'ordinamento politico svizzero si basa su un sistema multipartitico concordante, in cui il rischio di monopolizzazione politica delle magistrature rimane teorico. 48

## 5. Mancanza di limitabilità

L'art. 30 cpv. 1 Cost. garantisce un diritto procedurale minimo. I diritti derivanti dall'art. 30 cpv. 1 Cost. non possono essere limitati. L'art. 36 Cost. non è quindi applicabile a questa disposizione. Essi sono "resistenti all'interferenza" nel senso che qualsiasi restrizione costituisce una violazione inammissibile dell'art. 30 par. 1 Cost. (cfr. n. 50). Tuttavia, ciò non significa che tali diritti si applichino incondizionatamente, né che il loro contenuto 49

protettivo non lasci spazio di manovra in termini di attuazione, né che gli interessi in conflitto siano privi di significato nella loro concretizzazione. Un accordo arbitrale valido e la sottoposizione all'arbitrato sono considerati una rinuncia ammissibile alla procedura garantita dalla Costituzione davanti al tribunale legalmente competente (vedi n. 16).

### 6. Conseguenze legali

50 L'art. 30 cpv. 1 Cost. conferisce una pretesa di natura formale. La sua violazione comporta "a prescindere dal merito sostanziale del ricorso, l'accoglimento del ricorso e l'annullamento della decisione impugnata". Affinché questa pretesa non decada, i vizi procedurali devono essere fatti valere il più presto possibile, sia prima, sia durante, sia dopo il procedimento, cioè senza aspettare di esserne a conoscenza (obbligo di agire in buona fede, art. 5 cpv. 3 Cost.). Tuttavia, non si deve presumere con leggerezza che una parte del procedimento sia venuta a conoscenza di un'irregolarità procedurale e abbia rinunciato al suo reclamo o non lo abbia sufficientemente motivato. In caso di gravi vizi procedurali, i diritti derivanti dall'art. 30 cpv. 1 Cost. non dovrebbero decadere anche se non sono stati fatti valere in tempo utile. In casi particolarmente gravi, la decisione in questione è nulla, ad esempio se un membro del tribunale ha perseguito interessi personali.

## C. Rivendicazione del luogo di residenza del convenuto civile

51 L'art. 30 cpv. 2 Cost. garantisce sostanzialmente al convenuto civile di essere citato in giudizio davanti al giudice territorialmente e sostanzialmente competente per il suo domicilio (cfr. n. 22 e segg.). Tuttavia, la legislazione ha disciplinato in dettaglio la giurisdizione locale dei tribunali civili (art. 30 cpv. 2, frase 2: "La legge può prevedere un diverso foro competente"). Il principio dell'art. 30 cpv. 2 frase 1 Cost. ha quindi un significato limitato (cfr. n. 54).

52 L'art. 30 cpv. 2 Cost. ha un ampio campo di applicazione. In termini personali, copre tutte le persone fisiche e giuridiche con domicilio o sede legale in Svizzera. Dal punto di vista sostanziale, copre tutte le azioni con oggetto di diritto civile sostanziale, non solo le richieste obbligatorie.

53 L'art. 30 cpv. 2 frase 1 Cost. conferisce al convenuto di diritto civile il diritto di essere citato in giudizio nel suo Cantone di residenza presso il tribunale

competente in base all'organizzazione del tribunale cantonale. La pretesa può avere effetti internazionali, intercantonali e intracantonali.

L'art. 30 cpv. 2 frase 2 Cost. prevede un'ampia riserva di questo principio. Lascia al legislatore la facoltà di prevedere eccezioni alla garanzia del giudice del domicilio (anche attraverso trattati internazionali), senza specificare le condizioni in cui tali eccezioni sono ammissibili. A causa dell'ampia codificazione della procedura civile, compresi i procedimenti internazionali, c'è poco spazio per il principio del giudice del domicilio ai sensi dell'art. 30 cpv. 2 frase 1 Cost. 54

Se il convenuto rinuncia al diritto al giudice del domicilio, l'art. 30 cpv. 2 frase 1 Cost. perde naturalmente di significato. Questo è il caso dell'eccezione di incompetenza e di una valida convenzione di giurisdizione o di arbitrato. 55

L'art. 30 cpv. 2 frase 1 Cost. è quindi oggi solo un diritto fondamentale e un aiuto all'interpretazione. La disposizione svolge il ruolo di garanzia di ripiego in assenza di una norma di legge o costituzionale. L'art. 30, cpv. 2, frase 1, Cost. svolge la funzione di ausilio all'interpretazione quando è necessario interpretare disposizioni di legge, trattati internazionali o accordi di giurisdizione (interpretazione costituzionale della legge). 56

## D. Procedimenti giudiziari pubblici

L'art. 30 cpv. 3 Cost. garantisce la natura pubblica del sistema giudiziario, in particolare delle udienze e della pronuncia delle sentenze. Ciò crea una trasparenza che consente al "pubblico in generale" di controllare il sistema giudiziario nel rispetto della separazione dei poteri. Questa sezione si occupa della pubblicità dei procedimenti; la sezione successiva si occupa della pronuncia pubblica delle sentenze (E. sotto). 57

### 1. Ambito di applicazione e portata

Secondo la formulazione del titolo dell'art. 30 Cost. ("Procedimenti giudiziari") e del suo cpv. 3 (frase 1: "Le udienze e la pronuncia delle sentenze sono pubbliche"), il principio della pubblicità delle udienze si applica a tutti i settori del diritto. Tuttavia, il Tribunale federale presume che l'ambito di applicazione di questo principio sia limitato ai procedimenti civili e penali, in conformità con l'art. 6 n. 1 CEDU. Questa interpretazione della legge deve essere respinta. Né si può dedurre dal messaggio del 1999 sulla Cost. un 58

corrispondente restringimento del campo di applicazione dell'art. 30 cpv. 3 della Costituzione federale, né vi sono ragioni oggettive per cui l'interesse per la trasparenza e la capacità di controllo della magistratura dovrebbero essere meno rilevanti nel settore del diritto pubblico rispetto al settore del diritto civile e penale. Ciò non toglie che il legislatore abbia agito in accordo con il Tribunale federale (ma a mio avviso in modo incostituzionale) quando ha stabilito il principio della forma scritta per i procedimenti davanti al Tribunale amministrativo federale.

59 Secondo la prassi e la letteratura del Tribunale federale, il principio delle udienze pubbliche non si applica ai procedimenti arbitrali. Ciò è giustificato dal fatto che la loro natura pubblica sarebbe in contrasto con il significato e lo scopo delle clausole arbitrali. Tuttavia, Schefer/Schaub dimostrano che ci sono buone ragioni per non fare una distinzione fondamentale tra i procedimenti arbitrali e i procedimenti davanti ai tribunali statali in questo settore. Un lodo arbitrale è un atto di sovranità, che dovrebbe quindi essere soggetto alla stessa trasparenza delle sentenze dei tribunali statali per le stesse ragioni. Soprattutto nelle controversie di diritto commerciale di ampia portata, i procedimenti arbitrali possono presentare un elevato interesse pubblico da parte di consumatori, dipendenti, assicurati e altri soggetti.

60 La portata del diritto a una procedura pubblica deve quindi essere determinata in senso orizzontale (fasi procedurali) e verticale (istanze). Da un punto di vista orizzontale, è coperta solo l'udienza in cui le parti si affrontano e il tribunale. Sono esclusi i procedimenti preliminari, la deliberazione del tribunale sulla sentenza e la votazione in sede collegiale. Ciò è soggetto a leggi procedurali contrastanti che, ad esempio, impongono al Tribunale federale di deliberare pubblicamente su una sentenza se non c'è unanimità in un caso.

61 La natura pubblica delle udienze è particolarmente importante nelle corti inferiori. Dove la giurisdizione è competente per la determinazione dei fatti e delle questioni di fatto, di solito si svolgono i processi cognitivi centrali e le osservazioni delle parti. Se si è svolta almeno un'udienza pubblica, il diritto alle udienze pubbliche (orali) prima delle istanze di appello è solo limitato. Esso presuppone che un'udienza orale appaia giustificata nel singolo caso in considerazione di interessi contrastanti, ad esempio la rapidità del giudizio.

62 Per quanto riguarda l'effetto protettivo, la Corte Suprema Federale ha ridotto notevolmente la portata della natura pubblica delle udienze giudiziarie con la

sua giurisprudenza, secondo la quale non esiste un diritto a un'udienza pubblica, ma solo un diritto alla natura pubblica delle udienze previste dal diritto processuale. Come afferma correttamente Steinmann, la tutela dell'art. 30 cpv. 3 Cost. è quindi lasciata interamente alla discrezione del legislatore processuale. Questo non può essere il compito di un diritto fondamentale costituzionale. Steinmann chiede quindi un "diritto indipendente all'organizzazione di udienze pubbliche ... che siano necessariamente orali". Tale diritto è garantito dal diritto internazionale nei procedimenti civili e penali, dove l'art. 6 n. 1 CEDU richiede generalmente un'udienza pubblica. Le questioni di diritto pubblico sono generalmente escluse da questo diritto della Convenzione, il che significa che devono essere ascoltate in pubblico (oralmente) solo se ciò è previsto dalla legge procedurale. Tuttavia, questo divario di protezione legale nell'ambito dei diritti fondamentali si è ridotto: L'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU copre molte questioni considerate controversie amministrative dal diritto nazionale, o perché rientrano nell'ambito delle "rivendicazioni e obbligazioni di diritto civile", come interpretato in senso lato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, o (più raramente e principalmente nel settore delle misure disciplinari) perché sono considerate "penali" dal diritto della Convenzione.

La pubblicità dell'udienza si riferisce alla pubblicità pubblica e mediatica. 63
Tuttavia, ciò non include il diritto alle registrazioni audio e video.

In questo contesto, va spiegato il diritto fondamentale al contraddittorio. Le 64
parti stesse del procedimento sono titolari di diritti fondamentali nella misura in cui l'art. 30 cpv. 3 Cost. tutela i loro interessi. Ad esempio, l'imputato può avere la preoccupazione di potersi difendere in un'udienza pubblica, mentre è anche possibile che l'imputato non voglia essere ascoltato in pubblico. Tuttavia, anche il pubblico (terzi non coinvolti) e i media sono titolari di diritti fondamentali (si veda anche l'art. 16 cpv. 3 Cost., "Libertà di informazione"). Hanno il diritto di chiedere l'accesso a un'udienza, ma non di esigere un'udienza. Poiché non sono solo le parti del procedimento a essere titolari di diritti fondamentali ai sensi dell'art. 30 cpv. 3, Cost. e poiché questa disposizione tutela anche gli interessi di terzi, le parti del procedimento non possono rinunciare alla natura pubblica dell'udienza ("nessun diritto alla non pubblicità"); in altre parole, i tribunali non sono tenuti a soddisfare la richiesta delle parti di escludere o limitare il pubblico.

## 2. Limitabilità

65 Contrariamente al principio secondo cui i diritti processuali fondamentali sono norme minime non restrittive, il diritto alla pubblicità delle udienze è soggetto a restrizioni, a condizione che queste servano un interesse pubblico prevalente e siano proporzionate. Come tutte le restrizioni ai diritti fondamentali, anche quelle alla pubblicità delle udienze devono essere esaminate separatamente per verificarne la proporzionalità e l'ammissibilità in ogni singolo caso. Disposizioni generiche come quelle dell'art. 54 cpv. 4 CPC, secondo cui i procedimenti giudiziari in materia di diritto di famiglia non sono pubblici, non reggono a questo standard. Gli interessi pubblici ammissibili includono l'ordine pubblico e la sicurezza, la moralità, gli interessi nazionali, la protezione della privacy, i bambini e i giovani e la stessa amministrazione della giustizia. La proporzionalità richiede che gli interessi in conflitto siano soppesati in ogni singolo caso, tenendo in particolare considerazione l'importanza della cronaca giudiziaria dei media ("funzione di controllo" dei media, media come "cani da guardia pubblici").

66 In generale, i procedimenti di diritto pubblico sono in gran parte caratterizzati dalla forma scritta per ragioni di economia processuale, per cui non si tengono regolarmente udienze pubbliche. Ciò non viola le garanzie procedurali internazionali, che sono applicabili solo ai procedimenti civili e penali, ma a mio avviso non è compatibile con l'attuale art. 30 cpv. 3 Cost. (cfr. n. 7, n. 58). Partendo dal presupposto che l'attuale diritto processuale amministrativo privilegia in modo appropriato l'economia processuale, la formulazione dell'art. 30 cpv. 3 Cost. dovrebbe essere chiarita in tal senso; vale a dire che i procedimenti amministrativi dovrebbero almeno essere esclusi dall'ambito di applicazione delle udienze pubbliche.

67 Se il diritto a un'udienza pubblica è inammissibilmente limitato (cioè violato), la conseguenza giuridica è l'annullamento della sentenza, a meno che il difetto non possa essere sanato nel procedimento d'appello tenendo l'udienza pubblica davanti a questa istanza in una data successiva. Ciò presuppone che l'istanza d'appello abbia la stessa (piena) cognizione dell'autorità giudiziaria inferiore. In particolare, nei procedimenti davanti alla Corte Suprema Federale, non dovrebbe essere possibile rimediare a una violazione del principio di pubblicità. In ogni caso, rimediare agli errori procedurali commessi dai tribunali di grado inferiore nei procedimenti di appello è problematico. In particolare, abbrevia il processo d'appello, perché in questa

costellazione l'istanza d'appello decide per la prima volta in una procedura corretta.

## E. Pronuncia pubblica della sentenza

L'opinione pubblica dovrebbe essere informata non solo del processo, ma anche dell'esito del procedimento giudiziario, per poter esercitare una funzione di controllo sulla magistratura (cfr. N. 3, N. 57). L'art. 30 cpv. 3 della Cost. stabilisce quindi che le sentenze dei tribunali devono essere annunciate o pubblicate pubblicamente. In pratica, attualmente esiste ancora un enorme problema, soprattutto a livello cantonale, per quanto riguarda la pubblicazione online di tutte le sentenze dei tribunali che rientrano nell'ambito di applicazione di questa disposizione (cfr. n. 69), cosa che in realtà oggi è prevedibile. 68

### 1. Ambito di applicazione e portata

Il carattere pubblico della magistratura e delle sue sentenze ha un'ampia portata sotto due aspetti. In primo luogo, si applica a tutti i procedimenti giudiziari in tutti i settori del diritto, anche quelli dinanzi a tribunali di grado inferiore e/o di importanza oggettivamente minore (compresi i provvedimenti sanzionatori, le ordinanze di archiviazione e i provvedimenti di non luogo a procedere); anche in questo caso, i principi del controllo democratico, della legalità e dell'equità procedurale devono essere pienamente rispettati. Non è inoltre opportuno limitare la pubblicità delle sentenze alle sole sentenze non ancora definitive o ribaltate da una corte d'appello. Per quanto riguarda le sentenze arbitrali, si applicano, mutatis mutandis, le affermazioni di cui al n. 59. In secondo luogo, l'obbligo di pubblicazione di cui all'art. 30 cpv. 3 Cost. è completo nella misura in cui riguarda le sentenze giudiziarie nella loro interezza; vale a dire che oltre ai considerando, alle conclusioni sui fatti del caso, al dispositivo con la decisione del tribunale, comprese le conseguenze in termini di costi, e alla rubrica con il numero del fascicolo e la data della decisione, devono essere pubblicati i dettagli della controversia, il collegio giudicante e la sua composizione, nonché le parti e i loro rappresentanti legali. 69

Tradizionalmente, la pubblicazione delle sentenze richiede "che al termine del procedimento giudiziario la sentenza sia annunciata alla presenza delle parti, del pubblico e dei rappresentanti dei media", ma il significato e lo scopo 70

dell'annuncio pubblico delle sentenze giudiziarie, costituzionalmente richiesto, possono essere garantiti anche attraverso altre forme di annuncio, come la diffusione pubblica, la pubblicazione ufficiale o la pubblicazione online di una sentenza. Queste ultime forme di pubblicazione sono equivalenti e non alternative alla lettura orale delle sentenze. L'obbligo di annunciare pubblicamente una sentenza è di particolare importanza nei (molti) procedimenti in cui non vi è un'udienza pubblica e una deliberazione orale della sentenza. Tuttavia, il diritto alla consegna di una copia della sentenza non deriva dall'art. 30 cpv. 3 Cost.

71 In considerazione dello scopo della pubblicità delle sentenze, che è quello di consentire la fiducia e il controllo sulla magistratura, anche la cerchia dei titolari dei diritti fondamentali è ampia. Le parti del procedimento hanno generalmente il diritto di conoscere la sentenza a causa del loro diretto coinvolgimento. Lo specifico diritto fondamentale alla pubblicazione delle sentenze protegge anche, in particolare, gli interessi legittimi del pubblico in generale e, soprattutto, della cronaca giudiziaria dei media, che in linea di principio non necessitano di ulteriori giustificazioni. Di conseguenza, le parti non possono né rinunciare alla pubblicazione della loro sentenza né chiedere che la loro sentenza (anonimizzata) non venga pubblicata.

## 2. Limitabilità

72 Come la pubblicità dei procedimenti giudiziari, la pubblicità delle sentenze non è assoluta (cfr. n. 65). Può essere limitata in singoli casi nell'ambito di un bilanciamento di interessi (test di proporzionalità) se prevalgono interessi pubblici o privati contrastanti e se la legge stessa prevede un'eccezione corrispondente. In particolare, le sentenze dei tribunali vengono regolarmente rese accessibili al pubblico solo in forma anonima, a causa della tutela della privacy delle parti in causa. La possibilità che le persone anonimizzate rimangano identificabili non deve essere esclusa. In particolare, la comprensibilità della sentenza pone dei limiti alla sua anonimizzazione. Entro questi limiti, è ammessa anche la pubblicazione solo abbreviata delle sentenze. Non esistono praticamente circostanze che giustifichino l'omissione totale della pubblicazione anche di una versione abbreviata e anonima di una sentenza. Nei procedimenti civili e penali ai sensi dell'art. 6 CEDU, ciò sarebbe in ogni caso incompatibile con il n. 1 di questa disposizione.

Una violazione del diritto alla pubblicità di una sentenza può essere rimediata in modo relativamente semplice, ossia obbligando la corte d'appello a pubblicare la sentenza retroattivamente. 73

*Informazioni sull'autore*

*Reto Walther, Dr. iur., avvocato, Ufficio federale di giustizia, ha pubblicato e insegnato in diritto costituzionale, amministrativo e internazionale. Attualmente sta lavorando al progetto di libro "Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights" per la Oxford University Press sulla base della sua tesi di laurea.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bühler Alfred, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, SJZ 105 (2009), S. 329 ff.

Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.

Fonjallaz Jean, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile, AJP 2011, S. 49 ff.

Gass Stephan/Kiener Regina/Stadelmann Thomas (Hrsg.), Standards on Judicial Independence, Bern 2012 (Textsammlung).

Haesler Frey Mirjam, Aufsicht über die Justiz, Basel 2017.

Hottelier Michel, Les garanties de procédure, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 809 ff.

Hürlimann Daniel, Publikation von Urteilen durch Gerichte, sui-generis 2014, S. 82 ff.

Reiter Catherine, Gerichtsinterne Organisation: Best Practices, Zürich 2015.

Santschi Kallay Mascha, Externe Kommunikation der Gerichte: Rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative, Bern 2018.

Saxer Urs, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation: Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 125 (2006), S. 459 ff.

Schindler Benjamin, Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates? Das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit, AJP 2013, S. 1017 ff.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477 ff.

Uhlmann Felix, Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 616 ff.

Valois Martine, L'indépendance judiciaire: La justice entre droit et gouvernement, Zürich 2012.

## BIBLIOGRAFIA

Ammann Odile, Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden? Überlegungen zur richterlichen Unabhängigkeit unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen «Justiz-Initiative», in: Urbanik Jakub/Bodnar Adam (Hrsg.), Law in a Time of Constitutional Crisis, Warschau 2021, S. 7 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Baldegger Mirjam, Der wiederkehrende Ruf nach dissenting opinions am Bundesgericht: Wünschbarkeit, Auswirkungen und Ausgestaltung richterlicher Sondervoten in der Schweiz, ZBl 118 (2017), S. 131 ff.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bohnet François, Kommentar zu Art. 30, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Borghi Marco, Etat et autorités – La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Bern 2015, S. 175 ff.

Brunner Arthur, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBl 122 (2021), S. 307 ff.

Burgener Martin, Die Richterwahlen im Kanton Zürich unter den Aspekten der richterlichen Unabhängigkeit und der Gewaltenteilung, Zürich 2022.

Diggelmann Oliver/Pangrazzi Sara, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in «alten» Demokratien, in: Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hrsg.), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention, Wien 2020, S. 107 ff.

Dunoff Jeffrey L./Pollack Mark A., The Judicial Trilemma, American Journal of International Law 111 (2017), S. 225 ff.

Engi Lorenz, Was heisst Menschenwürde? Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, ZBl 109 (2008), S. 659 ff.

Epiney Astrid, Kommentar zu Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, Kommentar zu Art. 190, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Fellmann Walter, Kommentar zu Art. 12, in: Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011.

Fischbacher Alain, Richterwahlen durch das Parlament, Chance oder Risiko?, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 8 (2005), S. 4 ff.

Garoupa Nuno/Ginsburg Tom, Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence, American Journal of Comparative Law 57 (2009), S. 103 ff.

Gass Stephan, Professionalisierung des Richteramts, AJP 2010, S. 1143 ff. (zit. Professionalisierung).

Gass Stephan, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden?, AJP 2007, S. 593 ff. (zit. Wahl).

Gertsch Gabriel, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBl 122 (2021), S. 34 ff.

Glaser Andreas, Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?, AJP 2018, S. 1251 ff.

Habegger Philipp/Landbrecht Johannes, Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit, in: Portmann Wolfang et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, S. 123 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hangartner Yvo, Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung, 15.11.2007, 5A. 369/2007, AJP 2008, S. 368 ff.

Hangartner Yvo/Looser Martin E., Kommentar zu Art. 190, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Heermann Peter W., «Beipackzettel» für Schiedsklauseln zum Court of Arbitration for Sport, CaS 15 (2022), S. 15 ff.

Huber Roland, Mit der Organisation der Justizverwaltung verbundene Risiken für die richterliche Unabhängigkeit, Justice - Justiz - Giustizia 2023.

Jahn Jannika, Die Dritte Gewalt in der Medienöffentlichkeit, in: Mülder Marje et al. (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht: 58. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2018.

Keller Helen, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 935 ff.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Keller Helen/Zimmermann Laura, Dissenting Opinions am Bundesgericht – Individuelle Transparenz oder Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit?, ZSR 138 (2019), S. 137 ff.

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001 (zit. Richterliche Unabhängigkeit).

Kiener Regina, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 17.12.2012, 5C_2/2012, ZBl 114 (2013), S. 265 ff. (zit. Urteilsbesprechung 5C_2/2012).

Kiener Regina, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 16.7.2020, 1C_295/2019, 1C_357/2019, ZBl 122 (2021), S. 161 ff. (zit. Urteilsbesprechung 1C_295/2019).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, Bern 2018.

Kiener Regina/Krüsi Melanie, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, ZSR 125 (2006), S. 487 ff.

Kiener Regina/Medici Gabriela, Anwälte und andere Richter: Zur Befangenheit von Richtern aufgrund anderer Erwerbstätigkeiten, SJZ 107 (2011), S. 373 ff.

Killias Martin, Gastbeitrag zur Justiz-Initiative: Interne Druckversuche waren unangenehmer, in: Solothurner Zeitung vom 29.10.2021, S. 2.

Kley Andreas, Kommentar zu Art. 29a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kneubühler Lorenz, Gehörsverletzung und Heilung – Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenanten «Heilung», ZBl 99 (1998), S. 97 ff.

Kosař David, Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe, German Law Journal 19 (2018), S. 1567 ff.

Kradolfer Matthias, Kommentar zu Art. 29a, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung.

Langer Lorenz, Reform der Richterwahl und die Unabhängigkeit, in: NZZ vom 29. November 2023, S. 19.

Leuenberger Christoph, Kommentar zu Art. 30, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, St. Gallen 2011.

Luminati Michele/Contarini Filippo, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, ZSR-II 138 (2019), S. 201 ff.

Mahlmann Matthias, Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, S. 1307 ff.

Mahon Pascal, Kommentar zu Art. 30, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Malinverni Giorgio et al., Droit constitutionnel suisse – Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 190, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Marti Arnold, Offenlegen von Minderheitsmeinungen («dissenting opinion») – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, Justice - Justiz - Giustizia 2012.

Marti Katrin, Entstehung und Entwicklung des Verfahrens der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 8 (2005), S. 16 ff. (zit. Entstehung).

Marti Katrin, Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Justice - Justiz - Giustizia (2010) (zit. Gerichtskommission).

Mastronardi Philippe/Schindler Benjamin, Vorb. zu Art. 143–191c, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Meyer Frank, Kommentar zu Art. 6, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK Kommentar, 3. Aufl., München 2022.

Müller Georg, Gerichtliche Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450 ZGB im Kanton Zürich, ZBl 114 (2013), S. 59 ff.

Müller Jörg Paul/Biaggini Giovanni, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl 116 (2015), S. 235 ff.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Nabold André, Chancen und Risiken richterlicher wissenschaftlicher Publizistik, Justice - Justiz - Giustizia 2013.

Neuenschwander Anouk, Kommentar zu Art. 191c, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Pflüger Michael, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Zürich/St. Gallen 2013.

Poltier Etienne, L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux, AJP 2011, S. 1018 ff.

Racioppi Giuliano, Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, Justice - Justiz - Giustizia 2017.

Reich Johannes, Kommentar zu Art. 191c, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Reich Johannes, Kommentar zu Art. 30, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Reiter Catherine/Stadelmann Thomas, Das Referentensystem, Justice - Justiz - Giustizia 2021 (zit. Referentensystem).

Reiter Catherine/Stadelmann Thomas, Informelle Hierarchien in der Justiz, Justice - Justiz - Giustizia 2021 (zit. Hierarchien).

Russo Alfio, Des juges tirés au sort: réalité ou illusion démocratique?, Justice - Justiz - Giustizia 2019 (zit. Tirés au sort).

Russo Alfio, Les modes de désignation des juges: Etude droit constitutionnel suisse et comparé, Basel 2021 (zit. Désignation).

Schabas William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford 2015.

Schefer Markus/Schaub Lukas, Nichtöffentlichkeit privater Schiedsverfahren? – Zur Garantie der Gerichtsöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung: Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 537 ff.

Schindler Benjamin, 16 Jahre Bundesverwaltungsgericht – Zeit zur Beseitigung der Kinderkrankheiten, ZBl 124 (2023), S. 1 f.

Schmid Hans, Parteisteuern zivilrechtlich betrachtet, SJZ 103 (2007), S. 555 ff.

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 10, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J., Vorb. zur Justizverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, Richteramt und politische Äusserungen in der Öffentlichkeit, Stellungnahme der Ethik-Kommission, 29. September 2021.

Sendler Horst, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW 1984, S. 689 ff.

Spielmann Dean, La liberté d'expression du juge: règle ou exception?, Revue trimestrielle des droits de l'homme 34 (2023), S. 307 ff.

Steinmann Gerold, Kommentar zu Art. 191c, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Steinmann Gerold, Kommentar zu Art. 30, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Steinmann Gerold, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, ZBl 116 (2015), S. 1 f. (zit. Denk-würdige Wiederwahl).

Steinmann Gerold, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 21.6.2016, 1C_123/2016, ZBl 117 (2016), S. 601 ff. (zit. Urteilsbesprechung 1C_123/2016).

Sutter Patrick, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin – Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, AJP 2006, S. 30 ff.

Vatter Adrian/Ackermann Maya, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, ZSR 133 (2014), S. 517 ff.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich 2020.

von Bogdandy Armin/Venzke Ingo, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin 2014.

Walder Beatrice, Erstinstanzliche Urteile noch kaum zugänglich, Plädoyer 4/2023, S. 20 f.

Walter Hans Peter, Interne richterliche Unabhängigkeit, Justice - Justiz - Giustizia 2005.

Walther Reto, Banana Republic Switzerland? On recent attempts to further politicise elections to the Federal Supreme Court, Verfassungsblog, 3.9.2020, <https://verfassungsblog.de/banana-republic-switzerland>, besucht am 17.1.2024 (zit. Banana Republic).

Walther Reto, Courts, in: Grote Rainer/Lachenmann Frauke/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (November 2020) <https://oxcon.ouplaw.com/home/mpeccol>, besucht am 17.1.2024 (zit. Courts).

Wiprächtiger Stefan, Vom Sprachrohr zum Kommunikator: Gedanken zu einem modernen Richterbild, Justice - Justiz - Giustizia 2023.

Wüthrich Daniela, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen, Justice - Justiz - Giustizia 2015.

Wyss Damian/Schuler Ruben, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Dritte Sektion, 13.6.2023, Urteil Nr. 22060/20, Sperisen g. Schweiz, ZBl 124 (2023), S. 659 ff.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 31 Cost.

Un commentario di Ahmed Ajil / David Mühlemann

CITAZIONE SUGGERITA

Ahmed Ajil/David Mühlemann, Commentario all'art. 31 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Ajil/Mühlemann, art. 31 Cost. N. XXX.

**Art. 31 Privazione della libertà**

[1] Nessuno può essere privato della libertà se non nei casi previsti dalla legge e secondo le modalità da questa prescritte.

[2] Chi è privato della libertà ha diritto di essere informato immediatamente, in una lingua a lui comprensibile, sui motivi di tale privazione e sui diritti che gli spettano. Deve essergli data la possibilità di far valere i propri diritti. Ha in particolare il diritto di far avvisare i suoi stretti congiunti.

[3] Chi viene incarcerato a titolo preventivo ha diritto di essere prontamente tradotto davanti al giudice. Il giudice decide la continuazione della carcerazione o la liberazione. Ogni persona in carcerazione preventiva ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole.

[4] Chi è privato della libertà in via extragiudiziaria ha il diritto di rivolgersi in ogni tempo al giudice. Questi decide il più presto possibile sulla legalità del provvedimento.

# STRUTTURA

I. Genesi della norma ... 502
II. Contesto: la privazione della libertà in Svizzera nella pratica ... 503
A. Statistiche relative alla privazione della libertà in Svizzera ... 503
B. Gruppi particolarmente interessati ... 504
C. Effetti negativi della privazione della libertà ... 506
D. Suicidio e assistenza al suicidio ... 507
III. Ambito di applicazione dell'art. 31 Cost. ... 508
A. Ambito di applicazione personale ... 508
B. Ambito di applicazione materiale ... 509
IV. Art. 31 cpv. 1 Cost.: legalità e legittimità della privazione della libertà ... 511
A. Motivi che giustificano una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 CEDU ... 513
1. Detenzione post-sentenza ... 514
2. Detenzione preventiva non penale ... 514
3. Detenzione preventiva penale ... 515
4. Detenzione di minori ... 516
5. Detenzione di persone particolarmente vulnerabili ... 517
6. Detenzione amministrativa nel settore della migrazione ... 518
B. Obblighi positivi ... 521
C. Assenza di arbitrarietà ... 522
V. Garanzie procedurali dell'art. 31 Cost. ... 523
A. Importanza delle garanzie procedurali ... 523
B. Art. 31 cpv. 2 Cost.: diritto all'informazione e alla difesa dei propri diritti ... 523
1. Motivi della privazione della libertà ... 524
2. Diritti da far valere ... 524
C. Art. 31 cpv. 3 Cost.: custodia cautelare ... 526
1. Controllo di legalità ... 527
2. I tribunali delle misure coercitive: un vero contrappeso? ... 527
3. Durata massima della detenzione preventiva ... 528
D. Art. 31 cpv. 4 Cost.: Habeas corpus ... 530
1. Periodicità del controllo ... 530
2. Requisito della celerità ... 531
3. Diritto al risarcimento ... 532
VI. Prospettive ... 532
Letture consigliate ... 533
Bibliographie ... 534
Matériaux ... 543

## I. GENESI DELLA NORMA

1 «La privazione della libertà deve sempre essere una misura di ultima istanza, strettamente necessaria e proporzionata. Qualsiasi altro approccio costituisce una violazione dei diritti umani». Queste sono le parole dell'ex Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatović, che ci ricordano che le garanzie in materia di privazione della libertà godono di una **protezione particolare**.

2 Per quanto riguarda le **convenzioni internazionali**, l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito: CEDU, ratificata dalla Svizzera nel 1974), che tutela il diritto alla libertà e alla sicurezza, nonché l'art. 9 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (di seguito: Patto ONU II, ratificato dalla Svizzera nel 1992) sono giuridicamente vincolanti per le autorità svizzere. Per qualsiasi questione relativa alla privazione della libertà è quindi indispensabile fare riferimento agli obblighi internazionali, in particolare all'art. 5 CEDU.

3 A livello costituzionale, l'articolo 31 Cost. riflette essenzialmente queste garanzie convenzionali. Va precisato che in origine la Costituzione federale non prevedeva garanzie in materia di privazione della libertà, poiché si trattava di un settore di competenza dei Cantoni. Di fatto, il diritto alla libertà personale, da cui deriva l'articolo 31 Cost., era considerato un diritto «inalienabile e imprescrittibile», ma **non scritto** fino alla revisione totale della Costituzione federale, entrata in vigore il 1° gennaio 2000.

4 Le garanzie in materia di privazione della libertà devono essere inserite in un contesto più ampio, ovvero quello della **libertà di movimento**. Il diritto alla libertà di movimento – di cui la privazione della libertà rappresenta la restrizione più estrema – è un diritto fondamentale essenziale da cui dipende di fatto l'esercizio della maggior parte dei diritti fondamentali, quali la libertà di circolazione o di comunicazione, la protezione della sfera privata, la libertà di religione o la libertà economica. La concretizzazione e la codificazione del diritto alla libertà di movimento si sono evolute attraverso la sua iscrizione, in particolare, nella *Magna Carta* del 1215 (divieto di privazione della libertà senza giudizio da parte di pari), nella Carta delle Nazioni Unite del 1945 (dignità umana e libertà fondamentali) o nella CEDU del 1950 (in particolare l'art. 5 CEDU, cfr. infra). La Costituzione federale svizzera vi fa riferimento

nell'art. 10 (art. 10 cpv. 2, che tutela il diritto alla libertà di circolazione, cfr. N. 25) e, ovviamente, nell'art. 31 Cost. di cui si tratta in questo commento.

L'art. 31 Cost. comprende quattro commi. Il primo comma ha come unico modello l'articolo 5 § 1 CEDU, mentre i commi da 2 a 4 si ispirano anche alle disposizioni contenute in diversi progetti preliminari che hanno preceduto la revisione totale della Costituzione federale entrata in vigore nel 2000. Il terzo comma è l'unico che riguarda specificamente la detenzione preventiva, mentre gli altri tre commi si applicano a qualsiasi forma di privazione della libertà. Il testo di questa disposizione non ha subito modifiche dalla sua entrata in vigore. Va notato che il primo comma riguarda i requisiti relativi alla privazione della libertà, mentre i commi da 2 a 4 garantiscono determinati diritti alle persone **già private** della loro libertà. 5

## II. CONTESTO: LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ IN SVIZZERA NELLA PRATICA

### A. Statistiche relative alla privazione della libertà in Svizzera

Al 31 gennaio 2025, 6'994 persone erano private della libertà in Svizzera. Di queste, 4'362 erano detenute nell'ambito dell'esecuzione (compresa quella anticipata) di pene e misure (art. 75 segg. CP), 2'211 si trovavano in detenzione preventiva o per motivi di sicurezza (art. 220 segg. Codice di procedura penale, di seguito: CPP) e 220 erano in detenzione amministrativa in materia di diritto degli stranieri (art. 75-78 LStr). . Per quanto riguarda l'«effettivo» a una data di riferimento, la Svizzera si colloca quindi tra i Paesi con un tasso di detenzione particolarmente basso. Tuttavia, il numero totale di persone interessate da una privazione della libertà nel corso dell'anno (il «flusso») è «molto elevato» rispetto alla media europea: nel 2022, ad esempio, 37 127 persone sono entrate in carcere in Svizzera, il che rappresenta **un tasso di incarcerazione tre volte superiore** al tasso mediano europeo. Ciò spiega in parte il sovraffollamento carcerario che affligge da anni diversi istituti, in particolare nella Svizzera romanda. 6

Un altro fattore che spiega l'elevato tasso di incarcerazione è la frequenza delle pene detentive brevi, cioè inferiori a 6 mesi, pronunciate senza sospensione condizionale. Nel 2024, su un totale di 4'997 pene detentive (PPL) senza sospensione condizionale, il 56,8% (2'837) riguardava PPL 7

inferiori a sei mesi. Nel 2023 questa cifra era di 4'267, con una drastica diminuzione del 48% delle PPL brevi. Questo calo potrebbe essere legato alla revisione del CPP, in particolare all'introduzione dell'art. 352a CPP, che prevede ora l'audizione della persona perseguita dall'autorità di perseguimento penale se è probabile che l'ordinanza penale comporti una PPL da eseguire.

8 Una parte significativa delle PPL brevi eseguite riguarda tuttavia pene sostitutive privative della libertà (PPLS), pronunciate in sostituzione di una pena pecuniaria (art. 36 CPP) o di una multa (art. 106 CPP). La Svizzera si distingue a livello internazionale per una frequenza particolarmente elevata di imposizione delle PPLS, che rappresentano circa la metà (4'964) delle 9'297 incarcerazioni per l'esecuzione di una pena o di una misura nel 2023.

9 La breve durata della detenzione solleva questioni fondamentali in relazione all'obiettivo di reinserimento sancito dall'art. 75 CP, poiché pochi giorni o settimane di privazione della libertà non consentono generalmente né l'attuazione di misure di accompagnamento durature, né un'influenza significativa sul percorso di vita della persona condannata. La pena sostitutiva privativa della libertà è criticata anche dal punto di vista dei diritti umani e la sua abolizione è sempre più spesso richiesta. Per quanto riguarda la Svizzera, la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ha analizzato la PPLS dal punto di vista dell'articolo 8 CEDU relativo alla protezione della vita privata. Ha giudicato che una PPLS di cinque giorni per una multa di 500 CHF inflitta a una persona in situazione di accattonaggio costituisse una violazione di tale articolo.

## B. Gruppi particolarmente interessati

10 In Svizzera, **gli stranieri** sono particolarmente interessati dalla privazione della libertà. Ciò si spiega in particolare con l'esistenza di reati specifici in materia di diritto degli stranieri, quali il soggiorno illegale (art. 115 cpv. 1 lett. b della legge sugli stranieri e l'integrazione, di seguito: LSI), la violazione di un divieto di ingresso (art. 119 cpv. 1 LStrI) o la mancata collaborazione durante le procedure di allontanamento (art. 115 cpv. 1 lett. a LStrI). A ciò si aggiungono forme di privazione della libertà che rientrano nel diritto amministrativo, quali la detenzione in vista del rinvio o dell'espulsione (art. 76 segg. LEI) o la detenzione preparatoria (art. 75 LEI), che possono aggiungersi alla detenzione penale o prolungarne gli effetti in modo cumulativo. Un rapporto pubblicato

nel 2025 dall'Osservatorio svizzero del diritto d'asilo e degli stranieri (ODAE-Suisse) mette in luce alcune carenze strutturali nella detenzione amministrativa in Svizzera.

A ciò si aggiunge il fatto che i cittadini stranieri sono, in alcuni casi, esclusi a priori dalle forme alternative di esecuzione quali il lavoro di pubblica utilità, la semilibertà o la sorveglianza elettronica. Inoltre, la libertà condizionale viene negata agli stranieri in anticipo o applicata con maggiore cautela, spesso per motivi legati allo status di soggiorno piuttosto che alla condotta o al reinserimento della persona interessata. Questo trattamento, basato su criteri migratori piuttosto che sulla prognosi individuale, è considerato da alcuni autori contrario al principio di uguaglianza (art. 8 Cost.) e al divieto di arbitrarietà (art. 9 Cost.). In sintesi, le pratiche sopra descritte contribuiscono alla sovrarappresentazione degli stranieri nella popolazione carceraria e sono interpretate nella letteratura come una forma di criminalizzazione della migrazione. 11

Anche le **persone affette da disturbi psichici** sono fortemente colpite dalla privazione della libertà, questa volta in nome di imperativi di sicurezza. Questa dinamica si riflette in parte nel significativo aumento del numero medio di persone sottoposte a internamento o a una misura istituzionale ai sensi dell'art. 59 CP (cfr. anche N. 42) a causa di un rischio di recidiva ritenuto elevato: tale cifra è aumentata di circa il 70 % dall'entrata in vigore del nuovo diritto sanzionatorio nel 2007. Parallelamente, la durata media della detenzione è aumentata notevolmente dal 2007: mentre nel 2007 era di 595 giorni, nel 2023 ha raggiunto i 1'605 giorni, con un aumento di circa il 170 %. Questi dati testimoniano un'evoluzione del diritto penale che si allontana progressivamente da un modello incentrato sulla punizione di un atto passato (logica della pena limitata nel tempo) per avvicinarsi a un diritto della prevenzione, il cui obiettivo prioritario è **la neutralizzazione del pericolo** che la persona rappresenterebbe (vedi anche N. 55). Questa svolta, che Oberholzer descrive come un passaggio «dalla repressione alla prevenzione», solleva questioni fondamentali sui principi di proporzionalità, prevedibilità e legalità delle misure penali in uno Stato di diritto. Inoltre, l'utilità di tali misure rimane discutibile. 12

## C. Effetti negativi della privazione della libertà

13 Qualsiasi privazione della libertà rappresenta un'esperienza psicologica e sociale estremamente incisiva per le persone interessate. La rottura dei contatti sociali, la perdita dell'autonomia fisica e finanziaria, l'impossibilità di organizzare liberamente la propria vita, i danni emotivi e sociali per la famiglia e l'ambiente circostante, nonché le violenze psicologiche o fisiche durante la detenzione costituiscono molteplici fattori di stress. La Corte EDU riconosce addirittura che la detenzione, per sua stessa natura, comporta un certo grado di umiliazione per le persone detenute.

14 La **detenzione preventiva** (cfr. N. 39 e N. 63 ss) costituisce una violazione particolarmente brutale della libertà personale, in particolare a causa dell'assenza di un termine che consenta alla persona interessata di prepararsi alla privazione della libertà – termine che talvolta può esistere dopo una condanna definitiva o una decisione amministrativa passata in giudicato. La detenzione avviene in modo improvviso, senza transizione, il che non lascia né il tempo di prepararsi psicologicamente, né di anticipare le ripercussioni concrete come la perdita del lavoro, la separazione dai propri cari o il completo sconvolgimento della vita quotidiana. Questo brusco cambiamento – spesso definito «shock carcerario» – è associato a un aumento del rischio di suicidio, in particolare durante i primi giorni di detenzione. Questo rischio è tanto più elevato in quanto il regime di detenzione preventiva è normalmente più severo di quello di esecuzione delle pene, essendo ampiamente praticato l'isolamento completo, almeno all'inizio della detenzione.

15 Secondo un rapporto del Centro svizzero di competenza per i diritti umani (di seguito: CSDH), i professionisti dell'esecuzione delle sanzioni penali in Svizzera considerano « all'unanimità la detenzione preventiva come la forma più dura di privazione della libertà ». Pertanto, sebbene la detenzione preventiva abbia *de jure* solo carattere preventivo, è evidente che *de facto* ha inevitabilmente anche carattere punitivo. Questo è uno dei motivi per cui il terzo comma dell'art. 31 Cost. (cfr. ss.) è specificamente dedicato alla detenzione preventiva, la cui attuazione in Svizzera è oggetto di numerose critiche da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) e della Commissione nazionale per la prevenzione della tortura (CNPT). Sono attualmente in corso diverse iniziative volte a migliorare le condizioni di detenzione di questo regime. Alla fine del 2023, la Conferenza dei direttori cantonali di giustizia e polizia (CCDJP) ha adottato un « orientamento in

N. 63

materia di detenzione preventiva e detenzione per motivi di sicurezza », che va nella direzione di un migliore rispetto del principio di proporzionalità nelle strutture di detenzione preventiva.

La **pratica dell'isolamento**, ovvero la detenzione individuale di una persona per almeno 22 ore al giorno senza alcuna possibilità reale di mantenere contatti con altre persone, è particolarmente dannosa. Secondo un rapporto dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), le ripercussioni mediche dell'isolamento comprendono attacchi di panico, depressione, rabbia, ira, disturbi della percezione, persino confusione totale, disturbi sensoriali, allucinazioni, paranoia, psicosi, autolesionismo e suicidio. In Svizzera, i gravi danni alla salute causati dall'isolamento sono noti da tempo. Una rassegna della letteratura del 1983 dello psichiatra zurighese Reto Volkart offre una panoramica sconcertante su questo argomento. La pratica dell'«isolamento prolungato», ovvero per più di 15 giorni consecutivi, è considerata un trattamento crudele, inumano e degradante ed è assolutamente vietata dalle Regole di Nelson Mandela. Ciononostante, l'isolamento prolungato continua ad essere praticato in Svizzera, in particolare nell'ambito dell'esecuzione delle pene sotto forma di misura di sicurezza ai sensi dell'art. 78 lett. b CPP, che prevede la possibilità di una tale misura di sicurezza per la protezione della persona detenuta o di terzi. Alcune legislazioni cantonali autorizzano inoltre la detenzione in cella come sanzione disciplinare (in relazione all'art. 78 lett. c CPP) per una durata superiore a 14 giorni. 16

L'isolamento è particolarmente problematico quando viene applicato a persone con disabilità (compresi i disturbi psichici): il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità (CRPD) sottolinea che l'isolamento applicato alle persone con disabilità può essere considerato una forma di tortura. 17

## D. Suicidio e assistenza al suicidio

In Svizzera, tra il 2003 e il 2023, in media 8 persone all'anno si sono suicidate in carcere. **La Svizzera si colloca in una posizione sfavorevole a livello internazionale per quanto riguarda il tasso di suicidi in carcere**. Secondo le indagini annuali del Consiglio d'Europa, figura regolarmente tra i paesi con un tasso «**molto elevato**», ovvero superiore di oltre il 25% alla mediana europea. Questa mortalità eccessiva per suicidio costituisce un 18

indicatore preoccupante delle condizioni di detenzione e della vulnerabilità delle persone incarcerate in Svizzera.

19 La questione dell'**assistenza al suicidio** è strettamente legata a quella del suicidio. L'aiuto al suicidio è soggetto a un regime giuridico relativamente liberale in Svizzera, poiché l'articolo 115 del CPP punisce solo l'istigazione e l'assistenza al suicidio per motivi egoistici. L'articolo 10 capoverso 2 Cost. e l'articolo 8 capoverso 1 CEDU tutelano il diritto all'autodeterminazione della persona, che comprende il diritto di decidere quando e come porre fine alla propria vita. Questo diritto è tutelato anche dalla garanzia costituzionale della dignità umana (art. 7 Cost.). Da ciò non deriva tuttavia un diritto all'assistenza al suicidio da parte di terzi o delle autorità statali. Il Centro svizzero di competenza per l'esecuzione delle sanzioni (CSCSP) ha elaborato una guida destinata agli istituti penitenziari, che prevede diverse condizioni per il trattamento di una richiesta di assistenza al suicidio.

## III. AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 31 COST.

### A. Ambito di applicazione personale

20 A causa delle conseguenze significative della privazione della libertà sulla vita e sulla salute di una persona, l'art. 31 Cost. copre un ampio ambito di applicazione personale, indicando che «**nessuno può essere privato della sua libertà** ». La garanzia costituzionale copre sia i cittadini ordinari (compresi i minori) sia gli stranieri residenti sul territorio svizzero, legalmente o meno. Poiché la privazione della libertà è concepita in senso lato, non è necessario che una persona sia coinvolta in un procedimento penale per beneficiare della protezione prevista dall'art. 31 Cost. Inoltre, qualsiasi forma di privazione della libertà da parte dello Stato, che si tratti di una pena o di una misura penale, di una misura amministrativa (nei settori dell'asilo, della migrazione, della sicurezza interna) o di una misura civile o ancora di una sanzione di diritto militare, rientra nella protezione costituzionale e convenzionale. Questa considerazione è particolarmente importante alla luce della crescente rilevanza delle misure extrapenali che limitano la libertà personale.

21 Sul piano soggettivo, secondo la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, una privazione della libertà presuppone **l'assenza di un consenso libero e informato** da parte della persona interessata. Per quanto

riguarda la questione del consenso nel contesto delle misure civili privative della libertà, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato – in particolare nella sentenza *Stanev c. Bulgaria* – che la presenza di un tutore o di una tutrice o l'assenza di opposizione espressa non sono sufficienti per considerare volontario un ricovero. Essa richiede un consenso libero, informato e giuridicamente valido da parte della persona interessata. Quando una persona accetta di rimanere in un istituto in cui è stata inizialmente trasferita senza il suo consenso, la Corte EDU ritiene che non sussista più una privazione della libertà. Tuttavia, il solo consenso non è sufficiente per compromettere il beneficio della protezione prevista dalle convenzioni internazionali.

## B. Ambito di applicazione materiale

Per determinare se un individuo sia privato della sua libertà e possa quindi beneficiare delle garanzie convenzionali e costituzionali in materia, è opportuno considerare la sua situazione concreta e tenere conto di una **serie di criteri**, quali il tipo, la durata e il contesto della detenzione, i suoi effetti o le modalità di esecuzione. Gli effetti delle misure devono essere esaminati in modo «cumulativo e combinato». 22

Un aspetto centrale di questa valutazione di fondo riguarda la distinzione tra privazione della libertà e «semplice» **restrizione della libertà di movimento**, alla quale si applicano le garanzie relative alla libertà personale previste dall'articolo 10 capoverso 2 Cost. e dall'articolo 12 capoverso 1 del Patto II dell'ONU. La differenza tra privazione e restrizione della libertà è una differenza di intensità e di grado, non di natura o di sostanza. Le misure devono essere straordinariamente incisive, impedendo a una persona di andare e vivere dove desidera. La privazione della libertà comporta tuttavia garanzie più ampie rispetto alla restrizione della libertà di movimento. Se tale restrizione deve certamente rispettare i principi di legalità e proporzionalità, non è necessario ricorrere a un esame della legalità della misura da parte di un tribunale, come previsto per una privazione della libertà. Contrariamente all'articolo 5 CEDU, che elenca in modo esaustivo le situazioni in cui una privazione della libertà è ammissibile dal punto di vista dei diritti umani (cfr. N. 36 ss), non esiste un elenco analogo che disciplini le restrizioni della libertà. Inoltre, poiché la Svizzera non ha ratificato il 4° protocollo aggiuntivo 23

alla CEDU, una misura che limita (e non priva) la libertà personale non gode della protezione specifica della CEDU.

24 Per quanto riguarda il criterio temporale, **otto minuti** possono già essere sufficienti per configurare una privazione della libertà. In linea di principio, maggiore è la restrizione spaziale, minore è la durata della privazione che entra in gioco. La reclusione in una cella per pochi minuti costituisce una privazione della libertà. L'assegnazione a domicilio (cfr. infra, N. 26) deve invece durare più a lungo per raggiungere la soglia necessaria per essere considerata una privazione della libertà.

25 Per quanto riguarda le condizioni concrete di attuazione, le **misure coercitive** non costituiscono una condizione necessaria per qualificare una privazione della libertà. La persona interessata non deve necessariamente essere soggetta a contenzione fisica durante la detenzione. Secondo alcuni autori, anche il collocamento in unità chiuse di case di cura o istituti medico-sociali per anziani o persone affette da demenza deve essere qualificato come privazione della libertà ai sensi dell'art. 31 Cost. e dell'art. 5 CEDU.

26 I giudici godono inoltre di un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda il criterio dello **spazio**. Secondo il TF e la Corte EDU, il divieto di lasciare l'aeroporto per diversi giorni costituisce una privazione della libertà. Anche gli arresti domiciliari costituiscono una privazione della libertà, anche se sono concesse alcune eccezioni, in particolare per le visite mediche o i servizi religiosi. Un confinamento generale che si applica a tutta la popolazione, in particolare durante una pandemia, non costituisce una privazione della libertà. L'esilio forzato su un'isola può costituire una privazione della libertà se la sorveglianza della polizia è tale che la persona non può uscire dalla propria residenza senza previa autorizzazione, se lo spazio effettivamente utilizzabile è limitato (nel caso specifico, il 90 % della superficie dell'isola era occupato da una prigione) e se le possibilità di stringere contatti sociali sono quasi inesistenti. Tuttavia, l'impossibilità di fatto di lasciare un'enclave di 1,6 $km^2$, causata dal divieto di ingresso nel Paese confinante, non costituisce una privazione della libertà ai sensi dell'articolo 5 CEDU, fintantoché la persona beneficia teoricamente della possibilità di trasferirsi in un'altra parte del Paese per sottrarsi *de facto* alla restrizione geografica.

Va inoltre osservato che gli articoli 31 Cost. e 5 CEDU non si applicano in linea di principio alle **condizioni di detenzione** in sé. Queste ultime sono trattate sotto il profilo di altre norme, in particolare l'articolo 3 CEDU (trattamento degradante) o l'articolo 7 Cost. (dignità umana), l'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata) e l'art. 13 Cost. (protezione della sfera privata), o ancora l'art. 14 CEDU (discriminazione) e l'art. 8 Cost. (uguaglianza). Le modalità e le condizioni di detenzione devono in ogni caso rispettare la dignità umana (art. 7 Cost.) ed evitare di sottoporre le persone detenute a «una sofferenza o a un rigore di intensità superiore al livello inevitabile di sofferenza inerente alla detenzione». Questo principio è sancito anche dall'art. 75 CP, che stabilisce che la pena detentiva «deve corrispondere il più possibile alle condizioni di vita ordinarie, garantire al detenuto l'assistenza necessaria, combattere gli effetti nocivi della privazione della libertà e tenere adeguatamente conto della necessità di proteggere la collettività, il personale e i codetenuti». 27

Tali condizioni comprendono in particolare l'igiene, l'aria e la luce, l'alimentazione, i rapporti sociali, i diritti procedurali o l'esercizio dei diritti politici. L'**isolamento carcerario**, in particolare quando è prolungato o applicato a persone vulnerabili, può **costituire una violazione dell'art. 3 CEDU.** Il TF ha giudicato che il collocamento di un paziente tossicodipendente in una camera di sicurezza nell'ambito dell'esecuzione di un collocamento a scopo di assistenza (PAFA) costituisce «una restrizione supplementare della libertà personale» ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 Cost. e quindi necessita di una base legale. A livello di *soft law*, le condizioni di detenzione sono oggetto delle Regole penitenziarie europee (RPE) e delle Regole Nelson Mandela, nonché di altre direttive sulla privazione della libertà. 28

## IV. ART. 31 CPV. 1 COST.: LEGALITÀ E LEGITTIMITÀ DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ

Il primo comma dell'art. 31 Cost. sancisce il principio di legalità, in linea con l'art. 5 § 1 CEDU. Esso dispone che «nessuno può essere privato della libertà se non nei *casi previsti* dalla legge e *secondo le forme* da essa prescritte». Questa formula rimanda, da un lato, all'esigenza di una **base giuridica** esplicita nel diritto interno per qualsiasi misura privativa della libertà (*casi previsti dalla legge*) e, dall'altro, al rispetto delle **procedure formali previste dalla stessa legislazione** (*forme da essa prescritte*). In altre parole, una 29

privazione della libertà non solo deve essere fondata su una base giuridica, ma deve anche essere applicata nel rispetto delle garanzie procedurali stabilite da tale norma, poiché tali requisiti costituiscono garanzie essenziali contro l'arbitrarietà.

30 Nel caso in cui una causa sia sottoposta al controllo di convenzionalità, la Corte EDU si astiene in linea di principio dal mettere in discussione la legge interna. Tuttavia, trattandosi di una grave restrizione di un diritto fondamentale, la Corte esige che la legge sia «di qualità», ovvero **accessibile, prevedibile e precisa**, in altre parole caratterizzata da un'elevata densità normativa. Essa deve inoltre essere conforme allo scopo dell'art. 5 CEDU, che è quello di proteggere ogni individuo dall'arbitrarietà. Poiché la privazione della libertà è intesa nella sua accezione più ampia dall'art. 31 Cost., tutte le basi legali applicabili – comprese quelle derivanti dal diritto amministrativo (asilo, migrazione, PAFA, ecc.) o dal diritto civile (collocamento a scopo assistenziale, protezione degli adulti, ecc.), e non solo quelle derivanti dal diritto penale e dalla procedura penale, devono essere prese in considerazione e sono soggette alle garanzie previste dalla norma.

31 Affinché una privazione della libertà sia regolare, essa non deve essere in contraddizione con i motivi elencati in modo esaustivo nell'articolo 5 § 1 CEDU. Questi consentono di concretizzare, come indicato dalla giurisprudenza del Tribunale federale, le garanzie previste dall'articolo 31 Cost. in relazione ai motivi di detenzione ammissibili. Dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 5 § 1 CEDU derivano tre grandi principi: l'interpretazione restrittiva delle eccezioni, che sono elencate in modo **esaustivo**, la regolarità della privazione della libertà, su cui si pone l'accento sia dal punto di vista procedurale che sostanziale, e l'importanza della rapidità dei controlli giurisdizionali richiesti. Parallelamente, devono essere rispettati anche i principi di proporzionalità e di inviolabilità dell'essenza dei diritti fondamentali di cui all'articolo 36 capoversi 2-4 Cost.

32 Il principio di proporzionalità e la protezione dell'articolo 5 CEDU implicano che la libertà sia la norma e che qualsiasi misura che la limiti debba rimanere l'**ultima ratio**. Almeno nel discorso ufficiale, esiste un consenso a livello internazionale secondo cui la privazione della libertà dovrebbe essere utilizzata solo come ultima risorsa. Le norme del CPT e numerose raccomandazioni recenti del Consiglio d'Europa affermano esplicitamente che la detenzione dovrebbe essere considerata solo come ultima risorsa e

sostengono una politica penale orientata alla riduzione del ricorso alla detenzione. Questo principio non trova esplicito riscontro nella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 5 CEDU, ma le argomentazioni della Corte in casi riguardanti violazioni degli articoli 8-11 CEDU forniscono analogie pertinenti. Nella causa *Hatton e altri c. Regno Unito*, la Corte ha stabilito che gli Stati sono tenuti a ridurre al minimo l'ingerenza nell'esercizio dei diritti umani, ricercando alternative meno incisive e sforzandosi di «raggiungere i propri obiettivi nel modo più rispettoso di tali diritti». Ha inoltre affermato, riferendosi alla sentenza *Dudgeon contro Regno Unito*, che «quando una politica del governo che si traduce in leggi penali lede un aspetto della sfera più intima della vita privata di una persona, il margine di discrezionalità concesso allo Stato è ridotto». Lo Stato deve in particolare dimostrare scientificamente che l'ingerenza nei diritti fondamentali è necessaria.

Trasposte alla libertà personale, le suddette dichiarazioni della Corte EDU 33
implicano l'obbligo per le autorità nazionali di **dimostrare l'efficacia** delle misure imposte per raggiungere il loro obiettivo e di trovare soluzioni alternative. In concreto, le autorità (in particolare il legislatore e i giudici) devono esaminare in modo sistematico, o addirittura caso per caso, se misure alternative o, in mancanza di queste, privazioni di più brevi consentano di **raggiungere gli obiettivi perseguiti**, quali il reinserimento sociale (art. 75 CP) o il ripristino della pace sociale. Occorre quindi tenere conto dei risultati delle ricerche sugli effetti delle diverse misure, in particolare sui figli e sui familiari delle persone detenute.

## A. Motivi che giustificano una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 CEDU

Una privazione della libertà è ammissibile solo se si applica uno o più dei 34
motivi elencati nell'art. 5 § 1 CEDU. Come stabilito nel testo della disposizione, «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della sua libertà, *salvo nei seguenti casi* e *secondo le vie legali* » (evidenziato da noi) . La CEDU riveste un'**importanza fondamentale** per qualsiasi violazione dei diritti fondamentali causata da una privazione della libertà: nella sua prassi, il Tribunale federale tiene conto della giurisprudenza della Corte EDU e delle sentenze che riguardano la Svizzera e quelle relative a ricorsi presentati contro altri Stati.

### 1. Detenzione post-sentenza

35 L'art. 5 § 1 lett. a) CEDU si riferisce alla detenzione regolare dopo una condanna («detenzione regolare dopo una condanna da parte di un tribunale competente»), tipicamente una pena privativa della libertà ordinata da un tribunale come previsto dagli articoli 40 CP, 36 CP (pena privativa della libertà sostitutiva) o 41 CP (pena privativa della libertà in sostituzione di una pena pecuniaria). Va notato che i giudici devono motivare espressamente la scelta di una pena detentiva (art. 41 cpv. 2 CP), che deve apparire **come l'unico mezzo** per impedire all'autore di commettere nuovi reati. Inoltre, le garanzie previste dall'art. 6 CEDU si applicano in materia di processo equo. Nel contesto svizzero, anche l'internamento (art. 64 CP), che costituisce una misura puramente di sicurezza, rientra nel campo di applicazione dell'art. 5 § 1 lett. a) CEDU. Infine, il concetto di «dopo» implica non solo una successione temporale, ma anche un nesso di causalità tra i motivi addotti nella condanna e la pronuncia della detenzione. Tuttavia, tale nesso si affievolisce con il passare del tempo.

### 2. Detenzione preventiva non penale

36 L'art. 5 § 1 lett. b) CEDU prevede la possibilità di una detenzione per insubordinazione a un ordine emesso da un tribunale o per garantire l'esecuzione di un obbligo legale, ad esempio in caso di mancato pagamento di una multa o di violazione delle condizioni di libertà condizionale. Le misure in questione non devono avere carattere punitivo. È necessario che la persona interessata abbia ricevuto un **ordine vincolante**, che abbia avuto la possibilità di sottostarvi e che non lo abbia fatto. È inoltre necessario che la privazione della libertà serva esclusivamente a garantire l'adempimento dell'obbligo che non potrebbe essere adempiuto con misure meno severe. Tale obbligo deve essere specifico e concreto.

37 Per quanto riguarda la natura dell'obbligo legale, può trattarsi di un obbligo negativo, in particolare quello di astenersi dal commettere reati, il che apre la strada alla **detenzione preventiva extrapenale**, che è stata trattata dalla Corte EDU sia dal punto di vista dell'art. 5 § 1 lett. b) CEDU che dell'art. 5 § 1 lett. c) CEDU. È tuttavia necessario che l'autore «potenziale» sappia quale atto specifico avrebbe dovuto o dovrebbe astenersi dal commettere e che vi siano indizi concreti che lascino supporre che egli non avesse la volontà di astenersene. Affinché l'obbligo sia sufficientemente concreto e specifico,

devono essere precisati il luogo e la data del reato, nonché le potenziali vittime. Una detenzione preventiva che non soddisfi questo requisito di precisione non può quindi essere presa in considerazione. Questo è uno dei motivi per cui il progetto di detenzione preventiva per i «potenziali terroristi» ha dovuto essere abbandonato nell'ambito dell'adozione della legge federale sulle misure di polizia per la lotta al terrorismo (LMPT) in Svizzera nel 2020. L'assegnazione a domicilio è stata invece mantenuta e fa ora parte dell'arsenale preventivo della legge federale che istituisce misure volte a mantenere la sicurezza interna (LMSI). Ciò nonostante il fatto che un'applicazione conforme all'art. 5 CEDU sembra impossibile, in particolare perché i motivi enunciati all'art. 23*o* LMSI e nel messaggio relativo alle MPT non sono sufficientemente precisi per giustificare una detenzione preventiva ai
sensi né dell'art. 5 § 1 lett. b) CEDU, né dell'art. 5 § 1 lett. c) CEDU (cfr. infra, N. 39 ss).

38 La CorteEDU ritiene che l'art. 5 § 1 CEDU non sia violato fintantoché la detenzione rispetta il principio di proporzionalità e la privazione della libertà è revocata **non appena il rischio concreto scompare**. Ciò richiede una valutazione continua della situazione e non può in linea di principio giustificare una detenzione superiore a poche ore. In accordo con questa giurisprudenza, il TF ritiene che il mantenimento dei manifestanti in un cordone di polizia («kettling») per 2,5 ore, seguito da una detenzione a fini di controllo di sicurezza di 3,5 ore, costituisca una privazione della libertà ammissibile, sia dal punto di vista della lettera b) – per impedire alle persone interessate di commettere un reato, nella fattispecie atti violenti durante una manifestazione vietata – sia dal punto di vista della lettera c) (cfr. infra) – per arginare i sospetti relativi alla commissione di nuovi reati.

## 3. Detenzione preventiva penale

39 L'art. 5 § 1 lett. c) CEDU fa riferimento alle forme di privazione della libertà che si applicano alle persone sospettate di aver commesso un reato penale. Questa lettera copre gli arresti provvisori da parte della polizia per condurre una persona alla stazione di polizia (art. 217 CPP) e la custodia cautelare. Anche un semplice fermo da parte della polizia (art. 215 CPP) può essere preso in considerazione, poiché l'esistenza di un **elemento di coercizione** nell'esercizio dei poteri di polizia di fermo e perquisizione indica una

privazione della libertà, nonostante la brevità di tali misure. La durata del arresto che precede un arresto da parte della polizia è dedotta dal termine di 24 ore entro il quale la persona deve essere rilasciata o condotta dinanzi al pubblico ministero (cfr. art. 219 cpv. 4 CPP).

40 La materializzazione più tipica dell'art. 5 § 1 lett. c) CEDU è la **detenzione prima del giudizio** prevista dall'art. 220 CPP, che comprende la detenzione provvisoria fino al deposito dell'atto d'accusa dinanzi al tribunale e la detenzione per motivi di sicurezza tra tale momento e l'entrata in vigore della sentenza. Per ordinare la detenzione preventiva è necessario un «forte» sospetto e, cumulativamente, la presenza di almeno uno dei quattro motivi specifici di detenzione, ovvero il rischio di collusione, il rischio di fuga, il rischio di recidiva e il rischio di reiterazione del reato (art. 221 CPP) . In questo modo, il CPP va oltre la CEDU, che menziona solo un sospetto «sufficiente» . L'esistenza di uno dei quattro motivi deve essere fondata su indizi concreti, poiché la sola presunzione non è sufficiente. La detenzione preventiva deve essere in linea di principio una misura di ultima istanza, al fine di rispettare il principio di proporzionalità (art. 36 cpv. 3 Cost.). Si deve constatare che spesso ciò non avviene nella pratica, poiché l'ampia gamma di misure sostitutive possibili (art. 237 CPP) rimane sottoutilizzata. Dal punto di vista dello Stato di diritto, ciò è problematico, dato il carattere vincolante del principio di proporzionalità.

## 4. Detenzione di minori

41 L'art. 5 § 1 lett. d) CEDU fa riferimento alla detenzione di una **persona minorenne**, come previsto dal diritto penale minorile (DPmin, 311.1) tramite il collocamento (art. 15 DPmin) e, a seconda delle modalità di esecuzione, il divieto geografico (art. 16a DPmin). Entra in gioco anche la procedura penale applicabile ai minorenni, come previsto dall'art. 27 della Legge federale sulla procedura penale applicabile ai minorenni (PPmin, 312.1) (detenzione preventiva e detenzione per motivi di sicurezza). Dai principi in materia di diritto penale minorile di cui all'art. 2 DPmin e all'art. 4 PPmin deriva che le misure coercitive che comportano una privazione della libertà rimangono un'*ultima ratio* e sono soggette a termini di proroga più rigorosi (cfr. art. 26 segg. DPmin). L'art. 5 § 1 lett. d) CEDU include anche le misure di collocamento a fini assistenziali nel caso di persone minorenni (art. 314*b* CC). La Svizzera è regolarmente oggetto di critiche da parte di istanze sia nazionali

che internazionali a causa della privazione della libertà di persone minorenni, in particolare nel settore della migrazione.

## 5. Detenzione di persone particolarmente vulnerabili

L'articolo 5, paragrafo 1, lettera e), CEDU riguarda la privazione della libertà 42
delle persone affette da disturbi psichici o tossicodipendenza, o delle persone qualificate come «vagabondi». Anche la privazione della libertà pronunciata a fini di contenimento di una malattia contagiosa rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera e), CEDU. Nel Codice penale svizzero, ciò corrisponde a forme di privazione della libertà che sono **strictu sensu non punitive**, vale a dire le misure terapeutiche istituzionali (art. 59 CP per il trattamento dei disturbi mentali, art. 60 CP per il trattamento delle dipendenze e art. 61 CP per i reati commessi da giovani adulti). Nel caso dei minori, il DPmin prevede il collocamento ai fini del trattamento di disturbi psichici (art. 15, cpv. 2, lett. a DPmin). Per quanto riguarda l'obbligo di sottoporre le persone affette da disturbi mentali a misure istituzionali ai sensi dell'art. 59 CP, la Svizzera è stata richiamata sia a livello nazionale che internazionale.

Secondo il CSDH, gli istituti di esecuzione delle misure e le divisioni di 43
psichiatria forense degli istituti penitenziari esistenti «possono essere qualificati solo in parte come istituzioni sottratte all'esecuzione delle pene e collegate al settore sanitario, anche nell'ambito di un'interpretazione generosa» . Anche il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha criticato il trattamento inadeguato derivante da un collocamento inappropriato. Esso indica che la detenzione di persone affette da disturbi mentali deve essere utilizzata solo come ultima risorsa e che devono essere individuate e applicate alternative alla privazione della libertà in istituto. Inoltre, ritiene che l'articolo 59 CP non sia compatibile con il Patto II delle Nazioni Unite. Il Comitato raccomanda alla Svizzera di adeguare le sue disposizioni legali al fine di conformarsi ai suoi obblighi internazionali. La situazione delle persone affette da gravi disturbi mentali è stata anche oggetto di un lungo dialogo tra il CPT e le autorità svizzere. Nel suo rapporto sulla visita del 2021, il CPT raccomanda alle autorità svizzere di abrogare le sanzioni disciplinari per le persone sottoposte a misure di trattamento istituzionale e affette da disturbi mentali. Alla luce di queste critiche, il costante aumento del numero di persone affette da disturbi mentali

sottoposte a privazione della libertà nell'ambito del diritto delle misure è fonte di preoccupazione.

44 Il Codice civile (CC, 210) prevede il collocamento a scopo assistenziale (art. 426 e 427 CC) . L'Autorità di protezione dei minori e degli adulti (APEA) deve decidere senza indugio su una richiesta di liberazione (art. 385 CC, art. 426 cpv. 4 CC) e procedere a un esame della legalità del collocamento entro sei mesi al massimo (art. 431 cpv. 1 CC) . Come per l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU, la detenzione penale di una persona qualificata come «paziente psichiatrico» deve avere un nesso causale con i motivi della condanna. Nel caso in cui la persona non risieda in un istituto adeguato, la misura deve essere revocata (art. 62c CP). Il 30 aprile 2019, la Corte EDU ha condannato la Svizzera per aver posto in assistenza una persona affetta da malattia psichica. Nella sua sentenza, la Corte ha precisato che la privazione della libertà a fini di assistenza per il solo motivo di **pericolo per altre persone** non era prevista dall'art. 426 CC. La privazione della libertà del ricorrente non aveva quindi alcun fondamento giuridico secondo la legislazione nazionale e violava l'articolo 5 § 1 lett. e) CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza). In altri termini, il ricorso a misure di diritto civile a fini esclusivamente preventivi e di sicurezza, tendenza che si riscontra anche in Svizzera, è inammissibile dal punto di vista dei requisiti costituzionali e convenzionali. La pratica dell'internamento a fini assistenziali continua a sollevare serie preoccupazioni alla luce degli obblighi derivanti dall'articolo 5 CEDU e della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CDPD). A questo proposito, va sottolineata anche la problematica particolare delle persone collocate in istituti chiusi senza un vero controllo giudiziario, spesso solo sulla base di contratti stipulati con i familiari.

## 6. Detenzione amministrativa nel settore della migrazione

45 Come ultima eccezione, l'art. 5 § 1 lett. f) prevede modalità legittime di privazione della libertà nel contesto del divieto di ingresso, della gestione della presenza e dell'allontanamento di stranieri dal territorio di uno Stato membro. L'esistenza di questa eccezione può sorprendere a prima vista, ma alla luce dello statocentrismo inerente al diritto internazionale, non esiste alcun diritto fondamentale che garantisca **l'accesso o il soggiorno nel territorio di uno Stato membro** della CEDU senza esserne cittadino o residente legale. In linea di principio, uno Stato membro non viola la

Convenzione quando impedisce, mediante una detenzione temporanea, l'ingresso non autorizzato di una persona nel proprio territorio. In Svizzera, queste forme di detenzione esistono in particolare negli aeroporti di Zurigo-Kloten e Ginevra-Cointrin. Si tratta delle «zone di transito» in cui possono essere arrestate le persone senza permesso di ingresso. Queste zone sono state qualificate come privazione della libertà dal TF, dal Consiglio federale e dalla CPT.

Per quanto riguarda i richiedenti asilo che, appena arrivati sul territorio, presentano una domanda di asilo, la loro permanenza nelle zone di transito non deve superare i 60 giorni, secondo l'art. 22 cpv. 5 della legge sull'asilo (LAsi). Se la Segreteria di Stato della migrazione (SEM) non si pronuncia sull'ammissibilità della **domanda di asilo** entro 20 giorni, la persona deve essere trasferita in un Cantone o in un centro della Confederazione (art. 23 LAsi). In linea di principio, una volta che la persona ha varcato la frontiera, si trova sul territorio e non può più essere impedita di *accedervi*. La detenzione ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. f.) diventa quindi inammissibile. Infine, l'art. 73 LEI prevede la detenzione di persone prive di permesso di soggiorno di breve durata, di soggiorno o di stabilimento al fine di notificare loro una decisione relativa al loro status di soggiorno (art. 73 cpv. 1 lett. a LEI) o di stabilire la loro identità e nazionalità (art. 73 cpv. 1 lett. b LEI). Tale trattenimento non può superare i tre giorni (art. 73 cpv. 2 LEI). 46

Una volta che il cittadino straniero senza permesso di soggiorno si trova *sul* territorio e **minaccia l'ordine pubblico** o rischia di sottrarsi a una decisione di allontanamento o espulsione, può essere sottoposto ad arresti domiciliari o gli può essere vietato l'accesso a una determinata regione (art. 74 LEI) . Tuttavia, se le modalità di esecuzione sono tali da comportare una privazione della libertà, non si applica l'art. 5 § 1 lett. f) CEDU, ma l'art. 5 § 1 lett. b) CEDU. In tal caso, la privazione della libertà non può avere carattere punitivo e deve essere revocata non appena l'obbligo in questione (in particolare quello di non minacciare l'ordine pubblico) è rispettato. 47

Il diritto in materia di stranieri prevede diverse **misure coercitive** che comportano una privazione della libertà (art. 75-78 LEI). L'art. 81 LEI impone alcune garanzie, ovvero il diritto di contattare la difesa, i familiari e le autorità consolari (art. 81 cpv. 1 LEI), l'obbligo di detenere le persone interessate in istituti specificamente previsti a tal fine o, in mancanza di questi, di separarle dalle persone in custodia cautelare o che scontano una pena penale (art. 81 48

cpv. 2 LEI), e il rispetto delle esigenze specifiche delle persone vulnerabili, dei minori non accompagnati e delle famiglie con bambini (art. 81 cpv. 3 LEI). Attualmente solo alcuni Cantoni dispongono di istituti specificamente concepiti per l'esecuzione della detenzione amministrativa. A parte l'istituto di Frambois (GE), i regimi di detenzione amministrativa sono stati per lo più allestiti in ex istituti penitenziari. Tuttavia, questi edifici si rivelano spesso inadatti alla natura non penale della detenzione amministrativa. Parallelamente, in Svizzera esistono numerose strutture di dimensioni più ridotte che accolgono persone in detenzione amministrativa insieme a detenuti in custodia cautelare, in detenzione per motivi di sicurezza o in esecuzione di pene o misure. Di conseguenza, gli stranieri interessati sono molto spesso collocati in istituti penitenziari o in strutture di tipo carcerario, poco adatte all'accoglienza e alle esigenze specifiche di questa popolazione. Questa situazione persiste nonostante il requisito del Tribunale federale secondo cui la privazione della libertà può essere giustificata solo nella misura strettamente necessaria all'esecuzione del rinvio e che le condizioni di esecuzione devono riflettere la natura amministrativa - e strettamente non punitiva - della detenzione.

49 Infine, una persona straniera può essere sottoposta a detenzione in caso di espulsione, allontanamento, espulsione esecutiva in prima istanza (art. 76 LEI) o in attesa di una decisione sull'allontanamento o l'espulsione, per un periodo massimo di sei mesi (art. 75 LEI) . Affinché una detenzione sia compatibile con i requisiti costituzionali e convenzionali, è necessario che l'esecuzione dell'espulsione o del rinvio sia **prevedibile** e che le autorità rispettino il principio di celerità, in particolare nel rilascio dei documenti d'identità. La Corte EDU ha inoltre precisato che una privazione della libertà cessa di essere conforme all'art. 5 CEDU quando la procedura di rinvio non è condotta con la diligenza richiesta. Un recente rapporto sottolinea che in Svizzera tali requisiti non sono sempre rispettati, in particolare per quanto riguarda il rispetto del principio di proporzionalità, le garanzie procedurali e le condizioni di detenzione. Nel 2016 il TF ha ordinato il rilascio di un cittadino iracheno, condannato per reati legati al terrorismo, dalla detenzione in vista dell'espulsione, perché la decisione di espulsione di primo grado, ordinata dal fedpol, non aveva esaminato il principio di non respingimento applicabile ai rifugiati (art. 25 cpv. 2 Cost., art. 5 LAsi) né il non respingimento in caso di rischio di tortura (art. 25 cpv. 3 Cost., art. 3 CEDU). L'espulsione non era quindi fattualmente possibile. Questo caso costituisce uno dei motivi per cui

la LMPT (cfr. N. 39) ha introdotto il motivo della «minaccia alla sicurezza interna o esterna», sia per la detenzione nella fase preparatoria che per la detenzione volta a garantire l'esecuzione del rinvio o dell'espulsione (art. 75 cpv. 1 lett. i LEI), nonché per la possibilità di isolamento di uno straniero detenuto (art. 81 cpv. 6 LEI), rafforzando così l'approccio di sicurezza nel settore dell'asilo.

## B. Obblighi positivi

La giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 5 CEDU **non si limita agli obblighi negativi**, ovvero all'obbligo di astenersi da trattamenti contrari ai principi della Convenzione. Nella giurisprudenza sono stati sottolineati anche obblighi positivi: gli Stati membri devono adottare misure adeguate per proteggere tutte le persone che ricadono sotto la loro giurisdizione. Ciò riguarda i casi di estradizione penale, quando c'è da temere che lo Stato verso il quale è prevista l'estradizione non rispetti le garanzie previste dall'art. 5 CEDU. 50

Ad esempio, la **detenzione «incommunicado»** (cioè senza alcuna possibilità di contatto con il mondo esterno) costituisce una violazione fondamentale delle garanzie di base in materia di privazione della libertà. Uno Stato membro deve registrare i dati relativi alla data, all'ora, al luogo della detenzione, al nome della persona detenuta, ai motivi della detenzione e all'autorità responsabile della detenzione. Se una persona rischia di essere sottoposta a un regime di detenzione in isolamento (pratica comune negli Stati Uniti nel contesto della lotta al terrorismo) da parte di un altro Stato, lo Stato membro viola la Convenzione nel merito se trasferisce tale persona alle autorità straniere ai fini della detenzione, e sotto il profilo procedurale se omette di esaminare la legalità della detenzione all'estero. Nel caso di specie, l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia era responsabile non solo della detenzione del ricorrente in un albergo per 23 giorni, ma anche del suo trasferimento in Afghanistan e della sua detenzione per quattro mesi in un centro di detenzione extragiudiziale gestito dalla CIA. In un caso del genere, quando lo Stato membro ha posto una persona sotto la sua autorità, anche solo per un breve periodo, può essere tenuto a fornire la prova della sua ignoranza delle violazioni dei diritti umani commesse da un altro Stato (secondo il principio *affirmanti incumbit probatio*). 51

52 Infine, lo statocentrismo che continua a prevalere in materia di applicabilità e applicazione dei diritti umani tende a oscurare il fatto che gli Stati non sono gli unici attori che violano tali diritti e libertà. Gli obblighi positivi devono essere rispettati anche quando gli agenti statali sono a conoscenza di privazioni della libertà perpetrate da attori privati, che si adattano a tali privazioni o addirittura cooperano con loro. In questo contesto, resta da esaminare il ruolo delle imprese di sicurezza private, che svolgono compiti sovrani e fanno uso della forza, come nel caso degli agenti di sicurezza nei centri federali d'asilo (CFA).

## C. Assenza di arbitrarietà

53 A monte delle garanzie procedurali più concrete descritte ai commi 2, 3 e 4 dell'articolo 31 Cost., la seconda parte del comma 1 («secondo le forme prescritte dalla legge») evoca una garanzia procedurale generale. Questa serve a mitigare i rischi di abuso derivanti da leggi nazionali utilizzate in modo improprio, al fine di proteggere ogni persona dall'arbitrarietà. Una privazione della libertà può quindi essere considerata arbitraria in presenza di un elemento di **malafede, astuzia o inganno** da parte delle autorità. Può diventarlo anche quando non vi è coerenza tra il motivo addotto, il luogo e le modalità concrete della detenzione, ad esempio quando le persone sono detenute in un regime penitenziario rigoroso senza una giustificazione legata alla loro situazione. Allo stesso modo, la detenzione può essere considerata arbitraria in assenza di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi di coercizione scelti, o ancora quando il tempo che intercorre tra l'annullamento di una misura di detenzione e l' adozione di una nuova decisione giuridicamente valida è eccessivo.

54 Secondo alcuni autori, questo meccanismo di protezione contro l'arbitrarietà sarebbe sempre più messo alla prova nella pratica. Con il pretesto di prevenire varie forme di violenza, **il ricorso al concetto di pericolosità** tende a diventare uno strumento di arbitrarietà. L'approccio “preventivo” si concentra su misure che non mirano a reati commessi, ma a una “pericolosità” prevista. Ciò riguarda sia il settore della sicurezza interna, in particolare nel campo dell'antiterrorismo, ad esempio attraverso i poteri di indagine preventiva dei servizi di intelligence, sia il sistema penitenziario, dove sempre più persone sono incarcerate in via provvisoria nell'ambito di misure istituzionali e di internamento.

# V. GARANZIE PROCEDURALI DELL'ART. 31 COST.

## A. Importanza delle garanzie procedurali

La privazione della libertà rappresenta un'ingerenza particolarmente incisiva nei diritti fondamentali di una persona. Ne consegue quindi l'importanza fondamentale che la persona possa beneficiare di un procedimento equo quando viene leso il suo diritto alla libertà di movimento (vedi sopra, N. 4). Il diritto di beneficiare della posizione di soggetto processuale (Prozesssubjektstellung) è strettamente legato alla dignità umana: affinché la privazione della libertà rispetti i diritti umani, le persone interessate devono essere considerate soggetti di diritto in grado di partecipare al procedimento e di influenzarlo (e non ridotte a oggetti di diritto). A tal fine, l'art. 31 Cost. prevede garanzie procedurali concrete che vanno oltre le garanzie procedurali generali (art. 29 Cost.) e della garanzia dell'accesso al giudice (art. 29a Cost.), concretizzandole per la privazione della libertà. L'art. 31 Cost. garantisce il diritto all'informazione e il diritto di far valere i propri diritti in modo efficace (art. 31 cpv. 2 Cost.), il controllo della legalità della detenzione preventiva (art. 31 cpv. 3 Cost.) e la possibilità per le persone detenute di adire un tribunale in qualsiasi momento per controllare la legalità della detenzione (art. 31 cpv. 4 Cost.). 55

## B. Art. 31 cpv. 2 Cost.: diritto all'informazione e alla difesa dei propri diritti

L'art. 31 cpv. 2 Cost. fa riferimento al diritto all'informazione, diritto contemplato anche dall'art. 5 § 2 CEDU. L'informazione è indispensabile affinché la persona privata della libertà possa far valere tutti i suoi diritti garantiti dalla norma costituzionale (cfr. in particolare l'art. 31 cpv. 3 e 4 Cost.). Questa garanzia riflette il diritto costituzionale **di essere ascoltati** (art. 29 cpv. 2 Cost.) . Il diritto all'informazione si applica solo a partire dal momento in cui la privazione della libertà diventa effettiva, ovvero quando la persona viene arrestata o posta in detenzione. La sola esistenza di un mandato di arresto non è sufficiente a far sorgere tale obbligo di informazione: tale diritto ha effetto dal momento in cui la persona è concretamente privata della sua libertà. Si tratta di una garanzia procedurale applicabile a tutti i tipi di detenzione. 56

## 1. Motivi della privazione della libertà

57 L'art. 31 cpv. 2 Cost. contiene diverse garanzie relative alle modalità e agli oggetti della notifica. I due oggetti riguardano, da un lato, i motivi della privazione della libertà e, dall'altro, i diritti della persona interessata. Per quanto riguarda i motivi, il testo dell'art. 5 § 2 CEDU va leggermente oltre l'art. 31 cpv. 2 Cost. aggiungendo che la persona deve essere informata anche di «**ogni accusa formulata contro di lei**». In materia di procedura penale, gli art. 158 cpv. 1 lett. a CPP e 219 CPP esigono che l'imputato sia informato dei reati che gli vengono contestati. Per ulteriori precisazioni sui criteri relativi alla comunicazione dei motivi della detenzione, si rimanda al CPP e alla giurisprudenza della Corte EDU e del TF.

58 La qualità dell'informazione deve essere valutata alla luce delle circostanze concrete. I motivi della detenzione devono essere **sufficientemente espliciti**, dal punto di vista giuridico e fattuale, affinché la persona possa chiedere un esame della legalità della sua detenzione ai sensi dell'art. 31 cpv. 4 Cost. . Non è sufficiente menzionare solo la o le disposizioni legali presumibilmente violate. D'altra parte, le autorità non sono tenute a presentare le accuse e le prove in modo esaustivo, né a concedere l'accesso al fascicolo dell'indagine fino a quando non si sia svolta la prima udienza (cfr. art. 101 CPP).

## 2. Diritti da far valere

59 Tra i diritti della persona detenuta figura il diritto di **non autoincriminarsi** (*nemo tenetur*, cfr. art. 158 cpv. 1 lett. b CPP per i procedimenti penali). Questo principio può essere dedotto dall'art. 6 § 1 CEDU ed è esplicitamente garantito dall'art. 14 n. 3 lett. g del Patto ONU II. Va notato che questo diritto costituzionale è compromesso dagli obblighi dei presunti autori di infrazioni alla legge federale sulla circolazione stradale (LCR), in particolare l'obbligo di partecipare alla constatazione dell'incapacità di guidare (art. 91a LCR in combinato disposto con l'art. 51 LCR) . Infine, è importante sottolineare che l'obbligo di informare la persona del suo diritto di rifiutarsi di testimoniare è una conquista della nuova Costituzione federale del 1999. Infatti, sia l'art. 31 cpv. 2 Cost. che l'art. 32 cpv. 2 Cost. (per il procedimento penale) elevano questo diritto di rifiutare di testimoniare al rango di diritto fondamentale direttamente applicabile. La persona interessata deve inoltre essere informata del proprio diritto a un'assistenza legale gratuita (cfr. art. 29 cpv. 3 Cost.) e del

proprio diritto di chiedere in qualsiasi momento la revisione della propria libertà (art. 226 cpv. 3 CPP). L'assistenza legale durante la detenzione è riconosciuta anche dalle Regole penitenziarie europee (paragrafo 23.1) e dalle Regole Nelson Mandela (Regola 61).

Oltre all'obbligo di informare la persona dei suoi diritti, obbligo senza il quale le prove diventano inutilizzabili (art. 158 cpv. 2 CPP in combinato disposto con l'art. 141 cpv. 1 CPP per le audizioni), è indispensabile che la persona sia **messa in condizione di farli valere**. Quando una persona richiede una difesa legale, le autorità sono quindi tenute a reagire in modo rapido ed efficace. Secondo una parte della dottrina, la difesa obbligatoria prevista per la detenzione preventiva (art. 130 lett. a CPP) dovrebbe applicarsi in modo analogo all'esecuzione delle pene e delle misure. L'esecuzione di una sanzione è infatti caratterizzata da una serie di decisioni, ciascuna delle quali meriterebbe una difesa adeguata, in particolare perché la detenzione comporta una maggiore vulnerabilità e un maggiore bisogno di sostegno. Al di là della sua funzione puramente difensiva, il diritto di far valere i propri diritti comporta anche una dimensione positiva, ovvero la capacità e la possibilità effettiva di presentare richieste o istanze alle autorità. Pertanto, una persona che sta scontando una pena o una misura deve poter invocare il principio di reinserimento sancito dall'art. 75 CP. 60

Per quanto riguarda le modalità di notifica, l'articolo 31 capoverso 2 Cost. prevede due criteri. Il primo è di natura temporale («immediatamente»). La formulazione dell'articolo 5 § 2 CEDU («nel più breve tempo possibile») equivale a quanto previsto dal testo costituzionale. *In concreto*, questo criterio temporale non implica alcun termine fisso, ma significa che l'informazione deve pervenire alla persona **con sufficiente anticipo** affinché questa possa far valere i propri diritti in modo efficace. L'informazione deve in ogni caso pervenire alla persona prima di una prima audizione e prima che questa renda dichiarazioni potenzialmente autoincriminanti. Un termine di diversi giorni è inammissibile in ogni caso. 61

Il secondo criterio riguarda la lingua di comunicazione. La persona detenuta deve essere in grado di comprendere la lingua utilizzata, senza che questa sia necessariamente la sua lingua madre. Ciò richiede potenzialmente una traduzione. Per quanto riguarda il procedimento penale, l'articolo 219 capoverso 1 CPP prevede che l'informazione sia fornita «in una lingua che [la persona arrestata] comprende». Le informazioni devono essere fornite alla 62

persona in un **linguaggio accessibile e non tecnico**. Particolare attenzione deve essere prestata alle persone con capacità di comprensione limitate, sia a causa di disturbi psichici, deficit intellettivi, stati di confusione temporanea (ad esempio in caso di forte intossicazione alcolica) o per qualsiasi altro motivo. In tali casi, è necessario assicurarsi che le informazioni siano fornite in modo adeguato, in particolare con l'aiuto di personale formato o specializzato. In ogni caso, spetta alle autorità assicurarsi che la persona comprenda appieno i motivi della sua detenzione e i suoi diritti. È possibile informare un rappresentante legale se si può ragionevolmente presumere che l'informazione giungerà poi direttamente alla persona interessata. Infine, l'informazione non deve necessariamente essere trasmessa in forma scritta, ma può essere comunicata anche oralmente. È tuttavia ragionevole conservarne una traccia scritta, ad esempio sotto forma di verbale redatto successivamente.

63 Infine, l'art. 31 cpv. 2 Cost. garantisce anche il diritto di **informare i propri cari**. La formulazione implica la partecipazione di un intermediario: né la Costituzione né la CEDU garantiscono il diritto di informare *personalmente* i propri familiari o rappresentanti legali. Il concetto di persona vicina non si limita alla cerchia familiare, ma si estende a «[t]utta la persona legata da un interesse di natura privata, professionale, associativa o di altro tipo a chi è privato della libertà ». Nell'ambito del procedimento penale, l'art. 214 cpv. 1 CPP riflette questo diritto costituzionale, obbligando l'autorità penale competente a informare «immediatamente» i familiari della persona arrestata e, su richiesta di quest'ultima, il suo datore di lavoro o, se del caso, l'ambasciata del suo Paese. Tuttavia, l'eccezione prevista dall'articolo 214 capoverso 2 CPP introduce una restrizione procedurale a questo diritto fondamentale, consentendo all'autorità di differire l'informazione al fine di preservare l'efficacia dell'istruzione. Questa facoltà di rinvio solleva interrogativi circa la compatibilità dei requisiti dell'indagine con le garanzie costituzionali.

## C. Art. 31 cpv. 3 Cost.: custodia cautelare

64 Il terzo comma dell'art. 31 Cost. si distingue dagli altri in quanto riguarda esclusivamente una forma particolare di privazione della libertà: la custodia cautelare (detta anche detenzione preventiva o detenzione prima del giudizio). Nel diritto svizzero, questa categoria comprende la detenzione

provvisoria in senso stretto (art. 220 cpv. 1 CPP) e la detenzione per motivi di sicurezza (art. 220 cpv. 2 CPP). L'art. 31 cpv. 3 Cost. riguarda due aspetti: il controllo iniziale della detenzione preventiva e la sua durata. Questa disposizione deve essere letta alla luce della **presunzione di innocenza** enunciata all'art. 32 cpv. 1 Cost.

## 1. Controllo di legalità

Per quanto riguarda il controllo della legalità della detenzione preventiva, si tratta di una garanzia specifica e **automatica**, contrariamente alla garanzia generale di controllo giudiziario di cui all'art. 31 cpv. 4 Cost. (cfr. N. 71 infra), che deve essere oggetto di una richiesta espressa da parte della persona privata della libertà. L'art. 31 cpv. 3 Cost. garantisce un primo controllo al momento della detenzione, ma non offre garanzie per i controlli successivi, che devono invece soddisfare i criteri specificati nell'art. 31 cpv. 4 Cost. Per quanto riguarda il termine entro il quale deve avvenire questo primo controllo, ritroviamo qui l'avverbio «immediatamente», già menzionato nell'art. 31 cpv. 2 Cost. Secondo la Corte EDU, in linea di principio non dovrebbe essere superato un termine massimo di 48 ore. La Corte ritiene che un periodo superiore a quattro giorni per decidere sulla legalità sia prima facie troppo lungo, anche nel contesto della lotta al terrorismo. In determinate circostanze, anche un periodo più breve può essere contrario al principio di celerità, in particolare nel caso di minori e/o di reati non violenti. 65

In Svizzera, il pubblico ministero deve presentare una **richiesta di detenzione** per un massimo di tre mesi al tribunale delle misure coercitive (di seguito: TMC; art. 13 lett. a CPP; art. 18 cpv. 1 CPP). Tale richiesta deve essere presentata «senza indugio» ed entro un termine massimo di 48 ore dall'arresto da parte della polizia (art. 224 cpv. 2 CPP). Il TMC decide immediatamente, ma dispone anche di un termine massimo di 48 ore (art. 226 cpv. 1 CPP) per ordinare la detenzione o una misura coercitiva, oppure l'immediata (ri)messa in libertà (art. 226 cpv. 3-5 CPP). Il TMC ascolta l'imputato *in persona*, salvo eccezioni (art. 225 CPP). 66

## 2. I tribunali delle misure coercitive: un vero contrappeso?

I TMC sono stati creati con la revisione del CPP del 2007 per costituire «un indispensabile contrappeso ai poteri della polizia e del pubblico ministero». Lo sviluppo dei TMC mirava a rispondere a una **mancanza di imparzialità** 67

**dei giudici istruttori**, come spiegato nel messaggio del Consiglio federale relativo all'unificazione del Codice di procedura penale. La giurisprudenza della Corte EDU sembrava imporre che, *de facto*, solo i magistrati non coinvolti in un caso potessero non solo decidere sulla legalità della detenzione (art. 31 cpv. 4 Cost.), ma anche ordinare la detenzione (art. 31 cpv. 3 Cost.) . Infatti, il testo dell'art. 5 § 3 CEDU lascia un certo margine di interpretazione indicando che la persona deve essere condotta davanti a un giudice «o ad un altro magistrato abilitato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie» («offlcer» in inglese). La giurisprudenza ha chiarito che un magistrato non deve necessariamente essere un giudice, ma deve comunque possedere le caratteristiche proprie di tale funzione, in particolare l'indipendenza. Al contrario, secondo il testo della Costituzione, la competenza *di ordinare* la detenzione preventiva deve *imperativamente* spettare a un giudice.

68 Se la presenza dei TMC è oggi un risultato positivo da salutare, è evidente che manca ancora un vero e proprio contrappeso alle autorità di perseguimento penale. I TMC non rifiutano quasi mai le richieste di custodia cautelare formulate dai pubblici ministeri. Ciò è tanto più problematico nei casi (prevalenti dall'entrata in vigore del nuovo CPP) in cui il procedimento si conclude con un'**ordinanza penale** che può pronunciare una pena privativa della libertà fino a sei mesi (art. 352 cpv. 1 lett. d CPP). Affinché un tribunale possa pronunciarsi sulla validità di un'ordinanza (art. 356 cpv. 2 CPP), è necessario che venga notificata un'opposizione. In assenza di opposizione, l'ordinanza è assimilata a una sentenza passata in giudicato (art. 354 cpv. 3 CPP). A differenza dei casi in cui un tribunale si pronuncia sulla sanzione definitiva, in questi casi la detenzione sfugge *in fine* al controllo giudiziario richiesto sia dalla Costituzione che dalla Convenzione. Se l'introduzione dell'art. 352*a* CPP, entrato in vigore il 1° gennaio 2024 (cfr. N. 7 sopra), che prevede ora l'audizione da parte del pubblico ministero «se è probabile che l'ordinanza penale comporti una pena privativa della libertà da eseguire», è da accogliere con favore, ma non rimedia ancora alla mancanza di controllo giudiziario.

### 3. Durata massima della detenzione preventiva

69 L'articolo 31 capoverso 3 Cost. codifica il principio di celerità, secondo cui la persona interessata ha diritto a «essere giudicata entro un termine

ragionevole». Questo principio è incluso anche nell'articolo 5 capoverso 3 CEDU e richiama il principio di celerità nei procedimenti giudiziari e amministrativi (articolo 29 capoverso 1 Cost.). Tuttavia, non si tratta di «una garanzia in senso stretto». In pratica, due criteri risultano determinanti per valutare il carattere «ragionevole» del termine: da un lato la complessità del caso e dall'altro la severità della sanzione prevista. Questo secondo criterio si ritrova anche nell'art. 212 cpv. 3 CPP. Secondo il TF, la ragionevolezza deve tenere conto del comportamento dell'imputato e della posta in gioco nel procedimento. Non esiste una **durata massima prescritta**, come in altri paesi. Ad esempio, il codice di procedura penale austriaco prevede sei mesi per i reati e un anno per i crimini, con una durata massima di due anni in casi eccezionalmente gravi. Esso fissa inoltre termini diversi a seconda del motivo della detenzione preventiva: il solo rischio di collusione non consente di trattenere una persona in detenzione per più di due mesi.

70 Una delimitazione con tali termini sarebbe auspicabile in Svizzera, dove la **detenzione preventiva può essere molto lunga**. Il TF ha stabilito che la detenzione prima del giudizio non deve superare i tre quarti della pena finale pronunciata, che è già più lunga dei due terzi della pena dopo i quali viene concessa la libertà condizionale in assenza di prognosi sfavorevoli (art. 86 CPP). Quando la detenzione preventiva supera i due terzi della pena prevista, è necessaria una decisione (o almeno una valutazione) in merito alla concessione della liberazione condizionale.

71 L'assenza di un termine fisso può tradursi in una minore pressione sulle autorità di perseguimento penale per quanto riguarda il principio di celerità. Dato che il periodo di detenzione preventiva può essere dedotto dalla pena pronunciata ai sensi dell'art. 51 CP, i giudici possono essere tentati di tenerne conto nella determinazione della pena. A ciò si aggiunge il fatto che la liberazione entra in gioco solo quando sussiste una violazione «grave» del principio di celerità e le autorità non sembrano né in grado né disposte a portare avanti e a chiudere il caso. Nei casi meno gravi, spetta al tribunale determinare come tenere conto di una violazione del principio di celerità, ad esempio attraverso una riduzione della pena. Come un serpente che si morde la coda, una potenziale violazione del principio di celerità rischia quindi spesso di essere **assorbita dalla pena infine pronunciata**, il che non è conforme alla protezione costituzionale e convenzionale prevista. Una

soluzione potrebbe essere quella di considerare che un giorno di detenzione preventiva equivale a due giorni di detenzione in esecuzione della pena.

## D. Art. 31 cpv. 4 Cost.: *Habeas corpus*

72 L'art. 31 cpv. 4 Cost. è modellato sull'art. 5 § 4 CEDU e incarna il principio dell'*habeas corpus*, ovvero il diritto di presentare **«in qualsiasi momento» un ricorso per far esaminare la legalità** della privazione della libertà in relazione al rispetto dei suoi requisiti sostanziali e procedurali. Questo principio si applica a tutte le forme di detenzione. A differenza dell'ordine di detenzione («Haftanordnung») (par. 3), il controllo della legalità della detenzione in corso deve essere effettuato da un tribunale. La formula «senza che un tribunale lo abbia ordinato» non esclude un controllo successivo, in particolare quando le circostanze che hanno giustificato la detenzione iniziale sono suscettibili di cambiare, ad esempio il rischio di collusione (per la detenzione preventiva), l'amministrazione e l'effetto del trattamento (per il PAFA o le misure terapeutiche) o la pericolosità (per l'internamento).

### 1. Periodicità del controllo

73 Tale esame della legalità della detenzione deve poter essere richiesto a intervalli ragionevoli. La frequenza di tali controlli dipende dalla natura e dalla durata della privazione della libertà, nonché dalla fase del procedimento. Nelle fasi iniziali del procedimento penale – in particolare in caso di detenzione preventiva – o in presenza di una situazione probatoria incerta, sono necessari controlli più ravvicinati. Il Tribunale federale ha quindi stabilito che il termine di un mese previsto dall'articolo 228 capoverso 5 CPP per la presentazione di una nuova richiesta di liberazione non è contrario all'articolo 5 capoverso 4 CEDU, mentre un termine di due mesi è stato considerato eccessivo. Il principio del riesame periodico si applica anche alle situazioni in cui la privazione della libertà dura a lungo, in particolare nel quadro di misure terapeutiche istituzionali (art. 59 CP) o di internamento (art. 64 CP). In questi casi, il Codice penale prevede un controllo giudiziario annuale (art. 62*d* e 64*b* CP, rispettivamente). Un controllo può essere richiesto anche al di fuori degli intervalli annuali, su richiesta della persona interessata . Il principio del riesame periodico garantito dall'articolo 5, paragrafo 4, della CEDU **entra in evidente contrasto con il regime di internamento** a vita previsto dall'articolo 64, paragrafo 1$^{bis}$, del CP, in combinato disposto con

l'articolo 123a Cost., che non prevede alcun meccanismo di controllo giudiziario quando la persona è considerata «irrimediabilmente non rieducabile». Questa assenza di controllo solleva seri interrogativi circa la compatibilità di tale regime con le garanzie fondamentali della CEDU. Il Tribunale federale ha sottolineato, in un caso specifico, che l'incorreggibilità permanente non può essere dimostrata in modo scientificamente attendibile.

Il controllo di legalità comprende un controllo di **conformità alla Convenzione**, in particolare per verificare che siano rispettate le garanzie del controllo giurisdizionale di cui all'art. 30 Cost. e all'art. 6 CEDU – indipendenza, imparzialità e trattamento equo – nonché lo scopo generale della Convenzione (art. 1 CEDU: obbligo di rispettare i diritti umani) siano rispettate. Il procedimento deve essere contraddittorio e rispettare la «parità delle armi» tra le parti, il che sembra imporre il rispetto delle garanzie procedurali generali di cui all'art. 29 Cost. 74

## 2. Requisito della celerità

Per quanto riguarda il requisito della celerità, va osservato che la Corte EDU ha criticato la Svizzera in tre occasioni per violazione dell'art. 5 § 4 CEDU, a causa della lunga durata del procedimento derivante dalle complesse responsabilità amministrative nell'ambito dell'esecuzione delle pene e delle misure. Nel caso I.L. c. Svizzera, era trascorso più di un anno tra la richiesta di liberazione del ricorrente e le decisioni emesse successivamente dal tribunale cantonale superiore e dal Tribunale federale. La Corte ha ritenuto che tale termine non costituisse un esame «in breve tempo» ai sensi dell'articolo 5 § 4 CEDU. Come già nella causa Derungs c. *Svizzera*, ha sottolineato che la lentezza del procedimento non poteva essere giustificata dalla particolare complessità del caso. La causa principale del ritardo risiedeva piuttosto nel fatto che il ricorso doveva essere prima presentato a un'autorità amministrativa, che non costituisce un tribunale ai sensi della Convenzione, prima di poter accedere a un'istanza giudiziaria. Al fine di evitare future condanne da parte della Corte di Strasburgo, la Svizzera dovrebbe prendere in considerazione l'introduzione di **un ricorso giudiziario diretto** in tutti i Cantoni, almeno per le decisioni che rientrano nell'ambito di applicazione materiale dell'articolo 5 § 4 CEDU. 75

Finora il Tribunale federale non ha seguito i **segnali inequivocabili** provenienti da Strasburgo: ritiene che il principio di celerità di cui all'articolo 76

5, paragrafo 4, CEDU sia rispettato se «le circostanze non rendevano ragionevolmente possibile una decisione più rapida».

### 3. Diritto al risarcimento

77 L'articolo 5 § 5 CEDU prevede un **diritto al risarcimento** in caso di privazione della libertà contraria alla Convenzione. Si tratta dell'unica garanzia che non è stata ripresa nel testo dell'articolo 31 Cost. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, gli Stati devono trattare le richieste di risarcimento nello spirito dell'articolo 5 § 5 CEDU. Durante il procedimento penale possono essere versati indennizzi e risarcimenti per danni morali (art. 431 cpv. 1 CPP), anche in caso di assoluzione totale o parziale o di archiviazione del caso (art. 429 CPP). È possibile tenerne conto nella determinazione della pena. Infine, il TF ritiene che spetti al giudice decidere il modo migliore per riparare i danni subiti da una persona.

## VI. PROSPETTIVE

78 In definitiva, l'art. 31 Cost. si afferma come una pietra miliare della protezione dei diritti fondamentali in materia di privazione della libertà, garantendo un quadro giuridico rigoroso e garanzie procedurali essenziali. Sebbene la norma, essendo strettamente legata all'art. 5 CEDU, rifletta fedelmente gli standard internazionali, la sua applicazione concreta in Svizzera rivela ancora delle tensioni, in particolare per quanto riguarda la detenzione preventiva, a causa dell'isolamento praticato e dell'assenza di una durata massima, nonché del contrappeso ancora molto debole dei tribunali delle misure coercitive. Il ricorso sempre più esteso alle misure penali e la durata sempre più lunga della detenzione in questo regime sono anch'essi fonte di preoccupazione per il rispetto dei diritti fondamentali e umani.

79 I recenti sviluppi nel campo delle politiche penali e nel sistema penale – in particolare la tendenza a privilegiare logiche di sicurezza e prevenzione – invitano a una maggiore vigilanza affinché la privazione della libertà sia realmente una misura di *ultima ratio*, proporzionata e rispettosa della dignità umana. Un maggiore impegno a favore di misure alternative, una migliore considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili e un'armonizzazione delle pratiche cantonali costituiscono, tra l'altro, leve essenziali per migliorare l'efficacia di questa garanzia costituzionale.

*Informazioni sugli autori*

*Il dottor Ahmed Ajil è attualmente ricercatore post-dottorato presso l'Università di Lucerna e ricercatore associato presso la Facoltà di diritto, scienze criminali e amministrazione pubblica (FDCA) dell'Università di Losanna. Il suo lavoro verte sulle mobilitazioni politico-ideologiche, la lotta al terrorismo, le politiche criminali, la migrazione, la polizia e le carceri. Fino al 2022 è stato collaboratore scientifico presso il Centro svizzero di competenza in materia di esecuzione delle sanzioni penali, dove ha redatto il Manuale sulla sicurezza dinamica nel settore della privazione della libertà. È raggiungibile al seguente indirizzo* : *ahmed.ajil@unil.ch.*

*David Mühlemann, MLaw, è attualmente dottorando presso l'Istituto di diritto penale e criminologia dell'Università di Berna. La sua ricerca verte sull'esecuzione delle pene e delle misure in Svizzera. Tra il 2014 e il 2022 ha partecipato alla creazione e ha assunto la direzione del primo centro di consulenza legale in Svizzera per le persone private della libertà nell'ambito dell'ONG humanrights.ch. David Mühlemann può essere contattato al seguente indirizzo: david.muehlemann@unibe.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren des modernen Staates, Berne 2000.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018.

Bigler Olivier, Commentaire de l'art. 5 CEDH, in : Gonin Luc/Bigler Olivier (éds.), Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), diverses publications concernant la privation de liberté : https://skmr.ch/fr/th%C3%A8mes/polizei-und-justiz, dernière consultation le 2.6.2025.

Cliquennois Gaëtan, The Evolving Protection of Prisoners' Rights in Europe, London 2023.

Hohl-Chirazi Catherine, La privation de liberté en procédure pénale suisse: buts et limites, Genève, Zurich 2016.

humanrights.ch, diverses publications concernant la privation de liberté : https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/, dernière consultation le 2.6.2025.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (éds.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3ème éd., Munich 2022.

Kunz, Karl-Ludwig/Singelnstein Tobias, Kriminologie, Zurich 2021.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3ème éd., Zurich 2020.

## BIBLIOGRAPHIE

Ajil Ahmed/Fischmeister Julien/Venezia Marine/Jendly Manon/Scalia Damien, Résister, naviguer, perpétuer ? Analyse des logiques préventionnistes « molles » à l'œuvre en Suisse et en Belgique face aux violences politico-idéologiquement motivées, Champ Pénal/Penal field, 34 (2025), https://journals.openedition.org/champpenal/16818.

Ajil Ahmed/Jendly Manon, Fabriquer un „dangereux ennemi terroriste": une étude de cas suisse sur les implications d'une prophétie, Déviance et Société, 44, 4 (2020), p. 633-663.

Ajil Ahmed/Lubishtani Kastriot, Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal Pénal Fédéral, Jusletter, 31 mai 2021, p. 1–41.

Andriantsimbazovina Joël, Le droit à la liberté et à la sûreté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Titre VII, numéro 7, La liberté individuelle, octobre 2021, https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-droit-a-la-liberte-et-a-la-surete-

dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l, consulté le 15.8.2025.

Arn Raphaël, Les effets de l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal sur la pratique des tribunaux et des avocats, Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy 2006, p. 187–218.

Ashworth Andrew/Zedner Lucia, The rise and restraint of the preventive state, Annual Review of Criminology 2 (2019), p. 429–50.

Bernard Stephan, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, in : André Kuhn/Christian Schwarzenegger/Joëlle Vuille (édit.), Groupe suisse de criminologie, Justice pénale - Individus - Opinion publique, Diversité des perceptions, Berne 2017, p. 139–165.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018, p. 1–66.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung, 2ème éd., Zurich 2017 (cit. Komm. BV).

Bielmann Florent/Caneppele Stefano, La réponse étatique au terrorisme en Suisse à partir des années 1980, in : Fink Daniel/Kuhn André/Vuille Joëlle (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Helbing Lichtenhahn, Berne 2024, p. 191–204.

Biro Noemi, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, recht 4 (2020), p. 221–234.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Bögelein Nicole, Disziplinierung von Menschen in Armut - Ein kritischer Blick auf die Reformpläne zur Ersatzfreiheitsstrafe, Kritische Justiz 2 (2023), p. 258–270.

Bombay Anne/Heynen Pieterjan, The ECtHR's Ilias and Ahmed and the CJEU's FMS-case: a difficult reconciliation?, sui generis 2021, p. 255–260.

Brägger Benjamin F., Die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Straf- und Massnahmenvollzug: Das Neue scheint nicht gut, und das Gute ist nicht wirklich neu!, Revue pénale suisse, 4 (2018), p. 391–410.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 2 (2021) II, p. 183–208.

Constantin Tamara, Des règles aux pratiques: L'encadrement juridique du renseignement intérieur en Suisse, Criminologie, 58(1), p. 53–74.

Crewe Ben, Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment, Punishment & Society 13 (2011) V, p. 509–529.

De Brabandere Eric, Non-state Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations, Leiden Journal of International Law 22 (2009) I, p. 191–209.

De Castro Rodrigues Andreia, Sacau Ana, Quintas de Oliveira Jorge & Abrunhosa Gonçalves Rui, Prison sentences: last resort or the default sanction?, Psychology, Crime & Law, 25 (2018) II, p. 171-194.

De Viggiani Nick (2007), Unhealthy prisons: exploring structural determinants of prison health, Sociology of health & illness 29 1 (2007), p. 115–135.

Dellazizzo Laura/Mimosa Luigi/Giguère Charles-Édouard/Goulet Marie-Hélène/Dumais Alexandre, Shedding Light on "the Hole": A Systematic Review and Meta-Analysis on Adverse Psychological Effects and Mortality Following Solitary Confinement in Correctional Settings, Frontiers in Psychiatry, 2020.

Donatsch Andreas, Dispositions légales et pratiques relatives aux personnes dangereuses, Solutions législatives possibles aux niveaux fédéral et cantonal, Avis de droit sur mandat de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et de police (CCJPD), Zurich 2019, https://www.kkjpd.ch/newsreader-fr/dispositions-légales-et-pratiques-relatives-aux-personnes-dangereuses.html, consulté le 21.11.2024).

Droz-Sauthier Gaëlle/Zermatten Aimée, Personnes malades et/ou dangereuses : interactions licites entre placements pénaux et civils ?, Revue de droit suisse, Band 143 (2024) I, Heft 4, p. 441– 453.

Dumitru Speranta, Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique?, Raisons politiques 54 (2014) II, p. 9–22.

Dünkel Frieder, Abschaffung oder Reform der Ersatzfreiheitsstrafe?, Neue Kriminalpolitik 3 (2022), p. 253–269.

Fink Daniel, La prison en Suisse : un état des lieux, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2017.

Flachsmann Stefan/Wehrenberg Stefan, Aussageverweigerung und Informationspflicht, Schweizerische Juristen-Zeitung, 97 (2001), p. 313–321

Freeman Sinead/Seymour Mairead, Just waiting: The nature and effect of uncertainty on young people in remand custody in Ireland, Youth Justice 10 (2010) II, p. 126–142.

Frei Mirjam/Zuberbühler Elsässer Simone, Kommentar zu Art. 221 StPO, in : Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (éds.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2020 (cit. Comm. StPO).

Gialuz Mitja/Spagnolo Paola, Reasonable length of pre-trial detention: rigid or flexible time limits? A study on Italy from a European perspective, European Criminal Law Review 3 (2013) II, p. 220– 231.

Gnaedinger Luca, Le paradoxe suisse : entre mansuétude pénale et criminalisation de l'immigration, Champ pénal, 32 (2024), https://journals.openedition.org/champpenal/15692.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, Helbing Lichtenhahn Verlag, Vienne 2021.

Haefelin Walter, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Zurich 2010.

Haney Craig, Restricting the use of solitary confinement, Annual review of Criminology 1 (2018), p. 285–310.

Härri Matthias, Kommentar zu Art. 237 StPO, in : Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordung, Bâle 2010 (cit. BSK-Härri).

Hauptmann Louise, La relation parent-enfant à l'épreuve de la privation de liberté, Mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale dans l'ordre juridique international, fédéral et vaudois, Bâle 2024.

Heri Corina, Commentaire de l'art. 10 Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale – Version : 16.03.2023, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, consulté le 10.10.2023.

Hottelier Michel, Commentaire de l' Art. 31 Cst., in : Vincent Martenet, Jacques Dubey (édit.), Constitution fédérale, 2021 (cit. Comm. Cst.),

Huey Meredith P./McNulty Thomas L., Institutional conditions and prison suicide: Conditional effects of deprivation and overcrowding, The Prison Journal 85 (2005) IV, p. 490–514.

humanrights.ch, Gewaltprävention – ein Übungsfeld für den Überwachungsstaat, 13.09.2018, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/innere-sicherheit/gewaltpraevention-ueberwachungsstaat, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch,
Le droit à la vie pour les personnes en détention, 30.05.2022, https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/detention-droit-vie, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch, U-Haft: Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss Rechtswirklichkeit werden, 6.5.2020, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/u-haft-verhaeltnismaessigkeit-rechtswirklichkeit, consulté le 10.10.2023.

Johns Diana, Confronting the Disabling Effects of Imprisonment: Toward Prehabilitation. Social Justice/Global Options 45 (2021) I, p. 27– 56.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Pirker Benedikt, Völkerrecht – Eine Einführung, 5ème éd., Berne et al. 2021.

Kälin Walter/Künzli Jörg, The law of International Human Rights Protection, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Kölz Alfred/Jörg Paul Müller, Entwurf für eine neue Bundesverfassung vom 16. Mai 1984, Helbing & Lichtenhahn, 2ème éd., Bâle, 1990.

Kuhn André, 1974-2024 : Cinquante ans d'évolution de la politique criminelle en Suisse, in : Daniel Fink/André Kuhn/Joëlle Vuille (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Bâle 2024.

Kunz Karl-Ludwig/Singelnstein Tobias, Kriminologie, Zurich, 2021.

Künzli Jörg/Bishop Kelly, Ausländerrechtliche Administrativhaft in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Bern 2020. Résumé français: Künzli Jörg/Bishop Kelly, La détention administrative en application du droit des étrangers (résumé), Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne 2020.

Künzli Jörg/Büchler Alexandra/Weber Florian, Nelson-Mandela-Regeln, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2020.

Künzli Jörg/Frei Nula/Krummen David, Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei ausländischen Staatsangehörigen – Dargestellt am Beispiel der Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2017.

Künzli Jörg/Frei Nula/Schultheiss Maria, Menschenrechtliche Standards der Haftbedingungen in der Untersuchungshaft und ihre Umsetzung in der Schweiz, Jusletter du 5 octobre 2015.

Künzli Jörg/Frei Nula/Spring Alexander, Einzelhaft in Hochsicherheitsabteilungen, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Gutachten zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Berne 2014.

Künzli Jörg/Kälin Walter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?, Jusletter du 23 juin 2014.

Künzli Jörg/Ostendarp Samuel/Stucki Noel, Untersuchungshaft : Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Aktualisierung 2022, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2022.

Künzli Jörg/Bertoni Daniel/Stucki Noël, Die Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeheimen – eine freiheitsentziehende Maßnahme?, Jusletter, 18 août 2025, p. 1–43.

Löbbert Markus, Unterbleiben der Ersatzfreiheitsstrafenvollstreckung bei wohnungs- und obdachlosen Personen?, Neue Kriminalpolitik 3 (2023), p. 353–373.

Manfrin Fabio, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en matière pénale, Rechtswidrige Zustände? – Untersuchungshaft in der Kritik, Vol. 10, Berne 2018.

Markwalder Nora/Binswanger Janine, Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse, Forumpoenale 5 (2020), p. 384–391.

May David/Applegate Brandon/Ruddell Rick/Wood Peter, Going to jail sucks (and it really doesn't matter who you ask), American Journal of Criminal Justice 39 (2014), p. 250–266.

Mazzucchelli Goran, Öffentliches Sicherheitsbedürfnis, Kriminalität und die Funktion der strafrechtlichen Sanktion aus kriminologischer Sicht, PJA 2000, p. 1337–1344.

Meyer-Ladewig Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3ème éd., Baden-Baden 2011 (cit. Handkomm. EMRK).

Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Bâle, 2012.

Mühlemann David, Resozialisierung – Plädoyer für einen Neustart, in : Bundesarbeitsgemeinschaft für Straffälligenhilfe, Informationsdienst Straffälligenhilfe 28 (2020) III, p. 11–17.

Müller Joel, Terroristische Gefährder in der Schweiz, Berne 2022.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4ème éd., Berne 2008 (cit. Grundrechte).

Noll Thomas, Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, Revue suisse de criminologie, 20 Jahre Amt für Justizvollzug – eine Festschrift 2019, p. 29–77.

Oberholzer Niklaus, Von der Repression zur Prävention – Oder von den strafrechtlichen Massnahmen zum fürsorgerischen Freiheitsentzug., in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en

matière pénale, Fürsorge oder Präventivhaft? – Zum Zusammenwirken von strafrechtlichen Massnahmen und Erwachsenenschutz, Vol.11, Berne 2018.

Pollähne Helmut, Wider den (Kriminal-)Schuldturm für Arme nebst neun Thesen gegen die Ersatzfreiheitsstrafe, in : Brunhöber Beatrice et al. (édit.), Strafrecht als Risiko, Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2023.

Robert Christian-Nils, La défense continue, ZStr (4) 2007, p. 339–350.

Ronc Pacal, Die Menschenwürde als Prinzip der EMRK, Berlin 2020.

Schlegel Stephan, Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung, plädoyer 2011 I, p. 36 ss.

Schlegel Stephan, Nr. 19 EGMR, First Section, Pishchalnikov v. Russia, Urteil vom 24. September 2009 – Application no. 7025/04, forumpoenale (2) 2010, p. 86–92.

Schmid Evelyne/Lubishtani Kastriot/Boillet Véronique/Ajil Ahmed/Capus Nadja, Les activités terroristes : une définition terrorisante ?, dans : Camille Perrier Depeursinge/Nathalie Dongois/ Andrew Garbarski, Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Lausanne 2022, p. 591–602.

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, p. 11–13.

Snacken Sonja/Devynck Caroline/Distelmans Willem/Gutwirth Serge/ Lemmens Christophe, Demandes d'euthanasie dans les prisons belges. Entre souffrance psychique, dignité humaine et peine de mort. Criminologie 48/1 (2015), p. 101–122.

Schürmann Thomas, Art. 31 BV, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 5ème éd., Basel 2025, p. 760-792 (cit. BK-Schürmann).

Tag Brigitte, Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid in der Schweiz. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 128/1 (2016), p. 73–88.

Thommen Marc, Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte. ContraLegem 2 (2019), p. 47–60, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/182224/1/Contralegem_2%2C_2019_-_Thommen.pdf.

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug, Berne 2020.

Urwyler Thierry, (Ir)relevanz von Aufenthaltsrecht und Landesverweis für die Zulassung zur gemeinnützigen Arbeit (Art. 79a StGB), recht 2 (2024), p. 102–111.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 31, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4ème éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Vest).

Volkart Reto, Einzelhaft: Eine Literaturübersicht, Revue Suisse de Psychologie Pure et Appliquée 42/1 (1983), p. 1–24, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/2020/200421_Einzelhaft_Dr_Volkart_Eine_Literaturu776bersicht.pdf, consulté le 15.8.2025.

Wenger Susanne, « Quand la justice ne s'encombre plus d'un procès », Horizons 124 (2020), p. 34–35, https://www.revue-horizons.ch/2020/03/05/quand-la-justice-ne-sencombre-plus-dun-proces/, consulté le 27.2.2023.

Wohlers Stephan/Schlegel Stephan, Nr. 13 EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 - Application no. 36391/02, forumpoenale 2 (2009), p. 71– 76.

Wyss Martin Philipp, Miranda Warnings im schweizerischen Verfassungsrecht? Inhalt und Tragweite von Art. 31 Abs. 2 BV, recht 2001, p. 132–147.

Zedner Lucia, Ends and Means: Why Effective Counter-Terrorism Requires Respect for Proportionality and Rights, in : Emmanouil Billis, Nandor Knust, Jon Petter Rui (édit.), Proportionality in Crime Control and Criminal Justice, Oxford 2021, p. 125–142.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Libération conditionnelle : au conditionnel selon le canton ?, in : Queloz Nicolas/Noll Thomas/von Mandach Laura/Delgrande Natalia, Surveiller et punir : nouvelles évolutions dans l'exécution des sanctions pénales, Berne 2018, p. 157–168.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 121 (2003), p. 311–335.

## MATÉRIAUX

Assemblée Générale des Nations Unies, Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela), A/RES/70/175, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/443/42/PDF/N1544342.pdf?OpenElement.

Comité contre la torture (CAT) des Nations Unies, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, CAT/C/CHE/CO/8, 111.12.2023, par. 27, https://www.ohchr.org/fr/documents/concluding-observations/catccheco8-concluding-observations-eighth-periodic-report.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 20. au 24.10.2003, CPT/Inf (2004) 38, https://rm.coe.int/1680697fa9.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24.9. au 5.10.2007, CPT/Inf (2008) 33, https://rm.coe.int/1680697fb3.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 10.10. au 20.10.2011, CPT/Inf (2012), 7, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/menschenrechte/folterpraevention/ber-cpt-besuch11.pdf.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13.4. au 24.4.2015, CPT/Inf (2016) 18, 2016, https://rm.coe.int/1680697fb9.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 22.3. au 1.4.2021, CPT/Inf (2022) 9, 2022, https://rm.coe.int/1680a6d051.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 19.3. au 28.3.2024, CPT/Inf (2025) 01, 2025, https://rm.coe.int/1680b35522.

Comité national de prévention de la torture (CNPT), Rapport d'activité de la CNPT 2014, https://backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files/files/2024/09/06/67b5925b-717e-4833-b113-f76b4a6f18d1.pdf.

Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, adopté par consensus (rés. 21/11, sept. 2012), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_FR.pdf.

Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, Lausanne, https://wp.unil.ch/space/files/2025/04/space_i_2023_report.pdf.

Conseil de l'Europe, Principes européens relatifs à l'exécution des sanctions pénales, Recommandation Rec(2006)2, 2006, https://rm.coe.int/16806ab9b6.

Message concernant la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF 2019 4541, FF 2019 4541 - Message concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (admin.ch) (cit. Message MPT).

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, CPP, FF 2006 1057 ; https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/fr, (cit. Message CPP).

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20.11.1996 (96.091), FF 1997 I 1, p. 1 ss., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr (cit. Message Cst.).

Office fédéral de la statistique, Réformes du Code pénal suisse : l'impact sur les courtes peines privatives de liberté, Neuchâtel 2023, https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/28225348/master, consulté le 28.5.2025.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/CO/4, 30.8.2017, https://docs.un.org/fr/CCPR/C/CHE/CO/4.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial de l'Allemagne, 13.5.2015, CRPD/C/DEU/CO/1, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FDEU%2FCO%2F1&Lang=fr.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Convention relative aux droits des personnes handicapées, 12.12.2006, https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 32 Cost.

Un commentario di Lukas Staffler

CITAZIONE SUGGERITA

Lukas Staffler, Commentario all'art. 32 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Staffler, art. 32 Cost. N. XXX.

**Art. 32 Procedura penale**

[1] Ognuno è presunto innocente fintanto che non sia condannato con sentenza passata in giudicato.

[2] L'accusato ha diritto di essere informato il più presto possibile e compiutamente sulle imputazioni contestategli. Deve essergli data la possibilità di far valere i diritti di difesa che gli spettano.

[3] Il condannato ha il diritto di far esaminare la sentenza da un tribunale superiore. Sono eccettuati i casi in cui il Tribunale federale giudica come istanza unica.

# STRUTTURA

I. Informazioni generali ..... 550
A. Storia delle origini ..... 550
B. Importanza costituzionale ..... 551
1. Procedimento penale di Stato e tutela dei diritti fondamentali ..... 551
2. Processo penale equo ..... 552
C. La triade di fonti giuridiche di Cost. ..... 553
D. Sviluppi internazionali ..... 554
II. Ambito di applicazione ..... 556
A. Ambito di applicazione personale: "Ogni persona". ..... 556
B. Ambito di applicazione materiale: "procedimenti penali ..... 557
1. Procedimento penale in senso stretto ..... 557
2. "Criteri Engel ..... 557
3. Procedimenti penali in senso lato ..... 558
4. Assistenza legale penale ..... 559
III. Presunzione di innocenza (cpv. 1) ..... 561
A. Ambito materiale della protezione ..... 561
B. Ambito temporale della protezione ..... 562
C. Contenuti protettivi individuali ..... 562
1. Valutazione delle prove ..... 562
2. Distribuzione dell'onere della prova ..... 564
3. Libertà di autoincriminazione e cooperazione ..... 565
4. Precedente condanna pubblica e privata ..... 566
IV. Diritto all'informazione (cpv. 2 frase 1) ..... 569
A. Tempistica dell'informazione ..... 569
B. Requisiti sostanziali per l'informazione ..... 570
C. Forma e comprensibilità linguistica ..... 571
V. Difesa efficace (cpv. 2 frase 2) ..... 572
A. Informazioni sui diritti della difesa ..... 573
B. Assistenza legale ..... 574
1. Autodifesa ..... 574
2. Difesa necessaria ..... 575
3. Difesa di scelta ..... 575
4. Difesa d'ufficio ..... 576
5. Assistenza legale della prima ora ..... 578
6. Comunicazione in difesa ..... 579
7. Cattiva difesa ..... 579
C. Equità generale ..... 580
VI. Controllo giudiziario (cpv. 3) ..... 581
A. Garanzia di rimedi legali ..... 583
B. Garanzia di ricorso legale ..... 584

Letture consigliate ..... 584
Bibliografia ..... 585
I Materiali ..... 599

# I. INFORMAZIONI GENERALI

## A. Storia delle origini

1 La Costituzione federale del 1874 non conteneva alcuna disposizione sulle varie garanzie nei procedimenti penali, come l'attuale Art. 32 della Costituzione federale. Tuttavia, queste sono state ampiamente derivate dall'**Art. 4 Cost. del 1874** dalla giurisprudenza con l'approvazione della letteratura. Ciò vale in particolare per i diritti di difesa, la presunzione di innocenza e la giurisdizione in doppio grado nei procedimenti penali.

2 Con la **revisione totale della Costituzione federale nel 1999**, la prassi costituzionale con le garanzie minime internazionali di un processo equo, in particolare quelle della CEDU e del Patto II delle Nazioni Unite, sono state inserite in una nuova norma costituzionale, che ha concretizzato le garanzie procedurali generali ai sensi dell'Art. 29 della Costituzione federale per l'area dei procedimenti penali. A tal fine, l'Art. 32 Cost. è stato suddiviso in tre paragrafi con obiettivi diversi, volti a garantire alle persone soggette alla legge un procedimento penale equo. Tuttavia, le garanzie essenziali del procedimento penale, come il divieto di doppio processo e di doppia punizione o il diritto al risarcimento per errori giudiziari o detenzione illegale, non sono state incluse nell'Art. 32 Cost.

3 Attualmente, l'Art. 32 della Costituzione federale deve essere considerato come un **collegamento** costituzionale **tra diversi livelli normativi**, che concretizza gli aspetti di equità per i procedimenti penali:

- Insieme all'Art. 5 cpv. 4 in combinazione con l'Art. 190 BV. Insieme all' Art. 5 cpv. 4 in combinazione con l'Art. 190 Cost., l'Art. 32 Cost. rappresenta il collegamento con il livello internazionale, in particolare con l'Art. 6 CEDU e la sua interpretazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.
- A livello di diritto costituzionale federale, l'Art. 32 Cost. articola una normativa speciale per i procedimenti penali rispetto ad altre garanzie procedurali (Art. 29 e seguenti Cost.).
- Infine, a livello legislativo, l'Art. 32 Cost. rappresenta la premessa costituzionale per i diritti legalmente sanciti delle persone accusate.

## B. Importanza costituzionale

### 1. Procedimento penale di Stato e tutela dei diritti fondamentali

L'Art. 32 Cost. è una **norma fondamentale dello Stato di diritto**. Uno Stato democratico costituzionale può esercitare il suo potere penale in modo molto esteso, ma per rimanere uno Stato costituzionale deve garantire effettivamente elementi giuridici fondamentali come i diritti civili e umani, la legalità del potere esecutivo, il controllo da parte di una magistratura indipendente e un'azione statale prevedibile e calcolabile. 4

La sovranità penale deve essere contenuta dallo Stato di diritto, perché tra tutte le aree del diritto a disposizione dello Stato costituzionale, il diritto penale è lo **strumento statale più invasivo dal punto di vista dei diritti fondamentali**: legittima l'interferenza dello Stato nella libertà personale e nell'integrità psicologica, nella vita privata e familiare, nell'onore personale e nella proprietà e quindi ha un impatto massiccio, indotto dallo Stato, su aspetti fondamentali della vita. Per questo motivo, il diritto penale statale richiede meccanismi di legittimazione e protezione, che devono essere sviluppati in particolare nel diritto processuale penale. 5

Di conseguenza, i diritti fondamentali sono di particolare importanza nei procedimenti penali. Non si tratta principalmente dei tradizionali diritti di difesa contro l'autorità statale ("*dovere di rispetto*"), ma soprattutto dei **doveri positivi dello Stato di proteggere** il libero esercizio dei diritti fondamentali ("*dovere di protezione*") e di assicurarne la garanzia strutturale e sistemica ("*dovere di adempimento*"). Per i diritti processuali fondamentali nei procedimenti penali, ciò significa che, oltre ad astenersi dall'interferire con l'esercizio dei diritti fondamentali nei procedimenti penali, lo Stato deve anche attuare misure positive affinché le persone interessate possano esercitare effettivamente i loro diritti processuali fondamentali ed essere adeguatamente protette da restrizioni statali non autorizzate. 6

Nella sua essenza, l'Art. 32 Cost. protegge quindi lo status di parte dell'imputato nel procedimento penale. Ciò significa che l'imputato non è semplicemente un oggetto del procedimento, ma deve avere opportunità concrete di partecipare come "**soggetto del procedimento**". A livello legislativo, questo principio guida deriva dall'Art. 3 cpv.1, 2 lett. c del CPP, che ripete le massime costituzionali (Art. 7 e 29 cpv. 1 della Costituzione federale). 7

Lo Stato democratico costituzionale deve garantire efficacemente i diritti processuali fondamentali elementari, al fine di fornire una base sufficientemente legittima per gli interventi nei diritti fondamentali elementari causati dai procedimenti penali.

8 I diritti processuali fondamentali di cui all'Articolo 32 della Costituzione federale si basano sullo **status di parte** delle persone coinvolte nel procedimento e sulla **dignità umana** (Articolo 7 della Costituzione federale). Ciò è legato all'ambito di applicazione dei diritti processuali fondamentali nei confronti delle persone fisiche e giuridiche: Poiché le persone giuridiche hanno lo status di parte nel procedimento penale (Art. 112 CPP) ma non la dignità umana, l'ambito di applicazione dell'Art. 32 Cost. non si estende a loro nella stessa misura in cui si estende alle persone fisiche.

## 2. Processo penale equo

9 Un procedimento penale equo ("*processo equo*", "*procès équitable*") è necessario affinché l'interferenza sovrana con i diritti fondamentali elementari sia costituzionalmente accettabile. Il diritto penale e il diritto processuale penale possono avere conseguenze gravi per le persone interessate. L'obiettivo dell'equità nei procedimenti penali è quello di limitare il potenziale intrinseco di questo *ius terrible* di mettere in pericolo i diritti fondamentali (e di essere aperto agli abusi) a favore delle persone interessate. Tuttavia, l'equità tiene conto anche dei legittimi interessi dell'accusa. A questo proposito, il principio di equità è il **principio guida costituzionale dei procedimenti penali nell'ambito dello Stato di diritto**. Sebbene la Costituzione federale non contenga alcun riferimento esplicito all'equità del procedimento penale, per la Svizzera questo principio deriva dagli Artt. 3 e segg. CPP e dagli obblighi internazionali (in particolare l'Art. 6 CEDU, l'Art. 14 Patto ONU II).

10 Nello specifico, l'equità nei procedimenti penali costituzionali richiede non solo l'istituzione e lo svolgimento di procedimenti davanti a tribunali indipendenti, ma anche, in particolare, la garanzia dell'**effettiva partecipazione dell'imputato** alla **preparazione delle basi della sentenza penale**, che viene trasmessa attraverso il procedimento penale. Il principio della partecipazione al procedimento penale di cui all'Art. 32 della Costituzione federale concretizza quindi il principio del diritto al contraddittorio (Art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale) e i diritti associati

all'informazione, alla preparazione, alla rappresentanza e alla partecipazione, che in ultima analisi mirano a creare parità di armi tra le autorità inquirenti e l'imputato.

Il procedimento penale deve essere considerato "equo" se il quadro procedurale penale non determina le decisioni fin dall'inizio (**apertura del procedimento penale**) e gli imputati utilizzano i loro diritti procedurali per presentare in modo esaustivo le loro prospettive e i loro interessi: devono poter presumere che questi saranno adeguatamente (e seriamente) presi in considerazione nel raggiungimento di una sentenza. 11

## C. La triade di fonti giuridiche di Cost.

Per molto tempo, l'importanza costituzionale dell'Art. 32 della Costituzione federale è stata evidente nella giurisprudenza del Tribunale federale, in quanto molte questioni di interpretazione della legge di procedura penale sono state discusse come questioni costituzionali. Sebbene la standardizzazione del Codice di Procedura Penale a livello federale a partire dal 1° gennaio 2011 abbia ridotto il numero di appelli all'Art. 32 della Costituzione federale in termini di giurisprudenza, la norma è ancora significativa come **garanzia minima del diritto di procedura penale a livello costituzionale**, alla luce di una comprensione progressiva dei diritti fondamentali da parte del giudice. Nel complesso, l'Art. 32 Cost. specifica i diritti processuali fondamentali generali nei procedimenti penali con disposizioni minime costituzionali e deve essere letto in combinazione con gli Artt. 29, 29a e 30 Cost.. 12

Allo stesso tempo, l'Art. 32 Cost. deve essere interpretato in accordo con le **garanzie procedurali della CEDU** (in particolare l'Art. 6 CEDU) e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò deriva dallo status costituzionale della CEDU e dalla sua interpretazione, ma anche dagli obblighi dell'Art. 190 Cost. in combinazione con l'Art. 5 cpv. 4 Cost.. Art. 5 cpv. 4 Cost. In pratica, i diritti processuali fondamentali di cui all'Art. 6 cpv. 2 e 3 CEDU rappresentano una forza trainante significativa per lo sviluppo delle garanzie costituzionali nei confronti delle autorità giudiziarie. 13

Questo vale soprattutto per le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo contro la Svizzera, che, come ogni altro Stato della Convenzione, è obbligata ai sensi dell'Art. 46 CEDU a conformarsi alle sentenze della Corte di 14

Strasburgo (**effetto** "*inter partes*"). Inoltre, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di altri Stati della Convenzione, ai sensi dell'Art. 1 e dell'Art. 19 CEDU, hanno un effetto orientativo per la Svizzera per problemi analoghi (**effetto** *"erga-omnes"*): Poiché gli Stati della Convenzione hanno accettato la CEDU come standard minimo di un catalogo paneuropeo di diritti umani, il loro obbligo include una cooperazione proattiva nell'adempimento di questo standard minimo per evitare condanne future.

15 Le garanzie dell'Art. 32 Cost. sono ulteriormente differenziate **a livello giuridico** nel CPP. Mentre le disposizioni minime della Cost. e della CEDU concretizzano le disposizioni di diritto comune del Codice di Procedura Penale, le garanzie del Codice di Procedura Penale vengono ampliate attraverso l'interpretazione costituzionale (o conforme alla CEDU), se il loro contenuto normativo offre una protezione minore. Ad esempio, l'orientamento dell'imputato al diritto alla difesa (Art. 158 cpv. 1 lett. c. Alt. 1 CPP) deve essere interpretato in conformità con la Costituzione, nel senso che deve essere garantito il diritto alla difesa di sua scelta in modo pratico ed efficace.

## D. Sviluppi internazionali

16 Le garanzie procedurali nei procedimenti penali si trovano in diversi accordi internazionali, ad esempio nell'Art. 6 cpv. 2 e 3 CEDU e nell'Art. 2 **CEDU ZP VII** e nell'Art. 14 **Patto ONU II**. Un confronto diretto di queste norme con l'Art. 32 Cost. rivela che la formulazione della prima è più dettagliata. Ad esempio, mentre l'Art. 32 cpv. 2 frase 2 Cost. parla in generale della possibilità per l'imputato di far valere i "diritti di difesa a cui ha diritto", l'Art. 6 cpv. 3 lett. b-e CEDU e l'Art. 14 cpv. 3 lett. b, d-g Patto ONU II forniscono garanzie di difesa dettagliate per i procedimenti penali. Questa discrepanza nel livello di dettaglio, che a volte viene criticata nella letteratura come 'incompletezza', non è fondamentalmente discutibile. Questo perché gli standard di diritto internazionale stabiliscono garanzie minime garantite dai trattati internazionali, che gli Stati contraenti attuano nei loro sistemi giuridici a livello costituzionale e, in particolare, legislativo.

17 Oltre alla CEDU e al Patto II delle Nazioni Unite, i diritti fondamentali del diritto processuale penale si trovano nei **trattati e nelle dichiarazioni internazionali sui diritti umani**, in particolare negli articoli 10-11 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 10.12.1948, nell'articolo 8 della

Convenzione Americana sui Diritti Umani dell'Organizzazione degli Stati Americani del 22.11.1969. 11.1969, l'Art. 7 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Carta di Banjul) del 27.6.1981, gli Artt. 12-13 della Carta araba dei diritti dell'uomo del 22.5.2004 e l'Art. 20 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 18.11.2012 del gruppo di Stati del Sud-Est asiatico ASEAN.

Inoltre, gli **statuti dei tribunali penali internazionali** contengono diritti procedurali fondamentali nell'ambito del diritto penale, come negli statuti dei tribunali penali ad hoc, ossia il Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia (Art. 10, 18 cpv. 3, 20, 21 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY) e di quello per il Ruanda (Art. 9, 17 cpv. 3, 19, 20 dello Statuto dell'ICTR), nonché nello Statuto del Meccanismo Residuale per i due tribunali penali (Art. 7, 16 cpv. 3, 18, 19 dello Statuto del MICT), che conclude le loro attività. Standard più elevati sui diritti procedurali si trovano nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, in quanto l'Art. 67 dello Statuto di Roma, come norma centrale per i diritti di difesa, deve essere interpretato in modo coerente con gli standard dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale, in conformità con l'Art. 21 cpv. 3 dello Statuto di Roma. Ulteriori diritti di difesa si trovano negli articoli 20 ("*ne bis in idem*"), 55, 60, 63, 66 e seguenti. Statuto di Roma. 18

Per gli **Stati membri dell'UE**, i diritti fondamentali nei procedimenti penali sono espressamente sanciti dal diritto primario dell'UE negli Articoli 47-50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CFR), entrata in vigore con il Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009. Queste garanzie procedurali dell'UE sono quindi aggiuntive rispetto alle garanzie minime della CEDU, ma vanno oltre un semplice standard minimo. 19

Al fine di implementare i requisiti del QCR e nel senso di standardizzare i diritti processuali penali esistenti (principalmente dalla CEDU), è stata lanciata una*tabella di marcia* **per rafforzare i diritti processuali di indagati o imputati** nei procedimenti penali, al fine di rafforzare il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e delle sentenze in materia penale, nonché la cooperazione di polizia e di giustizia penale nei casi transfrontalieri. Per la sua attuazione sono state previste diverse direttive con requisiti minimi per i codici di procedura penale degli Stati membri. In definitiva, negli Stati membri dell'UE si applica un nuovo standard minimo di diritti processuali fondamentali, che colma le lacune delle garanzie minime della CEDU o addirittura le amplia. Attualmente si sta discutendo una tabella 20

di marcia estesa per l'espansione di ulteriori diritti fondamentali nei procedimenti penali.

21 Inoltre, le **istituzioni giudiziarie sovranazionali dell'UE**, come le agenzie e le autorità dell'UE, sono vincolate dai corrispondenti diritti fondamentali e procedurali sulla base dell'Art. 51 cpv. 1 CFR e in virtù della loro base giuridica. Ciò vale anche per la Procura europea (EPPO), che ha iniziato la sua attività il 1° giugno 2021. Le garanzie procedurali per gli indagati e la garanzia del controllo giudiziario sono elencate in particolare negli Articoli 41 e 42 della base giuridica dell'EPPO.

## II. AMBITO DI APPLICAZIONE

### A. Ambito di applicazione personale: "Ogni persona".

22 L'Art. 32 della Costituzione federale copre fondamentalmente tutte le persone che appaiono sospettate di un reato penale da un punto di vista oggettivo. Oltre a questa considerazione materiale, lo status di sospetto viene formalmente stabilito al più tardi quando viene emessa una notifica ufficiale del presunto reato. Pertanto, tutte le **persone fisiche** che sono sospettate, accusate o imputate di un reato penale tramite una denuncia penale o una richiesta penale o come parte di un atto procedurale ufficiale hanno diritto ai diritti procedurali di base (Art. 111 cpv. 1 CPP).

23 È controverso in che misura i diritti processuali fondamentali di cui all'Art. 32 Cost. si applichino anche alle **persone giuridiche** accusate. Secondo la letteratura, le società hanno generalmente diritto agli stessi diritti processuali delle persone fisiche ai sensi dell'Art. 112 del Codice di Procedura Penale, a meno che il CPP o il Codice di Procedura Penale non contengano disposizioni contrarie. Pertanto, gran parte della garanzia di equità dovrebbe applicarsi anche alle persone giuridiche. Sebbene il TF garantisca alcuni diritti procedurali alle persone giuridiche accusate di reati penali, gestisce l'ambito di protezione in modo differenziato e restrittivo rispetto a quello delle persone fisiche. Da un punto di vista internazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora emesso una decisione importante a questo proposito, anche se diverse garanzie dell'articolo 6 della CEDU sono state dichiarate applicabili alle aziende. I diritti procedurali delle persone giuridiche includono, ad esempio, la presunzione di innocenza, il principio '*in dubio pro reo*', il diritto di rimanere in silenzio e la libertà di collaborare, il

diritto all'informazione sui diritti dell'imputato e sul contenuto dell'accusa penale, le garanzie derivanti dal diritto di essere ascoltati e il diritto di appello. Le persone giuridiche dovrebbero essere esenti dal diritto alla libera amministrazione della giustizia (Articoli 130 e seguenti, 136 e seguenti del Codice di Procedura Penale).

I diritti procedurali sanciti dall'Art. 32 della Costituzione federale **non** si **applicano** (direttamente) ad altre persone coinvolte nel procedimento penale, ossia i testimoni, le parti lese (Art. 115 CPP), le vittime (Art. 116 cpv. 1 CPP, Art. 1 cpv. 1 OHG), i ricorrenti privati (Art. 118 CPP) e i loro rappresentanti legali (Art. 127 CPP). Inoltre, l'Art. 32 della Costituzione federale non si applica direttamente alla rappresentanza legale degli imputati. I diritti dei difensori derivano indirettamente dalla loro posizione di legali dell'imputato. 24

## B. Ambito di applicazione materiale: "procedimenti penali

### 1. Procedimento penale in senso stretto

L'Art. 32 Cost. si riferisce ai procedimenti penali. Si tratta di procedimenti giudiziari statali in cui viene presa una decisione sull'applicazione di norme che prevedono una **sanzione** (vale a dire una pena detentiva, una multa, un'ammenda e misure ambulatoriali o ospedaliere). L'ambito materiale di applicazione copre tutti gli standard che sono attribuibili al diritto penale. Ciò è illustrato dalla giurisprudenza sull'Art. 78 LTF: il termine "procedimento penale" ivi utilizzato comprende "tutte le decisioni basate sul diritto penale sostanziale o sul diritto processuale penale". Tuttavia, il concetto di procedimento penale ai sensi dell'Art. 32 Cost. deve essere inteso in modo funzionale; comprende tutti i procedimenti che, per la loro natura giuridica, consentono l'imposizione di sanzioni preventive o repressive. 25

### 2. "Criteri Engel

Secondo l'FSC, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo deve essere presa in considerazione nel definire la comprensione funzionale del termine. Basandosi sul concetto di "accusa penale" ai sensi dell'Art. 6 CEDU, la Corte di Strasburgo ha sviluppato una comprensione autonoma del concetto di procedimento penale. Dalla sua decisione principale del 1976, la classificazione dei tipi di procedimenti come "procedimenti penali" si è basata 26

sui cosiddetti "criteri Engel". Questi tre criteri sono generalmente esaminati in modo alternativo, anche se la Corte europea dei diritti dell'uomo effettua un esame cumulativo in casi individuali. Per la classificazione penale delle sanzioni statali secondo i criteri Engel, sembra essere essenziale la misura in cui la base giuridica da esaminare persegue un **concetto punitivo-deterrente** nel suo contesto normativo e non un approccio civile-compensativo o di sicurezza-preventivo.

27 Secondo il **primo criterio Engel**, dipende dalla classificazione della rispettiva norma nel diritto nazionale, ossia dalla misura in cui la disposizione in questione appartiene al diritto penale (in particolare al CP tedesco o ad altre disposizioni penali legali).

28 Se il primo criterio è improduttivo, la Corte prende in considerazione la natura del reato secondo il **secondo criterio Engel**, probabilmente il più importante. Al fine di esaminare la natura giuridica del reato per il suo carattere preventivo o repressivo, vengono presi in considerazione sia le conseguenze legali che gli elementi del reato. Si esamina se la disposizione legale in questione ha un gruppo di destinatari generale o specifico, se persegue scopi punitivi o deterrenti, se protegge interessi sociali generali, se è necessario un accertamento di colpevolezza per l'imposizione di una sanzione, se il procedimento è stato avviato da un'autorità pubblica autorizzata ad applicare la legge e come altri Stati della Convenzione classificano procedimenti analoghi.

29 Se non esiste una classificazione chiara dai criteri precedenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo applica il **terzo criterio Engel** sulla natura e la gravità della sanzione e l'effetto comunicativo associato di uno stigma sociale della punizione. Sia la minaccia astratta della sanzione che le eventuali misure alternative sono importanti in questo caso. Ad esempio, anche una multa minore ha il carattere di reato se il mancato pagamento comporta una pena detentiva sostitutiva o la confisca dei beni.

## 3. Procedimenti penali in senso lato

30 Oltre ai procedimenti penali e ai procedimenti penali minorili (Art. 3 cpv. 1 JStPO), **il campo di applicazione materiale** dell'Art. 32 Cost. comprende anche i procedimenti penali, i procedimenti penali amministrativi (Art. 82 VStrR) e i procedimenti penali fiscali (Art. 188 cpv. 2 DBG). Sono comprese

anche le sanzioni antitrust (Art. 49a Legge sui cartelli) e i procedimenti doganali.

I procedimenti disciplinari (nella misura in cui impongono solo misure disciplinari minori), le misure preventive di polizia (ad esempio, le misure per salvaguardare la sicurezza interna), i procedimenti fiscali e l'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale **non rientrano nell'ambito materiale** dell'Art. 32 Cost. Anche i procedimenti di confisca indipendente non sono considerati come procedimenti penali (in relazione alla presunzione di innocenza sancita dall'Art. 32 cpv. 1 Cost.), ma come procedimenti contro la proprietà e il patrimonio. 31

## 4. Assistenza legale penale

L'ambito materiale di applicazione dell'Art. 32 Cost. per l'**assistenza legale internazionale in materia penale** è complesso. Secondo il legislatore e i tribunali, l'assistenza giudiziaria in materia penale non dovrebbe essere classificata come procedimento penale, ma come procedimento amministrativo, il che significa che l'ambito di applicazione dell'Art. 32 Cost. non si applica. Questa posizione, che prevale anche nella letteratura, può essere classificata sotto la cosiddetta "**teoria dell'assistenza legale**", secondo la quale l'assistenza legale penale non è orientata al procedimento penale (nazionale), ma è semplicemente avviata da un Paese straniero per promuovere un procedimento penale estero. La fornitura di assistenza giudiziaria è orientata all'adempimento di compiti pubblici (attuazione della cooperazione intergovernativa; rispetto degli obblighi di diritto internazionale). 32

La visione opposta (lacosiddetta "**Rechtspflegetheorie**") favorisce la natura processuale penale dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale. Secondo questo punto di vista, le misure nello Stato richiesto contribuiscono funzionalmente al procedimento penale nello Stato richiedente allo stesso modo di una misura nazionale, perché lo Stato richiesto sostituisce lo Stato richiedente e la misura richiesta rimane un atto di procedura penale all'interno dello Stato. Di conseguenza, l'ambito di applicazione dell'Art. 32 Cost. sarebbe aperto. 33

Questa dicotomia tra le teorie si concentra solo su due dimensioni dell'assistenza giudiziaria: lo Stato richiedente e lo Stato richiesto. Nel 34

frattempo, la discussione ha ricevuto nuovi spunti di riflessione concentrandosi sull'individuo come terza dimensione. Sulla base del modello del "procedimento penale internazionale basato sulla divisione del lavoro", si dice che l'assistenza giudiziaria in materia penale abbia una "**doppia natura giuridica**". È vero che né la teoria dell'assistenza legale reciproca né la teoria del procedimento giudiziario possono riflettere in modo esauriente la natura giuridica dell'assistenza legale reciproca in materia penale; la natura amministrativa dell'assistenza legale reciproca appare altrettanto poco convincente, alla luce delle misure procedurali penali effettive nello Stato richiesto, quanto la natura procedurale penale dell'assistenza legale reciproca, soprattutto perché le questioni centrali del diritto penale sono chiarite nello Stato richiedente. La praticabilità della caratterizzazione come doppia natura *sui generis* è dubbia, in quanto questa classificazione non fornisce alcuna guida per la questione praticamente decisiva dell'applicabilità dei diritti processuali penali fondamentali nei procedimenti di assistenza giudiziaria.

35 Sembra preferibile differenziare la natura giuridica in base alle singole forme di assistenza giudiziaria. Poiché l'assistenza giudiziaria ai sensi dell'Art. 94 e segg. AIMP riguarda un procedimento penale già concluso, le garanzie del procedimento penale non si applicano solo per questo motivo. La situazione è diversa nel caso dell'estradizione ai fini dell'azione penale e della cosiddetta assistenza legale reciproca. In questo caso, l'assistenza giudiziaria nazionale sostituisce funzionalmente le misure investigative nello Stato estero, il che, in linea di principio, sarebbe a favore dell'apertura dell'ambito materiale di applicazione dell'Art. 32 Cost. In base al modello di procedimento penale internazionale basato sulla divisione del lavoro, le **garanzie processuali penali** devono essere garantite **nel contesto generale del procedimento penale** - e non completamente e totalmente nel rispettivo contesto nazionale. Pertanto, se, da una prospettiva generale, le garanzie processuali penali vengono spostate al procedimento penale straniero e devono essere realizzate lì, la non applicabilità dell'Art. 32 Cost. nei procedimenti nazionali di assistenza giudiziaria non è criticabile. Questo approccio di mediazione con un forte approccio caso per caso sostiene di basarsi sulla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul dovere di cooperare in base ai diritti fondamentali tra gli Stati nell'assistenza giudiziaria in materia penale.

## III. PRESUNZIONE DI INNOCENZA (CPV. 1)

La presunzione di innocenza è la prima garanzia procedurale menzionata nell'Art. 32 Cost. La formulazione dell'Art. 32 cpv. 1 Cost. è modellata sui modelli internazionali dell'Art. 6 cpv. 2 CEDU e dell'Art. 14 cpv. 2 Patto ONU II. A livello federale, la presunzione di innocenza è sancita dall'Art. 10 del Codice di Procedura Penale. È anche legata ad altri aspetti del diritto processuale, come l'informazione pubblica (Art. 74, cpv. 3 CPP), la libertà dell'imputato di incriminarsi e di collaborare (Art. 113, cpv. 1 CPP) e le conseguenze delle spese e del risarcimento in caso di assoluzione o interruzione del procedimento (Art. 426, cpv. 2 e Art. 430, cpv. 1, lettera a CPP). 36

Il fulcro della presunzione di innocenza è la protezione della **natura aperta del procedimento penale**, in quanto un procedimento penale equo inizia senza un esito predeterminato e quindi con un esito incerto. Solo un procedimento penale regolare porta alla certezza della responsabilità penale e della condanna. 37

La presunzione di innocenza comporta il divieto della natura punitiva del procedimento penale: Le pene non possono essere anticipate nei procedimenti penali in corso prima dell'esito della sentenza. Di conseguenza, ai sensi dell'Art. 234 cpv. 1 del CPP, esiste una rigida separazione tra i condannati in carcere (principalmente a scopo di risocializzazione) e i detenuti in detenzione penale (principalmente allo scopo di garantire la presenza dell'imputato e la raccolta di prove), comprese le diverse forme di regimi di detenzione. 38

### A. Ambito materiale della protezione

Per quanto riguarda l'ambito materiale della presunzione di innocenza, occorre fare riferimento alle spiegazioni di cui sopra. I procedimenti di assistenza giudiziaria possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'Art. 32 della Costituzione federale caso per caso (in particolare nei procedimenti di estradizione per il perseguimento penale) se vi sono indicazioni che la presunzione di innocenza non è sufficientemente presa in considerazione nel procedimento penale straniero o se vi sono indicazioni di precedenti condanne dal comportamento e dai documenti delle autorità straniere di assistenza giudiziaria. 39

## B. Ambito temporale della protezione

40 La tutela della presunzione di innocenza è garantita alla persona interessata dal momento in cui diventa materialmente un imputato (Art. 111 CPP). L **'inizio della garanzia della presunzione di innocenza** coincide quindi con la notifica formale delle indagini contro la persona interessata o implicitamente con l'attuazione di misure dirette contro di lei in quanto imputato. La decisione finale (legalmente vincolante) del tribunale sull'accusa di colpevolezza segna la **fine della presunzione** di innocenza: il fattore decisivo è la misura in cui è ancora in corso un procedimento giudiziario in cui un tribunale può ancora affrontare materialmente la questione della colpevolezza.

41 In alcuni casi, la presunzione di innocenza si estende oltre la fine del procedimento penale ("**seconda dimensione protettiva della presunzione di innocenza**"). Ciò si applica ai casi di assoluzione o di interruzione del procedimento (ad esempio, a causa della prescrizione), in cui non può essere mantenuto alcun sospetto residuo. Le decisioni sui costi a favore dell'imputato assolto sono ammissibili solo se l'imputato ha avviato il procedimento penale contro di lui o ne ha ostacolato lo svolgimento (Art. 426 cpv. 2 CPP).

## C. Contenuti protettivi individuali

### 1. Valutazione delle prove

42 Il Tribunale federale ha stabilito la presunzione di innocenza in particolare come **regola per la valutazione** delle prove. In una decisione di primo piano, ha chiarito che il tribunale penale "non può dichiararsi convinto dell'esistenza di fatti sfavorevoli all'imputato se, a un esame obiettivo, sussistono dubbi considerevoli e indiscutibili sul fatto che i fatti si siano concretizzati in questo modo". Questa decisione guida si riflette oggi nella formulazione dell'Art. 10 cpv. 3 del Codice di Procedura Penale ("Se vi sono dubbi insormontabili sulla sussistenza dei requisiti fattuali del reato imputato [...]") (giustamente criticato dalla letteratura). I dubbi ragionevoli sulla colpevolezza dell'imputato devono essere a suo favore ("*in dubio pro reo*"). Questo riguarda solo le questioni fattuali, non quelle legali. In pratica, il principio procedurale viene rivisto con molta cautela: Una violazione della regola della prova "al di là di ogni ragionevole dubbio" si verifica se la persona

accusata viene condannata "sebbene, in base a una valutazione oggettiva delle prove, rimangano dubbi manifestamente sostanziali o assolutamente inestinguibili sulla [sua] colpevolezza". In definitiva, il Tribunale federale esamina le questioni relative alla valutazione delle prove in merito alla presunzione di innocenza entro i limiti ristretti della protezione contro l'arbitrarietà. L'arbitrarietà esiste se il tribunale "assume fatti che sono in chiara contraddizione con la situazione reale, si basano su un errore manifesto o sono contrari al concetto di giustizia in modo discutibile".

Funzionalmente, questo contenuto protettivo garantisce l'**imparzialità** delle persone coinvolte in una decisione giudiziaria (Art. 30 cpv. 1 Cost.). Non devono entrare nel procedimento con un'opinione preconcetta. Solo se i giudici entrano nel procedimento con una mente aperta, le richieste di prova possono essere considerate in modo equo e le prove presentate possono essere valutate in modo imparziale. 43

Questo principio procedurale **non si applica** alla fine dell'indagine penale; in caso di dubbio, la decisione tra l'interruzione del procedimento e il rinvio a giudizio deve essere presa a favore di quest'ultimo ("*in dubio pro duriore*", Art. 324 in combinato disposto con l'Art. 319 del Codice di Procedura Penale). A differenza della valutazione delle prove in senso lato (procedura complessiva per l'accertamento dei fatti), il principio procedurale del "in dubio pro durore" si applica alla valutazione delle prove in senso stretto (raccolta e revisione delle prove ammissibili nel procedimento ai sensi dell'Art. 139 e segg. CPP), il principio procedurale "*in dubio pro reo*" non si applica. Il principio "*in dubio pro reo*" diventa applicabile solo dopo che tutte le prove necessarie sono state raccolte e analizzate: Se, sulla base delle prove, permane un ragionevole dubbio sulla responsabilità penale della persona accusata, questa deve essere assolta dalle accuse. Inoltre, il principio non è applicabile alle decisioni di prognosi relative alla detenzione di persone mentalmente anormali, alle decisioni di detenzione preventiva o alle misure di polizia preventiva basate sul Concordato sulle misure contro la violenza negli eventi sportivi, in quanto non comportano questioni di colpevolezza penale. 44

La **valutazione anticipata delle prove** è difficile da conciliare con la presunzione di innocenza. In questo caso, il tribunale decide in anticipo se le prove che verranno raccolte in seguito sono suscettibili di supportare le dichiarazioni rilasciate. Contrariamente ai consigli della letteratura, il legislatore ha deciso di mantenere la valutazione anticipata delle prove (a 45

scapito dell'imputato), sebbene l'abbia regolamentata con cautela nell'Art. 139 cpv. 2 e nell'Art. 318 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale. Il problema principale è che limita l'apertura delle indagini fattuali, garantita dalla presunzione di innocenza. Tuttavia, la giurisprudenza e una parte della letteratura sono a favore dell'ammissibilità dell'anticipazione della valutazione delle prove se il tribunale "può presumere senza arbitrarietà, nell'anticipare la valutazione delle prove, che la sua convinzione non sarà modificata da ulteriori prove". Secondo la giurisprudenza consolidata, per l'ammissibilità è essenziale che il tribunale arrivi a una convinzione corrispondente e arbitraria, basata su prove già acquisite. La revisione da parte del Tribunale federale è limitata all'esame dell'arbitrarietà (Art. 9 Cost.). Al contrario, un'altra parte della letteratura richiede un approccio più restrittivo. La valutazione anticipata delle prove nei procedimenti penali dovrebbe essere possibile al massimo nel caso di elementi fattuali indiscussi che scagionino l'imputato.

## 2. Distribuzione dell'onere della prova

46 Come regola dell'onere della prova, la presunzione di innocenza garantisce che lo Stato che conduce il procedimento si assuma la **responsabilità di provare la colpevolezza**: Le autorità inquirenti devono provare la colpevolezza della persona accusata. Al contrario, la persona accusata non deve dimostrare la propria innocenza; una tale inversione dell'onere della prova sarebbe inammissibile in linea di principio. Ciò implica, ad esempio, il divieto di trarre conclusioni negative dal suo silenzio. Poiché l'onere della prova spetta allo Stato che conduce il procedimento e i dubbi operano quindi a favore della persona accusata, la regola dell'onere della prova è strettamente legata alla regola della valutazione delle prove.

47 Tuttavia, la presunzione di innocenza non è assoluta: non vieta alcune **presunzioni nel diritto penale sostanziale**. Ad esempio, i reati penali come i reati di messa in pericolo astratta, i reati di pre-penalizzazione o di possesso sono compatibili con la presunzione di innocenza. Secondo la letteratura, lo stesso vale per la costruzione dell'inversione dell'onere della prova nei reati di diffamazione ai sensi dell'Art. 173 n. 2 CP.

48 Anche nel **diritto penale processuale**, la presunzione di innocenza non è assoluta, ma offre spazio a regole di presunzione e di prova legalmente sancite. La loro ammissibilità dipende dalla loro confutabilità nel

procedimento; il fattore decisivo è se la valutazione della prova da parte del tribunale è ammissibile e se l'imputato ha l'opportunità sufficiente di fornire una controprova. Inoltre, queste regole di presunzione devono avere uno scopo ammissibile ed essere ragionevolmente limitabili. Soprattutto nei casi più importanti nella pratica, ossia la confisca dei proventi di una sospetta attività criminale (Art. 70 cpv. 1 CP), il TF assume un'inversione dell'onere della prova, che viene giustamente criticata nella letteratura. I doveri di acquiescenza nei procedimenti penali ai sensi dell'Art. 113, cpv. 1, frase 3 del CPP (o anche i doveri minimi di collaborazione, come nel caso di test dell'alito o dell'alcol nel sangue) non violano la presunzione di innocenza.

In definitiva, la presunzione di innocenza di cui all'Art. 32 cpv. 1 Cost. è rivolta sia alle autorità inquirenti che agli **organi legislativi**: è responsabilità del potere legislativo stabilire regole di prova e di presunzione conformi ai diritti fondamentali. 49

## 3. Libertà di autoincriminazione e cooperazione

Il principio "*nemo tenetur se ipsum accusare*" è strettamente legato alla presunzione di innocenza e alla distribuzione intrinseca dell'onere della prova, sancita principalmente dall'Articolo 113(1) del CPP. La garanzia "nemo*tenetur*" contiene essenzialmente due elementi di protezione. Da un lato, l'imputato non è obbligato a testimoniare nel procedimento penale o a contribuire alla sua incriminazione (**libertà di autoincriminazione**). Dall'altro lato, l'accusato è libero di collaborare con le autorità giudiziarie (libertà di**collaborazione**). A questo proposito, le autorità non possono utilizzare prove ottenute contro la volontà dell'imputato, in particolare attraverso coercizione o pressione. La garanzia "*nemo tenetur*" protegge il ruolo dell'imputato come soggetto di un procedimento penale e quindi il suo diritto all'autonomia nel procedimento. 50

L'Art. 6 cpv. 2 CEDU riguarda il divieto dello Stato di costringere l'imputato a collaborare in qualsiasi modo alla sua condanna, motivo per cui l'autoincriminazione è centrale nella giurisprudenza della CEDU. Al contrario, la garanzia nazionale di cui all'Art. 113 cpv. 1 del Codice di Procedura Penale va oltre, in quanto protegge l'accusato dall'essere costretto a collaborare all'incriminazione nel procedimento penale. La **libera decisione dell'imputato** di incriminarsi e di rilasciare le proprie dichiarazioni a discarico è quindi un diritto legale. Ai sensi dell'Art. 3 cpv. 2 lit. d e dell'Art. 51

140 del CPP, l'imputato non può essere costretto a testimoniare o a collaborare né direttamente (ad esempio, con la tortura, le minacce o l'inganno) né indirettamente. Anche la minaccia di conseguenze negative per il rifiuto di testimoniare è inammissibile. Inoltre, la persona accusata deve essere informata in tempo utile del suo diritto all'autoincriminazione e alla libertà di collaborare (Art. 158 cpv. 1 lett. b CPP). In questo contesto, Wohlers descrive giustamente la garanzia "*nemo-tenetur*" come un divieto di utilizzo delle prove. Il mancato rispetto di questo diritto procedurale può portare a un divieto di utilizzo delle prove.

52 Per quanto riguarda la libertà di cooperare nel procedimento penale, la letteratura e la giurisprudenza distinguono tra coercizione inammissibile e doveri passivi di acquiescenza ammissibili. I doveri attivi di collaborazione da parte dell'imputato (come esami delle urine, piegamenti sulle ginocchia, misurazioni facciali in 3D) sono discussi in modo critico, perché c'è la minaccia funzionale di minare la libertà di autoincriminazione. Tuttavia, la preoccupazione principale della libertà di cooperazione è quella di **proteggere la persona accusata dal partecipare volontariamente alla propria condanna**. A questo proposito, le misure coercitive che comportano un'interferenza con la sostanza fisica della persona interessata sono ammissibili ai sensi degli Articoli 196 e seguenti del Codice di Procedura Penale, a condizione che la loro esistenza non dipenda dalla sua volontà. Di conseguenza, il campione di urina è consentito, ma non l'uso di una macchina della verità.

## 4. Precedente condanna pubblica e privata

53 I destinatari della presunzione di innocenza sono principalmente le autorità giudiziarie. Non devono mostrare alcun comportamento nel procedimento penale in corso che indichi una determinazione della colpevolezza della persona accusata. Questo vale sia per le dichiarazioni ufficiali (**resoconti giudiziari**) che per le dichiarazioni informali. L'impressione pubblica dell'attività giudiziaria è garantita e la valutazione delle prove da parte del tribunale penale è imparziale solo se vengono omesse le dichiarazioni ufficiali che mettono in dubbio l'innocenza di una persona assolta o che equivalgono a una condanna precedente. Lo scopo è anche quello di proteggere dalla pressione di pregiudizio che si verifica quando il comportamento ufficiale dà al pubblico un'impressione prematura della colpevolezza della persona

accusata. Di conseguenza, sono vietate le dichiarazioni ufficiali (anche inconsapevoli) prima e durante il procedimento penale che presentano la colpevolezza dell'imputato come provata, anche se non è ancora stata stabilita in tribunale.

A questo proposito, la **comunicazione pubblica** attiva **da parte delle autorità inquirenti**, che tiene conto del legittimo bisogno di informazioni del pubblico (garantito dall'Art. 17 della Costituzione federale e, in particolare, nel procedimento penale dall'Art. 74 del CPP), è piuttosto delicata, soprattutto quando avviene al di fuori dei media attraverso la propria comunicazione giudiziaria supplementare. Il lavoro attivo dei media non può escludere qualsiasi influenza, per cui è necessaria una grande cautela, attenzione e moderazione nella comunicazione da parte delle autorità giudiziarie; in particolare, deve essere sottolineata la natura provvisoria delle informazioni in questione. La divulgazione di misure investigative e il sospetto di un reato contro una persona sembrano essere consentiti. Ciò che non è ammissibile, tuttavia, è la presentazione pregiudizievole di tali persone, la loro designazione come "colpevoli" o, in generale, qualsiasi informazione che formi un'opinione e che crei l'impressione che sia già stato provato che si tratta di un colpevole. È proprio a causa del massiccio effetto stigmatizzante e della restrizione di altri diritti fondamentali (in particolare il diritto alla vita privata e familiare e la protezione dell'onore contro la diffamazione) che i nomi non dovrebbero essere menzionati. Le misure di sicurezza del procedimento con un forte potere di suggestione visiva, come abbigliamento carcerario speciale, gabbie metalliche o cabine di vetro, sono almeno giustificabili dal punto di vista di questa garanzia, nonostante le aree di tensione con la presunzione di innocenza, se il loro carattere di sicurezza è fondamentale e l'assoluzione rimane un'opzione. Tuttavia, tali misure possono violare altre disposizioni dei diritti fondamentali (come il divieto di trattamenti inumani). 54

Oltre alle autorità penali, la presunzione di innocenza deve essere garantita anche da **altre autorità statali**. Le insinuazioni o le accuse di colpevolezza (non ancora determinata) da parte di funzionari e dipendenti pubblici inducono il pubblico a credere che le accuse mosse siano effettivamente fondate. Questo, a sua volta, mette il tribunale coinvolto sotto pressione per avere un pregiudizio e mina sia la posizione processuale dell'accusato che la sua reputazione. Infine, nelle strutture gerarchiche di autorità, c'è il rischio 55

che le dichiarazioni pregiudizievoli dei funzionari di alto livello vengano interpretate come istruzioni dai dipendenti subordinati.

56 Gli **attori politici**, invece, dovrebbero avere più spazio di manovra, anche se ricoprono cariche pubbliche. Nell'interesse della democrazia liberale, dovrebbe esserci spazio per le dichiarazioni provocatorie sui procedimenti penali in corso nei dibattiti politici. Tuttavia, occorre fare una distinzione a seconda del contesto delle dichiarazioni: Se il titolare di una carica politica fa le sue dichiarazioni nel contesto del rispettivo esercizio della carica pubblica, si applica quanto sopra. Al di fuori di questo contesto, lo standard della presunzione di innocenza è più basso a favore della battaglia politica di opinioni.

57 Una copertura mediatica pregiudizievole o campagne diffamatorie da parte di **privati** possono compromettere l'imparzialità del tribunale che conduce il procedimento. In questi casi, vengono violati sia la presunzione di innocenza ai sensi dell'Art. 32 cpv. 1 Cost. sia il diritto alla privacy della persona interessata o la sua protezione della personalità (Art. 13 Cost.). Tuttavia, l'informazione dei media privati rientra nell'ambito della protezione della libertà dei media ai sensi dell'Art. 17 Cost. che, in quanto stampa di analisi critica, libera e valutativa, serve importanti e legittimi interessi informativi del pubblico in generale per la democrazia liberale (il cosiddetto *cane da guardia pubblico*). A questo proposito, è necessaria un'attenta considerazione in due direzioni: I giornalisti dovrebbero riferire in modo critico e analitico sull'accusa e sulla personalità della persona accusata (**segnalazione di sospetto**), ma non dovrebbero essere autorizzati a condurre una campagna contro una persona accusata che, da un punto di vista oggettivo, faccia apparire giustificate le preoccupazioni su una condanna precedente. Inoltre, nel caso di segnalazioni che indirizzano una condanna, si applica l' **obbligo statale** riconosciuto dalla Corte Suprema Federale di adottare **contromisure** adeguate per riportare la segnalazione entro i limiti della necessaria obiettività. A questo proposito, il dovere di protezione delle autorità giudiziarie che conducono il procedimento può richiedere che intervengano attivamente nell'informazione, al fine di assicurare le garanzie associate alla presunzione di innocenza. Gli appelli all'autoresponsabilità dei professionisti dei media di solito non sono sufficienti. In casi estremi, se c'è una grave violazione dell'equità procedurale e della presunzione di innocenza, il procedimento deve essere interrotto.

## IV. DIRITTO ALL'INFORMAZIONE (CPV. 2 FRASE 1)

In conformità con l'Art. 6 cpv. 3 lett. a CEDU e l'Art. 14 cpv. 3 lett. a Patto ONU II, l'Art. 32 cpv. 2 frase 1 Cost. richiede che la persona accusata sia informata in modo dettagliato, in una fase iniziale del procedimento penale, sulla natura e sui motivi delle accuse a suo carico, in una lingua che possa comprendere. In questo modo, l'Art. 32 cpv. 2 Cost. concretizza il diritto di essere ascoltati in conformità all'Art. 29 Cost. e all'Art. 3 cpv. 2 lett. c CPP ed è correlato alla massima accusa nel procedimento penale in conformità all'Art. 9 CPP. Lo scopo principale del diritto all'informazione è quello di permettere alla persona interessata di **preparare la** propria **difesa** e di **difendersi**. In questo senso, il diritto all'informazione è funzionalmente collegato all'effettivo diritto di difesa di cui all'Art. 32, cpv. 2, frase 2, Cost. e protegge dall'essere colti di sorpresa. In sostanza, il diritto all'informazione dell'imputato si estende a 58

- la natura e la valutazione delle accuse mosse (Art. 158 cpv. 1 lit. a CPP; veda anche l'Art. 143 cpv. 1 lit. b CPP);
- i diritti spettanti all'imputato (Art. 143 cpv. 1 lett. c, Art. 158 cpv. 1 lett. a-d CPP; veda anche l'Art. 143 cpv. 1 lett. c CPP);
- il diritto di visionare i fascicoli (Art. 101, Art. 107 cpv. 1 lit. a, Art. 225 cpv. 2 CPP).

### A. Tempistica dell'informazione

Ai sensi dell'Art. 32, cpv. 2, frase 1, Cost. la persona "accusata" deve ricevere informazioni sulle accuse a suo carico "il più rapidamente possibile". Lo scopo è quello di **consentire** alla persona interessata di **esercitare un diritto di difesa effettivo** in una fase iniziale del procedimento, quando le decisioni sulla strategia di difesa sono ancora effettivamente aperte. Il concetto di imputato ai sensi dell'Art. 32, cpv. 2, frase 1 Cost. è svincolato dall'accusa formale, in quanto i diritti all'informazione esistono durante la fase investigativa. Il fattore decisivo è lo **status dell'imputato** ai sensi dell'Art. 111 del Codice di Procedura Penale. L'inizio del diritto all'informazione è segnato dalla conoscenza implicita (ad esempio, l'adozione di un provvedimento) o esplicita della persona interessata di essere sotto inchiesta. Ciò avviene al più tardi al primo interrogatorio (Art. 158 CPP). Se queste informazioni non 59

vengono fornite, le prove dell'interrogatorio sono assolutamente inutilizzabili (Art. 158 cpv. 2 in combinato disposto con l'Art. 141 cpv. 1 CPP).

60 Il diritto all'informazione può essere soggetto a **restrizioni** dovute a legittimi interessi dell'accusa, ad esempio se il successo dell'indagine è messo a rischio da tentativi di ostacolare l'imputato. Tuttavia, il dovere di informare deve essere collegato all'esercizio dei diritti effettivi di difesa. Le restrizioni raggiungono quindi i loro limiti se sono destinate a indebolire la difesa o a minacciare svantaggi per il successivo procedimento penale. Se il successo dell'indagine penale è minacciato solo dall'esercizio dei diritti procedurali, il diritto all'informazione deve essere prioritario. Mentre nei procedimenti penali ordinari l'obbligo di fornire informazioni ai sensi dell'Art. 158 e seguenti del Codice di Procedura Penale avviene rapidamente grazie agli obblighi ufficiali espressi ai sensi dell'Art. 219 cpv. 1 e 2 del Codice di Procedura Penale, sorgono serie preoccupazioni di carattere costituzionale per quanto riguarda i procedimenti penali amministrativi, in quanto l'imputato deve attendere più a lungo per ricevere le informazioni ai sensi dell'Art. 39 cpv. 3 in combinato disposto con l'Art. 55 del Codice di Procedura Penale. Ai sensi dell'Art. 55 VStrR, l'imputato può essere trattenuto per più di 72 ore senza la presenza di un avvocato e senza essere informato delle accuse.

61 Se l'obbligo di informazione è soggetto a **ritardi**, la notifica deve essere recuperata in modo tale da avere un'opportunità sufficiente per prepararsi al procedimento. I requisiti di contenuto per l'orientamento variano a seconda della fase del procedimento (notifica dei capi d'accusa alla prima udienza ai sensi dell'Art. 158 CPP; rinvio a giudizio ai sensi dell'Art. 325 cpv. 1 lett. f CPP). Può essere opportuno sospendere il procedimento per dare alla difesa il tempo sufficiente per prepararsi. Dal punto di vista del diritto convenzionale, gli svantaggi subiti dall'imputato possono al massimo essere rimediati attraverso il processo giudiziario. La Corte europea dei diritti dell'uomo è generosa nell'applicare la possibilità di rimediare agli svantaggi attraverso informazioni successive.

## B. Requisiti sostanziali per l'informazione

62 In termini di contenuto, il diritto all'informazione si estende alla notifica dei **presunti fatti** (descrizione del luogo, del momento e dell'oggetto del presunto reato) e alla **valutazione giuridica**(preliminare) delle autorità giudiziarie.

L'accusa di reato e la sua classificazione penale non possono essere comunicate solo in termini astratti. Per fornire all'imputato un'informazione "completa", è necessario divulgare **informazioni dettagliate**, che dipendono dalle circostanze del singolo caso e dalla rispettiva fase del procedimento. Deve essere esaminata la misura in cui l'imputato può comprendere il contenuto e la portata delle accuse penali e preparare la propria difesa in un periodo di tempo ragionevole. Non è necessario elencare prove specifiche. 63

Lo stato di conoscenza dei fatti e la valutazione legale nel procedimento investigativo possono cambiare con il **progredire** dei fatti del caso. Se la ragione o la natura dell'accusa cambia di conseguenza, l'autorità giudiziaria deve fornire nuove informazioni. Solo allora la persona accusata potrà prepararsi efficacemente a nuove o mutate accuse. 64

## C. Forma e comprensibilità linguistica

In linea di principio, le informazioni non devono essere fornite per iscritto, ma possono essere fornite oralmente. Il fattore decisivo è che l'efficacia dello scopo protettivo non venga compromessa, come accadrebbe, ad esempio, con un'informazione orale in un caso complesso. In considerazione dell'importanza del diritto all'informazione per l'efficacia della difesa e dell'eccezionale situazione psicologica in cui si trova l'imputato nel procedimento penale, un'informazione puramente orale appare inappropriata. Sono necessarie **informazioni scritte** sui presunti fatti del caso. 65

È essenziale che **l'imputato sia informato direttamente e personalmente**, e che queste informazioni siano fornite formalmente a lui e alla sua difesa. Informare semplicemente l'avvocato non è sufficiente, in quanto il diritto all'informazione mira a proteggere la posizione processuale dell'imputato. 66

Le informazioni devono essere comprensibili, in modo che l'imputato possa organizzare la propria difesa in modo efficace. Le informazioni devono quindi essere fornite in una **lingua comprensibile all'imputato**. Le sfide esistono se l'accusato ha difficoltà a comprendere le accuse a causa di problemi di salute mentale. Oltre alla procedura di cui all'Art. 155 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale, sembrerebbe opportuno, come nel caso di parti con problemi di udito o di parola in un procedimento ai sensi dell'Art. 143 cpv. 7 67

del Codice di Procedura Penale, redigere una dichiarazione scritta o consentire l'assistenza di una persona adatta.

68 Il postulato dell'orientamento comprensibile può richiedere l'assistenza di una traduzione ai sensi dell'Art. 68 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale se l'imputato non comprende chiaramente la lingua del tribunale. Non vi è alcun diritto a una traduzione nella lingua madre dell'imputato; è sufficiente una traduzione in una lingua che l'imputato può comprendere. Tuttavia, l'imputato deve segnalare la sua necessità di traduzione nel caso di fasi procedurali non tradotte. Non solo l'Art. 68 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale, ma anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è finora astenuta dal **richiedere una traduzione della notifica o dell'atto di accusa**, anche se la Corte avverte degli svantaggi che ciò comporterebbe per l'imputato. Tuttavia, il diritto a una traduzione scritta sembra essere inevitabile per lo scopo protettivo dell'Art. 32 cpv. 2 Cost. e può essere realizzato a una soglia bassa, visti i moderni ausili informatici per la traduzione automatica.

## V. DIFESA EFFICACE (CPV. 2 FRASE 2)

69 L'Art. 32, cpv. 2, frase 2, Cost. garantisce all'imputato l'affermazione dei diritti di difesa a cui ha diritto. Sebbene non siano espressamente menzionati i diritti individuali di difesa, l'obiettivo principale della difesa effettiva è quello di fornire all'imputato diritti procedurali di difesa concreti e pratici, al fine di garantire la sua **effettiva partecipazione al procedimento penale**. Partecipazione effettiva significa essere messi in condizione di difendersi concretamente ed efficacemente dalle accuse mosse dalle autorità inquirenti. Ciò richiede diritti di difesa specifici e condizioni quadro adeguate.

70 Per i diritti individuali di difesa, si rimanda alla letteratura specialistica sulla procedura penale. I **requisiti minimi** specifici per i diritti di difesa nei procedimenti penali sono elencati nell'**Art. 6 cpv. 3 CEDU**: Una difesa efficace richiede, in particolare, tempo e opportunità sufficienti per prepararsi al procedimento, l'autodifesa o la difesa da parte di un avvocato attraverso la difesa di scelta o la difesa d'ufficio, il confronto con i testimoni a carico e i testimoni incriminati e, se necessario, l'assistenza gratuita di un interprete. I requisiti minimi del diritto internazionale e costituzionale sono concretizzati a livello legislativo nel Codice di Procedura Penale. Secondo la volontà legislativa, le garanzie procedurali del diritto penale devono essere estese oltre i requisiti minimi.

Le **condizioni quadro** per una difesa efficace includono la garanzia che l'imputato sia adeguatamente informato sui suoi diritti di difesa, oltre al diritto di fatto all'informazione (Art. 32, cpv. 2, frase 1 Cost.). Poiché i procedimenti penali sono estremamente complessi e hanno conseguenze gravi per le persone interessate, l'imputato ha spesso bisogno del supporto di un avvocato durante tutto il procedimento penale, per potersi difendere in modo adeguato. Infine, per una difesa efficace, il procedimento penale nel suo complesso deve essere equo. 71

## A. Informazioni sui diritti della difesa

Affinché l'imputato possa esercitare efficacemente i diritti di difesa che gli spettano, deve esserne a conoscenza. In particolare, poiché l'Art. 32, cpv. 2, frase 1 della Costituzione federale si riferisce solo all'informazione sulle accuse formulate, il diritto dell'accusato che non è stato arrestato (Art. 31, cpv. 2 della Costituzione federale) di essere **informato sui propri diritti di difesa** dalle autorità inquirenti si basa sull'Art. 32, cpv. 2, frase 2 della Costituzione federale in combinato disposto con l'Art. 158, cpv. 1, lettera a). Ciò deve avvenire fin dal primo interrogatorio (Art. 158 cpv. 1 CPP), in modo che si tenga conto in particolare della posizione dell'imputato ai sensi dell'Art. 111 CPP. Sia per motivi di diritti umani che in considerazione della situazione psicologica eccezionale per l'imputato, è necessario informarlo dei suoi diritti non appena arriva alla stazione di polizia, ad esempio durante il fermo di polizia ai sensi dell'Art. 215, cpv. 1, lett. b, c del Codice di Procedura Penale. 72

Secondo l'intenzione del legislatore, dovrebbe essere sufficiente che l'imputato sia informato una volta sui suoi diritti di difesa. Questo non è convincente a causa della discrepanza con l'obbligo di informazione tra l'imputato e le altre parti del procedimento. Piuttosto, l'Art. 158 cpv. 1 del Codice di Procedura Penale stabilisce uno **standard minimo** per le informazioni legali che le autorità inquirenti devono fornire all'imputato durante il primo interrogatorio, mentre l'Art. 143 cpv. 1 lett. c del Codice di Procedura Penale richiede espressamente un'informazione legale completa. Questa deve essere fornita indipendentemente dal livello di conoscenza dell'imputato sulla sua posizione nel procedimento, sui suoi diritti processuali o sull'oggetto del procedimento. Occorre prestare particolare attenzione alla qualità delle informazioni fornite, in modo da non compromettere il diritto a una difesa efficace. 73

## B. Assistenza legale

74 L'obiettivo principale del diritto all'assistenza legale è quello di dare all'imputato la possibilità di partecipare al proprio procedimento penale in modo informato e di dare un peso sufficiente alla sua posizione nel procedimento o nel processo di condanna. La difesa nel procedimento penale è impegnata esclusivamente nei suoi interessi (Art. 128 CPP). A questo proposito, ogni imputato ha il diritto di difendersi da solo o di rivolgersi a un avvocato difensore. Può rivolgersi a un avvocato difensore di sua scelta e a pagamento (Art. 127 cpv. 5, Art. 129 CPP). Questo vale anche per i procedimenti penali minori, ma non, secondo il Tribunale federale, per le perizie psichiatriche dell'imputato. L'assistenza legale per l'imputato deve essere classificata come **sostegno alla persona oggetto del procedimento** nella realizzazione dei suoi diritti di partecipazione. Le decisioni principali sulla strategia di difesa sono di competenza dell'imputato, che deve disporre di una base di informazioni e conoscenze adeguate.

### 1. Autodifesa

75 Fatti salvi i casi di difesa obbligatoria, l'imputato ha il diritto all'**autodifesa** se lo desidera (Art. 129 cpv. 1 del CPP). Se sceglie l'autodifesa, deve osservare attentamente i corrispondenti doveri di agire in relazione al procedimento penale. A tal fine, deve avere adeguate opportunità di visionare i fascicoli e avere accesso a testi giuridici e libri di testo.

76 L'imputato informato può decidere di non contestare le accuse e le dichiarazioni dell'accusa e di partecipare al procedimento con una **strategia processuale di difesa**. In tal caso, è fondamentale che abbia riconosciuto la portata della sua strategia difensiva e che possa partecipare al proprio procedimento penale come soggetto informato del procedimento, come desidera.

77 Le autorità inquirenti (in particolare il tribunale) possono valutare se sia opportuno, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, nominare un avvocato nonostante l'imputato desideri difendersi da solo (in particolare se l'imputato non è in grado di difendersi da solo). Nel caso in cui l'imputato non sia in grado di difendersi da solo (Art. 130 cpv. c CPP), le autorità inquirenti sono obbligate ad effettuare una revisione corrispondente (Art. 131 cpv. 1 CPP). La nomina di un **avvocato contro la volontà dell'imputato** è una

grave interferenza nella sua difesa, ma può essere consentita se appare necessaria nell'interesse dell'amministrazione della giustizia e se l'imputato può continuare a influenzare il proprio procedimento penale. La nomina obbligatoria è legittima (o necessaria nel caso di una difesa necessaria) se, in un caso specifico individuale, l'accesso al fascicolo può essere concesso solo alla difesa e non all'imputato. L'avvocato nominato obbligatoriamente non deve influire negativamente sulla difesa dell'imputato informato.

## 2. Difesa necessaria

Nei casi elencati nell'Art. 130 CPP, l'assistenza legale di un avvocato difensore è obbligatoria. La difesa obbligatoria limita il diritto all'autodifesa nei procedimenti penali. La sua *ragion d'essere* è discussa in molti modi e talvolta viene interpretata come il dovere di diligenza dello Stato (Art. 132 cpv. 1 lett. a CPP) per rimediare alla mancanza di conoscenze giuridiche e di capacità di difesa procedurale, per stabilire la verità e per garantire che il procedimento penale sia condotto in modo giudiziario. Se è indicata la nomina di un avvocato, la nomina obbligatoria di tale avvocato è consentita anche se l'imputato la rifiuta, in quanto l'opinione prevalente è che non si può rinunciare alla difesa necessaria. Secondo la Corte Suprema Federale, l'avvocato difensore necessario può decadere se i diritti della difesa vengono abusati, il che è giustamente considerato criticamente nella letteratura. 78

Per il requisito di una difesa efficace ai sensi dell'Art. 32, cpv. 2, frase 2, Cost. è decisivo il **momento della nomina** dell'avvocato. Questo è generalmente descritto dall'Art. 131 cpv. 1 del Codice di Procedura Penale come "senza ritardo" ed è descritto in modo più dettagliato per i procedimenti preliminari nell'Art. 131 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale. 79

## 3. Difesa di scelta

In linea di principio, l'imputato ha il diritto alla difesa **elettiva** o privata, ossia alla rappresentanza legale da parte di un avvocato penalista di sua scelta (Art. 129 CPP). Il fulcro della difesa elettiva è la scelta e la nomina indipendente di un avvocato per l'imputato nel procedimento penale. A livello nazionale, l'Art. 127 cpv. 5 del Codice di Procedura Penale fa riferimento alla legge svizzera sugli avvocati, che in linea di principio riserva la rappresentanza professionale in tribunale alla professione legale, in conformità con l'Art. 2 cpv. 1 del Codice Federale di LLCA. Ciò non influisce sull'eccezione di cui all'Art. 127 cpv. 5, 80

ultima frase, del Codice di Procedura Penale, che si riferisce alle disposizioni cantonali speciali per la difesa nei procedimenti penali per reati minori.

## 4. Difesa d'ufficio

81 La **difesa** d'ufficio è un contrappunto alla difesa elettorale. In questo caso, la difesa non è nominata dall'imputato, ma da un'autorità. Il risarcimento viene pagato dalle autorità pubbliche (Art. 135 CPP). Nonostante il diverso rapporto giuridico tra l'imputato e la difesa, il legale è soggetto agli stessi doveri di diligenza, alla stessa indipendenza nei confronti dello Stato e alla stessa tutela unilaterale degli interessi dell'imputato come nella difesa elettiva. La difesa ufficiale si estende ai procedimenti di prima e seconda istanza cantonale. Per i ricorsi penali al Tribunale federale, il diritto alla difesa d'ufficio è negato dal Tribunale federale (probabilmente in contrasto con la Convenzione), ma affermato nella letteratura.

82 Sebbene l'autorità che conduce il procedimento nomini la difesa, il **diritto di scegliere un avvocato** si applica in una certa misura anche alla difesa ufficiale. Sebbene non esista il diritto a un avvocato difensore di propria scelta (Art. 133 cpv. 2 del CPP), le preferenze dell'imputato devono essere tenute sufficientemente in considerazione, il che implica il diritto di proporre un avvocato ufficiale. A questo proposito, il direttore del procedimento può rifiutare la rappresentanza di scelta proposta dall'imputato solo per motivi oggettivi. Solo in questo modo è possibile stabilire un rapporto di fiducia tra il cliente e l'avvocato e salvaguardare il diritto dell'imputato alla partecipazione informata (Art. 134 cpv. 2 del CPP). È fondamentale che le competenze linguistiche del difensore non siano un criterio di selezione essenziale e che, ai sensi della Legge della Convenzione, non sia necessario consultare l'imputato prima di nominare il suo avvocato. Inoltre, il diritto di fare proposte e il rapporto di fiducia implicano il diritto fondamentale dell'imputato - sebbene soggetto ad alti ostacoli ai sensi dell'Art. 134 cpv. 2 del CPP - di cambiare l'avvocato; tuttavia, devono essere accettate delle restrizioni per garantire lo svolgimento del procedimento.

83 L'Art. 132 cpv. 1 lett. a CPP regola la **difesa** d'ufficio necessaria, che riguarda fondamentalmente quattro casi. In primo luogo, esiste una difesa d'ufficio necessaria se la persona è in grado di nominare la propria difesa, ma non lo fa nonostante le sia stato richiesto (Art. 132, cpv. 1, lettera a, n. 1 CPP). In secondo luogo, tale difesa esiste se, nel caso di una difesa necessaria in un

procedimento penale in corso, il mandato del difensore di fiducia viene ritirato o si dimette e non viene nominato un nuovo legale nonostante la richiesta in tal senso (Art. 132 cpv. 1 lett. a n. 2 CPP). In terzo luogo, vi è una conversione in una difesa d'ufficio necessaria se, nel corso di una difesa d'ufficio, l'imputato nomina inizialmente un difensore di fiducia, ma non è in grado di pagarlo a causa di un'indigenza accertata. In quarto luogo, il principio della difesa effettiva richiede la nomina di una difesa ufficiale nonostante l'esistenza di una difesa facoltativa, se quest'ultima viola gravemente il suo dovere di assistenza.

84 Se l'imputato è indigente ed è necessario nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, lo Stato deve fornirgli un **avvocato difensore gratuito** (Art. 132 cpv. 1 lett. b CPP). L'istituzione di un avvocato difensore gratuito in materia penale, sancita dal Codice di Procedura Penale, attua le disposizioni dell'Art. 29 cpv. 3 della Costituzione federale, in particolare per quanto riguarda i requisiti di un procedimento penale equo, ai sensi dell'Art. 32 cpv. 2 della Costituzione federale. Il primo requisito è l'**indigenza;** il motivo è irrilevante. Se la mancanza di mezzi è solo parziale, lo Stato può far dipendere la nomina dell'avvocato da un contributo dell'imputato. La concessione di un incarico gratuito non implica necessariamente l'esenzione permanente dalle spese di difesa: se la situazione finanziaria dell'imputato, un tempo indigente, migliora dopo la condanna, è consentito addebitare le spese di difesa alla persona condannata che non è più indigente. Questo principio si riflette nell'Art. 135 cpv. 4 del CPP, che prevede l'obbligo di rimborsare i costi della difesa d'ufficio se la persona non è più indigente. Il secondo requisito è la necessità della difesa per **salvaguardare gli interessi** dell'imputato (Art. 132 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale, "*interessi della giustizia*"), la cui interpretazione deve basarsi sulla prassi del Tribunale federale in relazione all'Art. 29 cpv. 3 della Costituzione federale. Nei limiti dell'Art. 132 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale, questo requisito si basa sulla possibilità realistica di una difesa efficace e, di conseguenza, sulla misura in cui l'imputato dispone di una difesa concreta ed efficace. La nomina di un difensore sembra essere obbligatoria per i procedimenti d'appello. Se entrambe le condizioni sono soddisfatte, lo Stato è obbligato a fornire all'imputato non rappresentato una difesa non appena ciò risulti necessario per esercitare i diritti della difesa (in conformità con l'Articolo 131 del Codice di Procedura Penale già nel procedimento preliminare). In linea di principio, la difesa d'ufficio rimane esclusa ai sensi dell'Art. 132 cpv. 2 in combinato disposto con il cpv. 3 del

Codice
di Procedura Penale. 3 del Codice di Procedura Penale per i cosiddetti **casi minori**, i cui requisiti sono elencati nella legge a titolo esemplificativo. Grazie a questa formulazione della legge (par. 2: "in particolare"; par. 3: "in ogni caso"), la difesa d'ufficio rimane possibile in casi eccezionali, anche se al di sotto dei limiti de minimis.

## 5. Assistenza legale della prima ora

85 Il diritto all'assistenza legale sin dal primo interrogatorio di polizia o dal primo interrogatorio da parte del Pubblico Ministero (il cosiddetto "**avvocato della**prima ora"), che si basa sull'Art. 159 del Codice di Procedura Penale, è una pietra miliare importante per la realizzazione della parità delle armi nel procedimento penale e quindi di un procedimento penale equo. Questo diritto sorge al momento della detenzione o all'inizio del primo interrogatorio (Art. 143 cpv. 1 lett. c, Art. 158 cpv. 1 lett. c CPP). Funzionalmente, il diritto all'avvocato difensore si applica già nel procedimento preliminare; l'imputato ha il diritto di accedere all'avvocato durante il primo interrogatorio di polizia. Poiché è nel procedimento preliminare, e in particolare nel primo interrogatorio, che si stabilisce il percorso decisivo per la difesa penale nel caso specifico, il diritto all'assistenza legale fin dall'inizio comporta anche il diritto alla sua presenza durante l'interrogatorio di polizia. Pertanto, l'accesso alla difesa è decisivo per la valutazione della confessione dell'imputato e per il suo ottenimento in violazione del diritto all'autoincriminazione.

86 Tuttavia, il diritto di accesso alla difesa non è assoluto. Circostanze impellenti in un caso specifico (ad esempio, la difesa dai terroristi) possono rendere necessaria una **restrizione**, per cui lo Stato ha il dovere di dimostrarlo. Anche se una restrizione appare giustificata, l'equità generale del procedimento penale può essere compromessa se i diritti di difesa della persona interessata vengono compromessi in modo permanente e significativo. Inoltre, **è possibile rinunciare** al diritto all'assistenza legale durante gli interrogatori di polizia. In considerazione della situazione di intimidazione in cui si trova un imputato e tenendo conto della difficoltà di fornire prove, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che è necessario stabilire standard elevati per una rinuncia efficace: L'accusato deve essere sufficientemente consapevole delle implicazioni di una rinuncia.

## 6. Comunicazione in difesa

L'Art. 159 cpv. 2 e l'Art. 235 cpv. 4 frase 1 del CPP garantiscono il diritto dell'imputato (detenuto) di avere un contatto con il proprio legale. Nel caso di persone che parlano una lingua straniera, ciò richiede il **coinvolgimento di un traduttore** per le discussioni della difesa. L'imputato può comunicare di persona o per iscritto con il proprio legale senza supervisione o controllo. In termini di contenuto, la difesa non è soggetta al divieto (in particolare non attraverso l'obbligo di riservatezza ai sensi dell'Art. 73 cpv. 2 del Codice di Procedura Penale) di informare il proprio cliente sul contenuto dei documenti del fascicolo penale; ciò limiterebbe in modo inammissibile le sue regole professionali. 87

Questa comunicazione dovrebbe essere limitata solo in casi eccezionali, se esiste un ragionevole **sospetto di abuso**. Per preservare l'eccezionalità di questa restrizione, è necessaria l'autorizzazione del tribunale per le misure obbligatorie (Art. 235 cpv. 4 frase 2 del CPP). Tuttavia, i pressanti interessi di sicurezza che richiedono misure di accompagnamento in casi estremi non devono pregiudicare la riservatezza delle comunicazioni orali o scritte tra la difesa e il cliente. 88

## 7. Cattiva difesa

Una difesa efficace non è garantita solo dalla nomina o dalla presenza di un avvocato, ma richiede anche che l'avvocato eserciti efficacemente i diritti dell'imputato. Pertanto, l'Art. 32, cpv. 2, Cost. (in combinato disposto con l'Art. 29, cpv. 3, Cost. e l'Art. 6, cpv. 3, lettera c), CEDU) conferisce all'imputato il diritto a una difesa competente, impegnata ed efficace dei suoi interessi. A questo proposito, l'adeguatezza della difesa d'ufficio viene presa in considerazione a seguito della revisione del Codice di Procedura Penale (Art. 133 cpv. 2 Codice di Procedura Penale). Tuttavia, le modalità di gestione di una **difesa inadeguata** non sono state pienamente chiarite nella pratica. Sebbene la grave negligenza dei doveri professionali ed etici da parte dell'avvocato possa comportare una violazione dei diritti di difesa dell'imputato accertabile giudizialmente, non tutte le difese non ottimali portano all'affermazione della loro inefficacia. Il fattore decisivo è la misura in cui l'imputato è stato in grado di esercitare i suoi diritti di difesa attraverso il suo legale (senza errori ingiustificabili) e se il legale (in consultazione con lui) ha attuato una strategia di difesa deliberatamente scelta. 89

90 Sia il CSF che la Corte europea dei diritti dell'uomo partono dal presupposto che le mancanze da parte dell'avvocato sono in linea di principio attribuibili all'imputato. L'unica eccezione riconosciuta dal CSF riguarda gli errori grossolani nel contesto della difesa necessaria. Tuttavia, occorre tenere presente che l'imputato non è in grado di supervisionare il proprio legale. A questo proposito, il dovere dello Stato di intervenire per garantire una difesa efficace appare ambivalente: la necessità di proteggere la persona interessata è in contrasto con la non ingerenza dello Stato nelle questioni di difesa, laddove quest'ultima deriva sia dall'autonomia della persona interessata e della professione legale, sia dalla parzialità delle autorità inquirenti. In base al diritto della Convenzione, è difficile concepire un dovere di protezione da parte dello Stato per eliminare o prevenire errori nella difesa elettiva o obbligatoria; è proprio l'indipendenza della professione legale che si oppone alla tutela statale con poteri di intervento. Tuttavia, il Tribunale federale e la letteratura sono favorevoli al fatto che **le autorità giudiziarie** abbiano il **dovere di controllare l'efficacia fondamentale della difesa**. Come controllo eccessivo, si applica solo in caso di cattiva condotta manifestamente grave e dipende dal rispettivo contesto procedurale, in quanto le mancanze della difesa possono essere corrette a seconda della fase del procedimento. Secondo il Tribunale federale, le gravi violazioni dei doveri da parte della difesa includono il palese mancato rispetto delle scadenze e degli appuntamenti, la mancata partecipazione alle udienze dei testimoni importanti, la mancanza di diligenza nella preparazione delle udienze e di altri atti procedurali, nonché la mancanza di disposizioni per le sostituzioni. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'inattività dell'avvocato difensore, la mancata partecipazione all'interrogatorio dell'imputato durante il procedimento preliminare o il mancato avvio di un'azione legale (nonostante la volontà dell'imputato di farlo) devono essere considerati una grave negligenza dei doveri della difesa.

## C. Equità generale

91 Una partecipazione efficace al procedimento penale è possibile solo se l'intero procedimento penale è equo. Ciò richiede un equilibrio tra **diversi interessi legittimi**, ossia quelli dell'accusa, dell'imputato e di altre persone coinvolte nel procedimento, tenendo conto delle **particolarità del procedimento penale**. In alcuni casi, questo equilibrio di interessi porta a mettere l'imputato in una posizione di grave svantaggio nel procedimento

penale, ad esempio limitando i suoi diritti di difesa. Si pone quindi la questione se il procedimento penale sia stato comunque equo nel suo complesso. Poiché si tratta di una questione centrale dei procedimenti penali in termini di teoria della legittimità, non sorprende che l'equità dello specifico procedimento penale sia protetta dal diritto della Convenzione e possa essere oggetto di revisione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dal punto di vista metodologico, la Corte europea dei diritti dell'uomo si occupa innanzitutto delle singole garanzie processuali penali, prima di esaminare l'equilibrio di tutti gli interessi coinvolti nel corso della cosiddetta **equità complessiva del procedimento penale** in una fase finale. A questo proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo sottopone gli interventi potenzialmente compromettenti l'equità a una valutazione complessiva dell'equità dell'intero procedimento penale (compresi i procedimenti di indagine e di appello) e prende in considerazione anche i tentativi nazionali di rimedio e riparazione. Inoltre, l'equità complessiva dei procedimenti penali condotti in modo rapido (ad esempio, il *patteggiamento* o i procedimenti penali abbreviati) viene controllata per verificare se vi siano riduzioni arbitrarie delle garanzie di equità, come il diritto alla prova. Pertanto, qualsiasi rinuncia ai benefici o ai diritti derivanti dalla garanzia di equità - che deve essere dichiarata volontariamente, espressamente o tacitamente - deve essere accompagnata da un livello minimo di garanzie corrispondente alla gravità della rinuncia. Inoltre, la rinuncia non deve entrare in conflitto con interessi pubblici importanti. Oltre all'interesse dello Stato nel perseguimento, la Corte europea dei diritti dell'uomo considera anche la prospettiva della persona accusata nella sua valutazione di equità generale. Lo scopo è quello di proteggere l'imputato da un'applicazione abusiva delle norme procedurali. Lo stesso vale nel caso in cui sorga un'esigenza speciale di protezione a causa della loro particolare vulnerabilità (ad esempio, nel procedimento giudiziario di potenziali vittime della tratta di esseri umani). 92

## VI. CONTROLLO GIUDIZIARIO (CPV. 3)

L'Art. 32 cpv. 3 della Costituzione federale garantisce a ogni persona condannata il diritto alla revisione della sentenza da parte di un tribunale superiore. Questa disposizione si basa sull'Art. 2 CEDU ZP VII e sull'Art. 14 cpv. 5 Patto ONU II. La designazione della **garanzia giudiziaria dell'appello** da parte dell'Art. 32 cpv. 3 Cost. appare significativa 93

perché la sua preoccupazione va oltre la garanzia di equità della CEDU. Questo perché l'Art. 6 CEDU garantisce solo una revisione dell'accusa penale e non della condanna giudiziaria. Anche l'Art. 13 CEDU (diritto di appello) non copre questo aspetto, in quanto questa garanzia assicura solo un organo di controllo e non necessariamente un controllo giudiziario. Anche la garanzia di ricorso legale di cui all'Art. 29a Cost. non include un diritto al controllo giudiziario. A questo proposito, l'Art. 32 cpv. 3 Cost. è collegato alla garanzia di ricorso legale (Art. 29a Cost.) e alle garanzie procedurali giudiziarie (Art. 30 Cost.). L'eccezione di cui all'Art. 32 cpv. 3 frase 2 Cost., invece, non è più rilevante per la giurisdizione penale.

94 In termini di teoria costituzionale, l'importanza del controllo giudiziario dei procedimenti penali costituzionali deriva dall'invasività degli interventi nei diritti fondamentali nell'ambito del diritto penale e dalla prospettiva istituzionale associata all'**indipendenza giudiziaria** (Art. 191c Cost.). In uno Stato di diritto, i tribunali (penali) sono indipendenti da altri organi statali. La loro legittimazione dipende dalla misura in cui sono in grado di raggiungere decisioni concrete su casi individuali senza influenze estranee, in una procedura equa (giusta) e in conformità con i principi legali. Kiener ha giustamente collocato la protezione giuridica giudiziaria nel contesto di una garanzia istituzionale dei diritti fondamentali: Il diritto di revisione giudiziaria è essenziale non solo per rispettare la separazione dei poteri (Art. 30 Cost.), ma anche come "espressione di un'organizzazione umana delle autorità" (Art. 191c Cost.).

95 La concentrazione delle competenze in materia di giustizia penale nelle mani di tribunali indipendenti sembra essere di grande importanza in considerazione dei diversi interessi e diritti fondamentali di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Per la persona condannata in prima istanza, in particolare, il riesame giudiziario della decisione è essenziale, soprattutto perché la giustizia penale, con la sua funzione di accusa, investigazione e perseguimento (ufficio del pubblico ministero) e la funzione di chiarimento, protezione giuridica e decisione (tribunali penali), "rimane un'impresa rischiosa", nonostante le garanzie dello Stato di diritto. Il controllo giudiziario può (solo) contenere i rischi che riguardano sia i diritti di partecipazione e di difesa dell'imputato, sia la garanzia che l'azione penale e la punizione dello Stato debbano essere eseguite esclusivamente nel rispetto della legge. La

**garanzia di un meccanismo di revisione giudiziaria** include il divieto di correzione delle sentenze da parte di autorità non giudiziarie.

La garanzia del controllo giudiziario non contraddice il principio di indipendenza (istituzionale) delle precedenti istanze giudiziarie. Piuttosto, l'Art. 32 cpv. 3 Cost. tutela l'indipendenza giudiziaria all'interno dell'organizzazione statale. I giudici portano inevitabilmente opinioni e giudizi soggettivi nel processo decisionale giudiziario. Sono quindi necessarie misure istituzionali e organizzative per limitare le influenze soggettive nelle decisioni giudiziarie. Solo così si può parlare di decisioni giudiziarie in linea con lo Stato di diritto. Questo contenimento si ottiene dando alle parti del procedimento il diritto di partecipare (**rafforzando la discorsività del procedimento specifico**) e coinvolgendo diverse persone come decisori nel procedimento specifico (**pluralizzazione della soggettività giudiziaria**). Oltre alla natura pubblica del procedimento e al processo decisionale collegiale, il processo giudiziario di istanza offre una salvaguardia statale-organizzativa per la garanzia del diritto fondamentale alla giustizia. 96

## A. Garanzia di rimedi legali

L'Art. 32 cpv. 3 Cost. presuppone la condanna della persona interessata; le dichiarazioni sull'ambito materiale di applicazione si applicano di conseguenza. Secondo il Tribunale federale, solo le persone condannate hanno il diritto al doppio appello in materia penale. Il suo ambito di revisione non è prescritto né dalla legge costituzionale né dalla convenzione. Spetta al legislatore 97

- se creare una seconda istanza giuridica e fattuale (appello) o un appello limitato esclusivamente alla revisione giuridica (revisione),
- se la presentazione di un ricorso dipenda da una verifica preliminare di ammissibilità, oppure
- se prevedere una soglia de minimis.

La decadenza dell'appello può verificarsi solo nel caso di un "fallimento totale" non scusato da parte dell'avvocato e (!) dell'imputato. Se l'imputato viene condannato in un procedimento in contumacia, pur avendo una rappresentanza legale, deve avere l'opportunità di rivedere la condanna ai sensi dell'Art. 368 del Codice di Procedura Penale. 98

## B. Garanzia di ricorso legale

99 Come sottolinea giustamente Vest, l'Art. 32 cpv. 3 Cost. contiene anche una garanzia di ricorso legale, che l'Art. 29a Cost. prefigura. Dagli Artt. 29a, 32 cpv. 3 e 191b Cost. in combinazione con l'Art. 80 cpv. 2 BGG. In base all'Art. 80, cpv. 2 LTF, i Cantoni sono obbligati a prevedere il ricorso giudiziario per i procedimenti penali (**obbligo di doppia giurisdizione**). In termini di contenuto, il diritto al ricorso giudiziario garantisce il diritto a un **appello con effetto devolutivo**, ossia una decisione nel merito da parte di un'istanza giudiziaria superiore.

100 Questa garanzia di ricorso legale è **rinunciabile**; saltare un'istanza giudiziaria è consentito con il consenso della persona interessata. La rinuncia al diritto di appello è consentita anche nel caso di accordi nei procedimenti penali, a condizione che l'imputato rinunci sulla base di una decisione informata e volontaria in merito al suo diritto fondamentale alla revisione della sentenza e che non vi siano interessi pubblici significativi contrari.

*Informazioni sull'autore*

*Il Dr iur. Lukas Staffler, LL.M. (Londra), è Assistente Senior per il Diritto Penale e il Diritto Processuale Penale presso l'Università di Zurigo, Docente Senior presso la MCI | The Entrepreneurial School (Austria), Avvocato| Avvocato riconosciuto (RAK Bolzano|Bozen, Italia), Consulente|Avvocato presso AWZ Rechtsanwälte a Innsbruck, Austria. Il suo insegnamento e la sua ricerca si concentrano in particolare sull'internazionalizzazione e l'europeizzazione del diritto penale.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007.

Grodecki Stéphane, Portée pratique de principe de l'accusation, forumpoenale 2015, S. 20–26.

Jeanneret Yvan, Le défenseur et l'autorité pénale: confiance ou méfiance?, forumpoenale 2015, S. 333–337.

Thurnherr, Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, 1477–1498.

Wohlers, Wolfgang, Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 2019, 207–214.

## BIBLIOGRAFIA

Albrecht Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 3. Aufl., Berlin 2011.

Ambos Kai, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, ZStW 2003, S. 583–637.

Ashworth Andrew, Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, London 2002.

Asselineau Vincent, Agenda 2020: A new Roadmap on minimum standards of certain procedural safeguards, New Journal of European Criminal Law 2018, S. 184–190.

Aubert Jean-François/Cagianut Francis/Höhn Ernst/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Mai 1874, Basel-Zürich-Bern 1987-1996 (zit.: Aubert/Cagianut/Höhn/Schweizer/Vallender- Bearbeiter:in).

Baade Björnstjern, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter, Heidelberg 2017.

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017.

Barth Tano, La maîtrise des faits par l'avocat, Bern 2022.

Bernhard Stephan, Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, forumpoenale 2015, S. 231–236.

Bernhard Stephan/Homberger Benedikt, Amtliche Verteidigung vor Bundesgericht – Zugleich eine Besprechung von BGE 149 IV 364, forumpoenale 2021, S. 220–226.

Biaggini, Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bläsi Linda, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, Zürich 2019.

Boll Damian, „Verteidigung der ersten Stunde" gemäss schweizerischer StPO, Zürich 2020.

Bommer Felix, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebung in der Untersuchung, recht 2010, S. 196–220.

Bonnard Yves/Grisel Guillaume, L'Accord UBS: spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme, RDAF 2010, S. 361–400.

Böse Martin (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 11: Europäisches Strafrecht, 2. Aufl, Baden-Baden 2021 (zit.: EnzEuR-Bearbeiter:in).

Böse Martin, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung. Die verfahrensübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, Tübingen 2005.

Breitenmoser Stephan, Neuere Rechtsentwicklungen in den Bereichen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 9–40.

Brüning Janique, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017.

Brunner Andreas, Die verlorene Ehre der Medien!?, forumpoenale 2013, S. 90–96.

Callewaert Johan, Die EMRK und die Verfahrensgarantien / Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, S. 366–369.

Capus Nadja, Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern / Baden-Baden 2010.

Chen Zhuoli, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, Zürich 2014 (zit.: Chen, Verzicht).

Chen Zhuoli, Die verspätete Rüge von Beweisverwertungsverboten im Strafprozess, forumpoenale 2012, S. 163–166 (zit.: Chen, Rüge).

Christoph Stefan, Gedanken zum Einsatz künstlicher Intelligenz „auf der Richterbank" in Strafverfahren - Vielversprechender Effektivitätsbooster oder problematischer Subsumtionsautomat, in: Giannini Alessandro/Ibold Victoria/Köpferl Georg/Neßeler Karin/Neumann Laura/Niedernhuber Tanja/Peters Kristina/Steenbreker Thomas (Hrsg.), Strafrecht im Angesicht der Digitalisierung, Baden-Baden 2022, S. 59–78.

Cras Steven/De Matteis Luca, The Directive on Interpretation and Translation in Criminal Proceedings, eucrim 2010, S. 153–162.

Dannecker Christoph, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 2015, S. 991–1017 (zit.: Dannecker, Konturierung).

Dannecker Christoph, Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW 2015, S. 370–409 (zit.: Dannecker, Grundsatz).

Donatsch Andreas/Arnold Irene, Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 91–113.

Donatsch Andreas/Cavegn Claudine, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, S. 158–173.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe in Steuerrecht, 3. Aufl. Zürich 2014.

Donatsch Andreas/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014.

Donatsch Andreas/Smokvina Jasmina, Der "Nemo-tenetur-Grundsatz im Strafverfahren gegen Unternehmen: insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenaux Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 863–878.

Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit.: SK- Bearbeiter:in).

Ehrenzeller, Benhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen/Genf 2023 (zit.: SGK-Bearbeiter:in).

Eicker Andreas, Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung, Staatsanwaltliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, AJP 2003, S. 13–22.

Eicker Andreas/Achermann Jonas/Lehner Julia, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2013, S. 1450–1466.

Elster Jon, Tyranny and Brutality of the Majority, in: Novak Stéphanie/Elster Jon (Hrsg.), Majority Decisions, Cambridge 2014, S. S. 159–176.

Engler Marc, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zürich 2008.

Erni Lorenz, Unabhängigkeit der Strafverteidigung, forumpoenale 2018, S. 280–285 (zit.: Erni, Unabhängigkeit).

Erni Lorenz, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum „Anwalt der ersten Stunde, ZStrR 2007, S. 229–241 (zit.: Erni, Verteidigungsrechte).

Esser Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002.

Fassbender Benjamin, Verfassung als plurales Gefüge, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 187–205.

Fawcette James Edmund Sandford, The application of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Oxford 1987.

Fiolka Gerhard, Das „Vertrauensprinzip“ in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortlichkeit, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andras Donatsch, Zürich 2017, S. 605–617.

Gaede Karsten, Sanktion durch Verfahren, ZStW 2017, S. 911–960 (zit.: Gaede, Sanktion).

Gaede Karsten, Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung? Argumentationspotentiale und Verteidigungschancen des Art. 6 EMRK, in: Gaede Karsten/Meyer Frank/Schlegel Stephan (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer, Hamburg 2008, S. 21–51 (zit.: Gaede, Schätze)

Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007 (zit.: Gaede, Fairness).

Gärditz Klaus F., Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker Matthias/Burchard Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 15–51.

Garland Lorenz, Waffengleichheit im Vorverfahren, Berlin / Bern 2019.

Geth Christopher, Strafe auf Verdacht, ZStrR 2022, S. 383–402.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021.

Grabenwarter Christoph, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, S. 857–869.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021.

Graf Damian K., Schweigen ist Blei: Aussageverweigerung als Schuldindiz im Strafprozessrecht?, SJZ 2015, S. 189–193 (zit.: Graf, Schweigen).

Graf Titus, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Zürich 2000 (zit.: Graf, Verteidigung).

Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1073–1093.

Grodecki Stéphane, Portée pratique de principe de l'accusation, forumpoenale 2015, S. 20–26.

Harding Nicolas, Staatliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken, Tübingen 2023.

Heimgartner Stefan, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 2016, S. 3–13 (zit.: Heimgartner, Rechtsfindungsmethodik).

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich 2002 (zit.: Heimgartner, Auslieferungsrecht).

Heneghan Sean, Das Bundesgericht und die verdeckte Ermittlung, AJP 2022, S. 969–983.

Hettich Peter/Schelker Mark, Medien im digitalen Zeitalter, Zürich 2016.

Hottelier Michel, Verfahrensgarantien, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 809–822.

Hürlimann Brigitte, « Die verlorene Ehre der Medien!? Interessen der Strafverfolgung und der Parteien „contra" Anspruch der Medien auf Information, forumpoenale 2013, S. 97–103.

Jeanneret Yvan, Le défenseur et l'autorité pénale: confiance ou méfiance?, forumpoenale 2015, S. 333–337 (Jeanneret, Le défenseur).

Jeanneret Yvan, L'avocat de la première heure dans le CPP: une innovation déjà dépassée?, forumpoenale 2011, S. 44–49 (zit. : Jeanneret, L'avocat).

Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire Romand Code de procédure pénale suisse, 2e édition, Basel 2019 (zit.: CR-Bearbeiter:in)

Jositsch Daniel: Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR 2004, S. 115–139.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit.: Karpenstein/Mayer-Bearbeiter:in).

Keller Helen/Kühne Daniela, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2016, S. 245–307.

Kiener Regina, «Erst die Gerichte, der Rest folgt nach». Erosionen der Rechtsstaatlichkeit in Staaten des Europarates, ZSR 141 I (2022), S. 515–533 (zit.: Kiener, Erosionen).

Kiener Regina, Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 53–89 (zit.: Kiener, Der Einfluss).

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit: verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001 (zit.: Kiener, Unabhängigkeit).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kley Andreas/Sigrist Martin: Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 17–52.

Knauer Christoph (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2, München 2018 (zit.: MüKo-Bearbeiter:in).

Koch Sonja (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Kotzur Markus, Rechtsstaat als Sammelbegriff, in: Rosenau Hennig/Kunig Philip/Yildiz Ali Kemal (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, Tübingen 2021, S. 9–21.

Lammasch Heinrich, Das Recht der Auslieferung wegen politischer Verbrechen, Wien 1884.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Mahlmann Matthias, Strafrecht und Demokratie, in: Staffler Lukas/Ege Gian/Jany Oliver u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, Baden-Baden 2023, 9–42 (zit.: Mahlmann, Strafrecht).

Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand – Constitution fédérale, 1. Aufl., Bâle 2021 (zit.: CR-Bearbeiter:in).

Mattmann Jascha/Eschle David/Rader Franziska/Walser Simone/Thommen Marc, Heimliche Verurteilungen. Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen, ZStrR 2021, S. 253–278.

McDermott Yvonne, Fairness in International Criminal Trials, Oxford 2016.

Meyer Frank, Verfassungsfragen der Einziehung, in: Bäcker Matthias/Burchard Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 359–393 (zit.: Meyer, Verfassungsfragen).

Meyer Frank, Unternehmenssanktionsverfahren und nemo tenetur-Schutz nach der EU-Grundrechtecharta, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht 2022, S. 99–106 (zit.: Meyer, Unternehmenssanktionsverfahren).

Meyer Frank, Nemo tenetur Geltung und Ausübung in einem künftigen Unternehmensstrafverfahren. Zur (Un)Vereinbarkeit des Verbandsstrafrechts mit Grundprinzipien des tradierten Individualstrafrechts, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht. Materielle und prozessuale Aspekte, Basel / Baden-Baden 2020, S. 331–359 (zit.: Meyer, Nemo tenetur).

Meyer Frank, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band X: EMRK, 5. Aufl., Köln 2019 (zit.: Meyer, Kommentar)

Meyer Frank, Plea Bargaining und EMRK, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 427–442 (zit: Meyer, Plea Bargaining).

Meyer Frank, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 2015, S. 176–178 (Meyer, Tatprovokation).

Meyer Jürgen/Hölscheidt Sven (Hrsg.), Charta der Grundrecht der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: Meyer/Hölscheidt-Bearbeiter:in).

Michlig Matthias, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB), Zürich 2013.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Basel / Genf / München 2004 (zit.: CR-Bearbeiter:in)

Moeckli Daniel, Das populistische Verständnis von (direkter) Demokratie als Herausforderung für den Rechtsstaat, ZSR 141 I (2022), S. 593–610 (zit.: Moeckli, Verständnis).

Moeckli Daniel, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?, ZBl 2018, S. 74–82 (zit.: Moeckli, Gerichte).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV – Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit.: Müller, Verwirklichung).

Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit: Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit.: Müller, Gerechtigkeit).

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz. Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021.

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK- Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Strafrecht (IRSG, GwÜ), Basel 2015 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Packer Herbert, Two models of the criminal process, University of Pennsylvania Law Review 113 (1964), S. 1–68.

Pieth Mark, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit: Pieth, Strafprozessrecht).

Pieth Mark, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel / Frankfurt a.M. 1984 (zit.: Pieth, Beweisantrag).

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel / Genf/ München 2001.

Riklin Franz, Strafprozessrechtsreform in Österreich und der Schweiz. Eine vergleichende Betrachtung, ZStrR 2001, S. 371–409 (zit.: Riklin, Strafprozessrechtsreform).

Riklin Franz, Vorverurteilung durch die Medien, Anmerkungen zu zwei Urteilen des Bundesgerichts, recht 1991, S. 65–76 (zit.: Riklin, Vorverurteilung).

Robles Planas, Ricardo, Das Wesen der Strafrechtsdogmatik, ZIS 2010, S. 357–365.

Roos Eveline/Fingerhuth Thomas, Fairness im Haftverfahren aus der Sicht der Verteidigung, forumpoenale 2019, S. 458–462.

Roxin Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017.

Rusca Michele, Le misure provvisionali nell'assistenza internationale in materia penale, ZSR 116 II (1997), S. 135–154.

Schär, Caroline, Die Beschränkung von Teilnahmerechten und deren strafprozessuale Folgen, ZStrR 2019, S. 141–166.

Schlegel Stefan, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 2010.

Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2017.

Schomburg Wolfgang/Lagodny Otto/Gless Sabine/Hackner Thomas/Trautmann Sebastian (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020 (zit.: Schomburg/Lagodny-Bearbeiter:in).

Schorkopf Frank, Menschenrechte und Mehrheiten, ZaöRV 2022, S. 19–46.

Schubarth Martin, Verfassungsgerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend – historisch – politologisch – soziologisch – rechtspolitisch unter Einbezug der

europäischen Gerichtshöfe, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit).

Schubarth Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht – schweizerisches Strafgesetzbuch. Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Bern 1984 (zit.: Schubarth, Kommentar).

Schünemann Bernd, Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, in: Hilgendorf Eric/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 2021, S. 259–279 (zit.: Schünemann, Strafrechtswissenschaft).

Schünemann Bernd, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter?, StV 2000, S. 159–165 (zit.: Schünemann, Richter).

Schweizer Rainer, Zulassung sog. Gruppenanfragen ohne zurechenbare Verdachtsgründe in der Steuerstrafrechtshilfe gegenüber den USA, Jusletter vom 27.2.2012.

Seiler Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265–368 (zit.: Seiler, Einfluss).

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11–20 (zit.: Seiler, Schweigerecht).

Seitz Florian, Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung, Zürich 2021.

Staffler Lukas, Hoffnung auf Freiheit. Überlegungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe und ihrer menschenrechtlichen Grenze, ZStrR 2022, S. 428–450 (zit.: Staffler, Hoffnung).

Staffler Lukas, Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, ZStrR 2020, S. 21–48 (zit.: Staffler, Sprachunterstützung).

Staffler Lukas, Opferschutz und Verjährung im Spiegel der EGMR-Judikatur: Überlegungen zu den opferbezogenen Schutzpflichten im staatlichen Strafrechtssystem, in: Abraham Markus/Bublitz Jan Christoph/Geneuss Julia/Krell Paul/Wegner Kilian (Hrsg.), Verletzte im Strafrecht, Baden-Baden 2020, S. 53–73 (zit.: Staffler, Opferschutz).

Staffler Lukas, Controlimiti als Integrationsfaktor für die Europäisierung von Strafrecht, in: Wiedemann Maria Giovanna Cubeddu/Kindler Peter/Berlingieri Giorgio/Rudek Robert (Hrsg.), Jahrbuch für Italienisches Recht, Bd. 31, Tübingen 2018, S. 167–200 (zit.: Staffler, Controlimiti).

Staffler Lukas/Jany Oliver, Der nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht – für natürliche und juristische Personen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft 2023, S. 169–175 (zit.: Staffler/Jany, Grundsatz).

Staffler Lukas/Jany Oliver, Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2020, S. 164–177 (zit.: Staffler/Jany, Künstliche Intelligenz).

Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich/Basel/Genf 2022.

Stratenwerth Günter, Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen, SJZ 1978, S. 217–219.

Stuckenberg Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin 1998.

Summers Sarah, Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 141 II (2022), S. 275–354 (zit.: Summers, Influence).

Summers Sarah, Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Oxford 2007 (zit: Summers, Fair trials).

Summers Sarah/Brun Delphine/Studer David, La place de l'accusé dans le procès: présence, interprétation et communication, ZStrR 2016, S. 464–495.

Summers Sarah/Garland Lorenz/Studer David, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR 2016, S. 133–170.

Thommen Marc, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, recht 2014, S. 264–276 (zit.: Thommen, Gerechtigkeit).

Thommen Marc, Kurzer Prozess – Fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013 (zit.: Thommen, Kurzer Prozess).

Thommen Marc/Seelmann Martin, Unschuldsvermutung und Amtsgeheimnis, sui generis 2018, S. 334–349.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1477–1498.

Tophinke Esther, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung. Aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 2000.

Trechsel Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005 (zit.: Trechsel, Human Rights).

Trechsel, Stefan, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 1979, S. 337–392 (zit.: Trechsel, Verteidigungsrechte).

Trechsel Stefan, Der Einfluß der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, ZStW 1988, S. 667–711 (zit.: Trechsel, EMRK).

Trentmann Christian, Die Grundlagen des Rechtsstaatsbegriffs, JuS 2017, S. 979–983.

Tschentscher Axel, Schutzpflichten, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1317–1343.

Uffer Matthias, Die Grundrechtskollision. Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Baden-Baden 2021.

Urwyler, Thierry, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK, ex ante 2019, S. 49–54 (zit.: Urwyler, Teilnahmerecht).

Vest Hans, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: Donatsch Andreas u.a. (Hrsg.),

Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 781–800.

Viganò, Francesco, L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in: Studi in onore di Mario Romano, Band IV, Napoli 2011, S. 2645–2704.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit.: Villiger, Handbuch).

Villiger Mark E., „Strassburg" und die schweizerische Strafrechtspflege, ZStrR 1995, S. 279–293 (zit: Villiger, Strassburg).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Welp Jürgen, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 1978, S. 101–131.

Welte Eliane, Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Strafjustiz, Zürich 2016.

Wohlers Wolfgang, Informelle Urteilsabsprachen, in: Stuckenberg Carl-Friedrich/Gärditz Klaus Ferdinand (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 621–635 (zit.: Wohlers, Urteilsabsprachen).

Wohlers, Wolfgang Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 2019, S. 207–214 (zit.: Wohlers, Fair Trial).

Wohlers Wolfgang, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, S. 55–75 (zit.: Wohlers, Pflicht).

Wohlers Wolfgang, Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, forumpoenale 2010, S. 366–371 (zit.: Wohlers, Rechtsfolgen).

Wohlers Wolfgang, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren – die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK als Maßstab für die Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO, in:

Rogall Klaus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 713–731 (zit.: Wohlers, Verteidigung).

Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild: Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung, AJP 2005, S. 1045–1061.

Zeller Franz: Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik: verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Bern 1998.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2 BV, ZStrR 2003, S. 311–335 (zit.: Zimmerlin, Miranda-Warning).

Zimmerlin Sven, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess. Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürich 2008 (zit.: Zimmerlin, Verzicht).

Zimmermann, Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

Zünd Andreas, Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZSR 142 I (2023), S. 3–20 (zit.: Zünd, Begründungselemente).

Zünd Andreas, Rechtsstaat und Menschenrechte, ZSR 141 I (2022), S. 497–514 (zit.: Zünd, Rechtsstaat).

## I MATERIALI

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1–642.

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085–1388.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 42 Cost.

Un commentario di Christina Neier

CITAZIONE SUGGERITA

Christina Neier, Commentario all'art. 42 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Neier, art. 42 Cost. N. XXX.

**Titolo terzo: Confederazione, Cantoni e Comuni**

**Capitolo 1: Relazioni tra Confederazione e Cantoni**

**Sezione 1: Compiti di Confederazione e Cantoni**

**Art. 42 Compiti della Confederazione**

[1] La Confederazione adempie i compiti che le sono assegnati dalla Costituzione.

[2] ...

# STRUTTURA

I. Storia dell'origine ..... 603
II. Contesto ..... 604
A. Federalismo - contestualizzazione teorica ..... 604
B. Contestualizzazione giuridica comparata ..... 605
III. Commento in senso stretto ..... 607
A. Concetti di base sulle competenze ..... 607
B. Compiti e competenze federali ..... 608
C. Assegnazione di compiti da parte della Costituzione federale ..... 610
D. Panoramica delle competenze federali ..... 611
Letture consigliate ..... 612
Bibliografia ..... 614
I materiali ..... 618

## I. STORIA DELL'ORIGINE

Dalla revisione totale del 1999, la Costituzione federale disciplina i compiti della Confederazione (art. 42 Cost.) e i compiti dei Cantoni (art. 43 Cost.) nella sezione 1 del capitolo 1 sui "Rapporti tra Confederazione e Cantoni" del titolo 3 "Confederazione, Cantoni e Comuni". Dal 2008, questa sezione comprende anche i principi relativi all'assegnazione e all'adempimento dei compiti (art. 43a Cost.). Le corrispondenti disposizioni precedenti non si trovano nelle versioni precedenti della Costituzione federale. 1

Il progetto di Costituzione del 1995 poneva ancora i Cantoni al centro e stabiliva all'art. 32 cpv. 1: "I Cantoni sono responsabili di tutti i compiti che non sono assegnati alla Confederazione dalla Costituzione federale". Secondo le note esplicative, questa ripartizione delle competenze - insieme all'art. 3 del progetto di Costituzione del 1995 - rappresenta la "decisione di base a favore del federalismo come principio politico concreto nella sua forma moderna". A differenza dell'attuale art. 42 della Cost. il progetto non si pronunciava espressamente sui compiti della Confederazione, che sarebbero risultati dall'interpretazione della Cost. Questo è condivisibile, motivo per cui il significato indipendente dell'art. 42 Cost. è tuttora aperto (cfr. N. 19 s.). 2

Nel processo di consultazione è stato criticato il rapporto "poco chiaro" tra l'art. 32 cpv. 1 VE 1995 e l'art. 3 VE 1995. Quest'ultima disposizione, infatti, stabilisce anche la competenza generale sussidiaria dei Cantoni. Il Consiglio federale ha voluto tenere conto di questa critica e ha riformulato le disposizioni relative al federalismo nel progetto di Costituzione del 1996. La formulazione della disposizione sulla posizione dei Cantoni (art. 32 cpv. 1 VE 1995) è stata modificata nel senso che i Cantoni hanno tutti i diritti sovrani necessari per svolgere i loro compiti nel quadro della Costituzione federale (art. 35 VE 1996). Questa disposizione non regolava più la distribuzione federale delle competenze, ma piuttosto l'esecuzione dei compiti da parte dei Cantoni. I compiti della Confederazione sono stati nuovamente descritti nell'art. 3 cpv. 2 del VE 1996: "La Confederazione adempie ai compiti che le sono assegnati dalla Costituzione federale". Questa formulazione è stata mantenuta e si trova oggi nell'art. 42 della Cost. Il cambiamento di sistema - dall'art. 3 cpv. 2 VE 1996 all'art. 42 Cost. - risale al Consiglio degli Stati, che nelle deliberazioni parlamentari ritenne che si trattasse di una semplice concretizzazione del principio del federalismo. 3

4 Il progetto di Costituzione del 1996 ha introdotto nella discussione anche il principio di sussidiarietà. Secondo l'art. 34 cpv. 3 del progetto di Costituzione del 1996, la Confederazione dovrebbe ora essere obbligata a rispettare il principio di sussidiarietà. Tuttavia, il Consiglio degli Stati ha ritenuto poco chiara e ambigua la proposta del Consiglio federale di concettualizzare il termine sussidiarietà nell'art. 34 cpv. 3 VE 1996. Ha preferito definire la sussidiarietà nel modo seguente: "Essa [la Confederazione] assume solo quei compiti che richiedono una regolamentazione standardizzata". Una minoranza della Commissione avrebbe preferito eliminare la parola "solo" per esprimere il principio di sussidiarietà in modo positivo. In Consiglio nazionale è prevalso inizialmente l'ancoraggio esplicito del principio di sussidiarietà nel senso della bozza del Consiglio federale. Il Consiglio degli Stati e il Consiglio nazionale si sono infine accordati sulla formulazione "germanizzata" solo in sede di conferenza di conciliazione, eliminando la parola "solo" dalla versione originale del Consiglio degli Stati. La nuova formulazione del principio di sussidiarietà è stata inserita nell'art. 42 cpv. 2 Cost.

5 Tuttavia, la parafrasi del principio di sussidiarietà non è stata in grado di eliminare le ambiguità di questa disposizione. Eliminando la parola "soltanto", si è evitata l'impressione che alla Confederazione potessero essere assegnati solo quei compiti che richiedono una regolamentazione standardizzata. Con questo secondo cpv., tuttavia, l'art. 42 Cost. potrebbe essere inteso nel senso che la Confederazione adempie sia ai compiti che le sono stati assegnati dalla Costituzione federale (cpv. 1) sia a quelli che richiedono una standardizzazione (cpv. 2). Tuttavia, secondo l'opinione prevalente, il cpv. 2 non intendeva creare un'ulteriore base di competenza indipendente per i compiti federali. Con la riforma del federalismo entrata in vigore il 1° gennaio 2008 per ristrutturare la perequazione finanziaria e la ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni, questo paragrafo è stato definitivamente abrogato. Da allora, il principio di sussidiarietà è stato espressamente sancito dall'art. 5a Cost. e concretizzato dall'art. 43a cpv. 1 Cost.

## II. CONTESTO

### A. Federalismo - contestualizzazione teorica

6 Esistono vari tipi di ripartizione federale delle competenze. La tecnica di ripartizione più comune (cfr. N. 7-11) segue la dicotomia tra competenze

titolate (nominate) o enumerate e competenze residue: Per un livello, le competenze sono esplicitamente designate, mentre all'altro livello sono assegnate tutte le competenze residue. A volte ci sono ragioni storiche per questo tipo di divisione delle competenze. Gli Stati federali nati da ex Stati sovrani preferiscono in genere indicare chiaramente le competenze della Confederazione e mantenere le altre competenze. Tuttavia, le competenze residue non devono necessariamente essere attribuite al livello subordinato (cfr. N. 9). La definizione di una competenza residua per un livello o per l'altro ha il vantaggio di evitare lacune nelle competenze. Lo schema regola-eccezione è considerato un altro tipo di tecnica di attribuzione delle competenze (cfr. N. 10). Sebbene anche in questo caso si verifichi una sottrazione, si stabilisce positivamente come regola che un livello è responsabile di tutti i compiti, a meno che un compito specifico non sia assegnato all'altro livello tramite un'eccezione. Non è evidente che tale tecnica normativa sia destinata ad avere un significato materiale diverso rispetto al sistema delle competenze titolate e residuali. In particolare, non si può supporre che le competenze di un livello come "eccezioni" debbano essere interpretate in modo diverso - più ristretto - rispetto a quelle dell'altro livello.

## B. Contestualizzazione giuridica comparata

La ripartizione delle competenze nella Costituzione federale svizzera si basa principalmente sull'art. 3 Cost. come "norma fondamentale dello Stato federale". Come altre costituzioni federali, questa disposizione si basa sulla dicotomia tra competenze titolate (nominate o enumerate) e competenze residue (cfr. n. 6). In questo senso, i Cantoni rimangono responsabili di tutti gli ambiti che non sono costituzionalmente assegnati alla Confederazione. La competenza residua cantonale deriva già dall'art. 3 Cost. ed è solo enfatizzata dall'art. 42 Cost. nella prospettiva della Confederazione. Grazie alla clausola generale sussidiaria dell'art. 3 Cost. la Costituzione federale offre un "sistema di divisione delle competenze senza soluzione di continuità". Il Tribunale federale decide sui conflitti di competenza tra la Confederazione e i Cantoni ai sensi dell'art. 189 cpv. 2 Cost. in combinato disposto con l'art. 120 cpv. 1 lit. Art. 120 cpv. 1 lett. a LTF. Altre disposizioni centrali della divisione federale dei poteri sono l'art. 5a Cost. (principio di sussidiarietà), l'art. 43 Cost. (compiti dei Cantoni), l'art. 43a Cost. (principi per la ripartizione e l'adempimento dei

7

compiti), l'art. 44 Cost. (principi di cooperazione tra Confederazione e Cantoni) e l'art. 47 Cost. (autonomia dei Cantoni).

8 La Legge costituzionale federale austriaca (B-VG), come la Costituzione federale, riconosce la dicotomia nella distribuzione delle competenze tra competenze titolate e competenze residue, in quanto le competenze del governo federale sono nominate nella Costituzione e tutte le altre aree rientrano nella competenza degli Stati federali. In questo senso, secondo la clausola generale dell'art. 15 cpv. 1 B-VG, gli Stati federali austriaci sono responsabili a meno che la Costituzione federale non assegni espressamente una materia al governo federale. Le aree di competenza del governo federale sono elencate enumerativamente in particolare nell'art. 10-12 B-VG.

9 Anche l'art. 35 della Costituzione belga richiederebbe un'esplicita attribuzione di competenza per il livello federale superiore ("autorità federale") e concederebbe alle Comunità e alle Regioni una competenza residuale. Tuttavia, a causa di una disposizione transitoria, questo regolamento non è (ancora) applicabile. Attualmente, quindi, la competenza residua in Belgio - come in Canada - spetta al livello federale.

10 La Legge fondamentale tedesca (GG) dichiara nella sua norma fondamentale sulla divisione delle competenze tra il governo federale e gli Stati federali, all'articolo 30, che l'esercizio dei poteri statali e l'adempimento dei compiti statali sono di competenza degli Stati federali, a meno che la Legge fondamentale non preveda o consenta disposizioni diverse. Allo stesso modo, l'articolo 70 della Legge fondamentale stabilisce che gli Stati federali hanno il diritto di legiferare, a meno che la Legge fondamentale non deleghi questo potere al governo federale. La tecnica normativa della Legge fondamentale tedesca è qualificata come schema regola-eccezione (cfr. N. 6). Tuttavia, le diverse tecniche normative non cambiano il fatto che in molti Stati federali, il livello superiore, cioè il governo federale, ha la maggior parte della responsabilità a causa dell'attribuzione costituzionale di numerose e significative competenze. Questo vale sia per la Germania che per l'Austria, e non meno per la Svizzera, dove l'area di responsabilità del governo federale è in costante crescita, anche a causa dell'aumento delle norme dei trattati statali.

11 Analogamente, l'Unione Europea, in quanto sistema a struttura federale, richiede una distribuzione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. A

differenza degli Stati federali, la ripartizione delle competenze è unidimensionale, in quanto i trattati dell'UE stabiliscono solo le competenze dell'Unione, ma non quelle degli Stati membri. È vero che l'art. 5 cpv. 2 TUE stabilisce che, in base al principio di attribuzione, l'Unione ha solo le competenze che le sono state trasferite dai trattati dell'UE e che tutte le altre aree rimangono agli Stati membri dell'UE. Tuttavia, quest'ultimo aspetto ha solo un effetto descrittivo, poiché la sovranità degli Stati membri è costituita dalle loro costituzioni e non è trasferita dal diritto dell'Unione. Un'ulteriore differenza rispetto agli Stati federali consiste nel fatto che l'Unione non può attribuirsi nuove competenze. Spetta agli Stati membri autorizzarla a regolamentare nuovi settori attraverso una modifica del trattato, che richiede l'unanimità e la ratifica (cfr. art. 48 TUE).

# III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Concetti di base sulle competenze

L'art. 42 Cost. parla di "compiti" assegnati alla Confederazione dalla Costituzione federale. Altre disposizioni costituzionali relative alle competenze utilizzano invece il termine "competenza" (ad es. artt. 43, 57, 61a, 67a e 76 Cost.). Nella vecchia Costituzione federale del 1874, il termine "competenza", generalmente usato come sinonimo di "giurisdizione", era ancora utilizzato in diversi punti (ad es. art. 16, art. 24bis e art. 84 Cost. 1874). Mentre la Costituzione federale del 1999 parlava inizialmente solo di "compiti" e "responsabilità", il termine "competenza" è stato reintrodotto nella Costituzione con l'inserimento dell'art. 117b della Costituzione federale in seguito all'adozione dell'Iniziativa per l'assistenza nel 2021. I concetti giuridici fondamentali di "compito" da un lato e "responsabilità" o "competenza" dall'altro devono essere distinti nel contesto federale. Anche l'art. 43 Cost. opera una distinzione in questo senso, in base alla quale i Cantoni stabiliscono quali "compiti" svolgere nell'ambito della loro "competenza" (cfr. art. 43 N. 8-11). 12

I "compiti" costituiscono l'interfaccia tra lo Stato e la società. La Costituzione definisce quali compiti lo Stato deve svolgere e riflette quindi le "aspettative nei confronti dello Stato". In questo modo, definisce anche lo Stato: lo Stato è reso responsabile dell'adempimento di questi compiti; viene così tracciato il confine con la società. Anche la Cost. fa specifico riferimento ai compiti dello 13

Stato quando si tratta di questa demarcazione tra Stato e società. Inoltre, nella letteratura, il compito è generalmente qualificato come un dovere dello Stato di emanare una norma o adottare una misura. Di conseguenza, un compito copre un'area di attività in cui lo Stato è fondamentalmente obbligato ad agire. Tuttavia, il dovere dello Stato di adempiere a un compito non dice nulla su quale livello di governo ne sia responsabile. Non è necessariamente possibile dedurre da un compito quale sia l'autorità locale responsabile; al contrario, l'attribuzione di competenze porta regolarmente a concludere che esiste un compito (statale).

14 Solo la competenza determina chi è autorizzato a svolgere un compito (statale). Essa collega il compito statale a un'unità organizzativa. Ad esempio, la Costituzione federale fa riferimento ai "compiti della Confederazione" e ai "compiti dei Cantoni" nelle norme di competenza degli articoli 42 e 43 della Cost. Grazie a questa ripartizione, i compiti dello Stato diventano compiti federali da un lato e compiti cantonali dall'altro. Nel contesto federale, le norme sulle competenze si concentrano proprio su questa distribuzione verticale dei compiti tra i due livelli dell'organizzazione statale, ossia la Confederazione e gli Stati costitutivi (l'attribuzione delle competenze ai Comuni è regolarmente di competenza di questi ultimi). Si tratta della cosiddetta "competenza associativa". Abilitando un'autorità locale a svolgere un compito, una disposizione costituzionale di competenza viene allo stesso tempo negata all'altra. Solo il destinatario della competenza è autorizzato ad adottare un regolamento o una misura specifica. Autorità o autorizzazione significa che la persona responsabile non è necessariamente obbligata ad adottare una misura. Una competenza può contenere sia un'autorizzazione che un obbligo a svolgere un compito.

15 L'ordine dei compiti e l'ordine delle competenze assumono quindi prospettive diverse: Mentre l'ordine dei compiti di una costituzione obbliga lo Stato a svolgere un'attività specifica e quindi lo sottrae alla sfera puramente sociale, l'ordine delle competenze si concentra sulla delimitazione del campo d'azione tra la Confederazione da un lato e gli Stati costituenti dall'altro.

## B. Compiti e competenze federali

16 Dall'art. 42 Cost. si evince che la Confederazione deve adempiere a tutti i compiti che le sono stati assegnati dalla Costituzione federale. Secondo la formulazione della disposizione, l'attenzione si concentra sui compiti della

Confederazione e non sulle sue competenze, che sono disciplinate nelle singole norme di competenza della Costituzione federale (cfr. n. 20). Sebbene la delimitazione dei compiti e delle competenze sia importante per l'art. 43 Cost. (cfr. art. 43 Cost. n. 8-11), essa svolge un ruolo subordinato per la Confederazione. Il fattore decisivo per il potere d'azione della Confederazione è l'esistenza di una norma di competenza corrispondente. In questo contesto, la Costituzione federale non distingue in modo chiaro e univoco tra queste due categorie.

17 Il rapporto tra competenza e compito nella Costituzione federale è altrettanto complesso. Secondo l'art. 42 Cost. la Confederazione adempie ai compiti che le sono assegnati dalla Costituzione federale. Tuttavia, le competenze della Confederazione non si esauriscono qui. Essa non è responsabile solo dei compiti assegnati nel senso di un dovere di agire (ad esempio, art. 38 cpv. 1, art. 62 cpv. 5 Cost.: "La Confederazione regolamenta...", ma anche art. 40 cpv. 1, art. 64 cpv. 1 Cost. "La Confederazione promuove..." e art. 77 cpv. 1, art. 92 cpv. 1 Cost. "La Confederazione assicura..."). La competenza federale esiste anche se la Costituzione federale dichiara la Confederazione responsabile senza imporle contemporaneamente un compito, ossia un dovere di agire. Non esiste un obbligo (diretto) di agire, ma la Confederazione è responsabile delle disposizioni di abilitazione, le disposizioni "possono" (ad esempio, l'art. 71 Cost.: "La Confederazione può promuovere la produzione cinematografica svizzera e la cultura cinematografica").

18 Inoltre, in alcuni casi la Costituzione federale affida alla Confederazione un compito, ma limita il relativo dovere di agire all'"ambito di sua competenza" (ad esempio, l'art. 76 cpv. 1 Cost. sull'approvvigionamento idrico e l'art. 118 cpv. 1 Cost. sulla protezione della salute). In questi casi, il legislatore federale necessita di un'ulteriore autorizzazione costituzionale. Una simile limitazione dell'adempimento dei compiti attraverso la competenza si trova soprattutto nelle disposizioni che autorizzano contemporaneamente la Confederazione e i Cantoni (ad esempio, l'art. 57 cpv. 1 Cost. sulla sicurezza nazionale e la protezione civile, l'art. 61a cpv. 1 Cost. sullo spazio educativo svizzero, l'art. 67a cpv. 2 Cost. sull'educazione musicale e l'art. 89 cpv. 1 Cost. sulla politica energetica).

19 È vero che l'assegnazione di un compito alla Confederazione comporta regolarmente anche la sua responsabilità. Tuttavia, a causa della complessa interazione tra compiti e competenze, le competenze della Confederazione

possono essere ricavate dall'art. 42 Cost. solo in misura limitata. Di conseguenza, il suo significato (pratico e giuridico) è limitato.

20 Un'altra ragione - ancora più importante - del limitato contenuto indipendente dell'art. 42 Cost. è che la questione delle competenze specifiche della Confederazione deve essere affrontata nella norma sulle competenze specifiche, in particolare nel Capitolo 2 del Titolo 3 della Costituzione federale. Le singole disposizioni sostanziali determinano contemporaneamente l'ambito di competenza federale e gli effetti giuridici sulle competenze cantonali. Infatti, sebbene l'uso del verbo "adempie" ("accomplit", "adempie") nell'art. 42 Cost. possa far pensare che la Confederazione sia obbligata ad adempiere ai suoi doveri in ogni caso, la necessità di agire deriva solo dalla singola disposizione pertinente (eventualmente in combinazione con altre disposizioni costituzionali) - per cui anche le norme puramente abilitanti (cfr. N. 17) richiedono che la Confederazione esamini regolarmente se è necessario agire. Per questo motivo, il Tribunale federale non controlla la competenza della Confederazione direttamente sulla base dell'art. 42 Cost. ma sulla base di una norma sostanziale specifica (ad esempio l'art. 78 cpv. 2 Cost.), ad esempio stabilendo la portata di un "compito federale".

## C. Assegnazione di compiti da parte della Costituzione federale

21 Nonostante la sua importanza minore (n. 19 s.), l'art. 42 Cost. chiarisce che la Confederazione è responsabile dell'adempimento dei compiti, ossia quelli che le sono stati assegnati dalla Costituzione. La Costituzione federale riconosce quindi il fatto fondamentale di costituire lo Stato e di assegnargli dei compiti, cioè delle responsabilità. L'articolo 42 Cost. chiarisce il sistema di autorizzazioni individuali implicito nell'articolo 3 Cost: L'attribuzione di "compiti" alla Confederazione deve essere fatta - in linea di principio in modo esplicito e definitivo - dalla Costituzione federale. Tuttavia, la combinazione di queste due disposizioni dimostra che non sono i compiti, ma le responsabilità della Confederazione a dover essere stabilite nella Costituzione. Se la Confederazione è responsabile in un settore e può - ma non deve - emanare un regolamento, può assumere un compito solo nel senso di un dovere di agire a livello legislativo.

22 In ogni caso, i requisiti dell'art. 42 Cost. sono soddisfatti se il compito o la competenza della Confederazione sono espressamente sanciti dalla

Costituzione. È anche riconosciuto che, in casi eccezionali, la Confederazione è tacitamente autorizzata a svolgere un compito specifico. Le competenze tacite del governo federale possono sorgere in virtù della connessione fattuale (pouvoirs implicites, poteri impliciti) o in virtù della struttura dello Stato federale (pouvoirs inhérents, poteri intrinseci). La giurisdizione in virtù della connessione fattuale deriva dalla necessità di poter esercitare una giurisdizione esplicita. L'attuale Costituzione federale non prevede praticamente alcun potere di questo tipo. Il governo federale è competente in virtù della struttura federale dello Stato se la sua competenza deve ragionevolmente derivare dal principio dello Stato federale. Tale competenza si applica, ad esempio, alla protezione dello Stato e alla determinazione di stemmi o bandiere. Dopo la revisione totale della Costituzione federale nel 1999 e la relativa intenzione di iscrivere il diritto costituzionale non scritto nella Carta costituzionale, c'è poco spazio per le competenze tacite; esse richiedono una giustificazione speciale.

A causa della "riserva costituzionale" dell'art. 42 Cost. in combinato disposto con l'art. 3 Cost. Art. 3 Cost., nuove competenze federali sono possibili solo con una corrispondente modifica costituzionale. Nuovi compiti o responsabilità possono essere trasferiti alla Confederazione o quelli esistenti possono essere revocati mediante una revisione totale ai sensi dell'art. 193 Cost. o mediante una revisione parziale ai sensi dell'art. 194 Cost.. Le modifiche alla ripartizione federale dei compiti e delle responsabilità sono quindi nelle mani della Costituzione federale, che ne ha l'autorità. È esclusa una cessione (volontaria) di competenze da parte dei Cantoni, ad esempio tramite un trattato. Altrettanto inammissibile è la creazione di nuove competenze per colmare lacune o per diritto consuetudinario. 23

## D. Panoramica delle competenze federali

La maggior parte delle competenze della Confederazione si trova nel Capitolo 2 (Competenze) del Titolo 3 (art. 54-125 Cost.). Alla luce di queste disposizioni, la Confederazione - in parte congiuntamente ai Cantoni - è essenzialmente responsabile dei seguenti settori: 24

- affari esteri;
- sicurezza nazionale e protezione civile;
- istruzione e ricerca

- sport e cultura
- protezione dell'ambiente e pianificazione territoriale
- trasporti pubblici;
- energia e comunicazione;
- politica economica;
- alloggi, sicurezza sociale e tutela della salute
- migrazione;
- diritto civile e penale.

25 Secondo il testo dell'art. 42 della Cost. la Confederazione è tenuta a svolgere i compiti che le sono stati assegnati. Tuttavia, l'opinione generale è che essa possa affidare a terzi, come i Cantoni o persone o organizzazioni private al di fuori dell'amministrazione federale, l'adempimento dei suoi compiti, nel rispetto dei requisiti della specifica disposizione sostanziale. Tuttavia, ciò non la esonera dal suo dovere generale di adempimento.

*Informazioni sull'autore*

*Christina Neier, laureata, è ricercatrice post-dottorato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Zurigo. Ha studiato diritto, economia e scienze sociali a Vienna e ha conseguito il dottorato all'Università di Zurigo. La sua tesi di laurea era incentrata sulla cittadinanza europea. Attualmente sta lavorando alla sua tesi di abilitazione sulla solidarietà nell'Unione europea e negli Stati federali europei, compresa la Svizzera. È sostenuta finanziariamente dalla UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Foundation Fellowship) e dalla UZH Postdoc Grant (incl. Suslowa Postdoc Fellowship). È inoltre docente di diritto europeo e pubblico presso diverse università svizzere. Dal 2020 è redattore capo della rivista Swiss Review of International and European Law (SRIEL). Può essere contattata all'indirizzo christina.neier@ius.uzh.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Iensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.

Jestaedt Matthias, Theorie der Kompetenzverteilung, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2021), S. 163–181.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Schindler Benjamin, Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht, Beiträge zur Rechgtsgeschichte Österreich (2021), 238–255.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Vorbemerkungen zu Art. 42 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Berka Walter, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristiche Studium, 8. Aufl., Wien 2021.

Biaggini Giovanni, Kommentierng zu Art. 42 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Brühl-Moser Denise, § 97 Der Föderalismus Kanadas: interstaatlich, exekutiv und asymmetrisch, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 627–669.

Edenharter Andrea, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, Tübingen 2018.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Eichenberger Kurt, Strukturen von heute für Aufgaben von morgen (1980), in: Müller Georg/Rhinow René/Schmid Gerhard (Hrsg.), Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger. Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Basel/Genf/München 2002, S. 11–20.

Fehling Michael, Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Aulehner Josef et al. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart et al. 1997, S. 31–55.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.

Glaser Andreas, Staatsaufgaben, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 23–32.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

Hanschel Dirk, Konfliktlösung im Bundesstaat: die Lösung föderaler Kompetenz-, Finanz- und Territorialkonflikte in Deutschland, den USA und der Schweiz, Tübingen 2012.

Heintzen Markus, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Kahl Wolfgang/Waldhoff Christan/Walther Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand November 2022).

Isensee Josef, § 73 Staatsaufgaben, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bunesrepublik Deutschland, Band IV Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zit. Isensee, Staatsaufgaben).

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Iensee Josef/ Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008 (zit. Isensee, Kompetenz).

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490 (zit. Jaag, Rechtsstellung).

Jaag Tobias, Rechtsschutz bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen, in: Mahon Pascal/Ngyuen Minh Son (Hrsg.), L'activité et l'espace: droit du sport et aménagement du territoire: Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 521–533 (zit. Jaag, Rechtsschutz).

Jestaedt Matthias, Theorie der Kompetenzverteilung, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2021), S. 163–181.

Kment Martin, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Jarass Hans D./Pieroth Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., München 2022.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J.(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J.(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Nettesheim Martin, Kompetenzen, in: von Bogdandy Armin/Bast Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, Heidelberg 2009, S. 389–439.

Palermo Francesco/Kössler Karl, Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, 2017.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Saladin Peter, Bund und Kantone – Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984) II, S. 431–590.

Schindler Benjamin, Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht, Beiträge zur Rechgtsgeschichte Österreich (2021), 238–255.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 56–117 (zit. Thalmann, Kantone).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (Hrsg.), Die neue schweizerische Bundesverfassung, Basel/Genf/München 2000, S. 149–170 (zit. Thalmann, Kompetenzverteilung)

Tiefenthal Jürg Marcel, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021.

Tschannen Pierre, Bundesstaatliche Aufgabenteilung und politisches System – Grenzen der Verfassungsästhetik, ZSR 114 (1995) I, S. 143–169 (zit. Tschannen, Aufgabenteilung).

Tschannen Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich 2013, S. 7–33 (zit. Tschannen, Grundlagen).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.4.2024.

Vogel Stefan, Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht. Zugleich eine Würdigung des Wirkens von Kurt Eichenberg, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Rechtsetzung und Verfassungsgebung. Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Zürich/St. Gallen 2013, S. 11–43.

von Bogdandy Armin, § 81 Prinzipien des föderalen Verhältnisses in der Europäischen Union: ein Anwendungsdiskurs zum supranationalen Föderalismus, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 37–61.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Woydt Malte, § 100 Dissoziativer Föderalismus (1): Belgo-Föderalismus, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 745–795.

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Nationalrat (zit. AB 1998 NR).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat (zit. AB 1998 SR).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 1996 (zit. Vernehmlassungsverfahren).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 19.6.1995 (zit. VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996).

alle abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 15.2.2024.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 43 Cost.

Un commentario di Christina Neier

CITAZIONE SUGGERITA

Christina Neier, Commentario all'art. 43 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Neier, art. 43 Cost. N. XXX.

**Art. 43 Compiti dei Cantoni**

I Cantoni determinano quali compiti essi adempiono nell'ambito delle loro competenze.

# STRUTTURA

I. Storia dell'origine ..... 623
II. Contesto ..... 624
III. Commento in senso stretto ..... 625
A. Competenze cantonali e compiti cantonali ..... 625
B. Ambito e limiti dell'autonomia dei compiti cantonali ..... 626
C. Panoramica dei doveri nelle costituzioni cantonali selezionate ..... 628
Letture consigliate ..... 631
Bibliografia ..... 632
I materiali ..... 635

# I. STORIA DELL'ORIGINE

Dalla revisione totale del 1999, la Costituzione federale ha inserito nell'art. 43 della Costituzione federale, nella sezione 1 del capitolo 1 sui "Rapporti tra Confederazione e Cantoni", una disposizione fondamentale sui compiti dei Cantoni in aggiunta ai compiti della Confederazione (art. 42 Cost.). Dal 2008, l'art. 43a della Cost. stabilisce anche i principi per l'assegnazione e l'adempimento dei compiti. Le versioni precedenti della Costituzione federale non contenevano disposizioni dirette precedenti. 1

Il progetto di Costituzione del 1995 prevedeva norme generali sulla responsabilità cantonale in due punti. In primo luogo, in continuità con la vecchia Costituzione federale, l'art. 3 VE 1995 stabiliva che i Cantoni "esercitano tutti i diritti non conferiti alla Confederazione". D'altra parte, è stato proposto anche l'art. 32 cpv. 1 VE 1995, che recitava: "I Cantoni sono responsabili di tutti i compiti che non sono trasferiti alla Confederazione dalla Costituzione federale". Secondo le note esplicative, quest'ultima disposizione intendeva sancire la "responsabilità sussidiaria" o "l'adempimento sussidiario dei compiti" dei Cantoni e quindi continuare quegli elementi del programma normativo dell'art. 3 che riguardano la divisione dei compiti tra Confederazione e Cantoni. 2

Mentre l'art. 3 VE 1995 parlava di "diritti" cantonali - come l'art. 3 Cost. 1874 - l'art. 32 cpv. 1 VE 1995 parla ora di "compiti" dei Cantoni. Nella procedura di consultazione è stato quindi criticato il fatto che quest'ultima formulazione potrebbe dare un significato diverso al concetto di sovranità dell'art. 3 VE 1995, nel senso di un indebolimento della presunzione di competenza a una divisione dei compiti. Il Consiglio federale ha voluto tenere conto di questa critica nel progetto di Costituzione del 1996. Ha cancellato le disposizioni sui "diritti" cantonali dall'art. 3 Cost. e le ha trasferite nel nuovo art. 35 VE 1995, omettendo deliberatamente la parola "diritti". La disposizione dell'art. 35 VE 1996 recitava quindi: "Nel quadro della Costituzione federale, i Cantoni godono di tutti i diritti sovrani di cui hanno bisogno per adempiere ai loro compiti". Sistematicamente, questa disposizione sulla posizione dei Cantoni è stata collocata dopo quella sui principi di cooperazione tra la Confederazione e i Cantoni. 3

4 Nelle deliberazioni parlamentari, il Consiglio degli Stati propose un sistema diverso: La "regola classica sulla divisione delle competenze tra i due livelli" dovrebbe precedere i principi di cooperazione tra Confederazione e Cantoni. Inoltre, si dovrebbero evitare termini nuovi e poco chiari come "diritti di sovranità". Il Consiglio degli Stati ha quindi proposto una nuova formulazione per le disposizioni sulla posizione dei Cantoni, che alla fine ha prevalso e corrisponde a quella dell'attuale art. 43 Cost. sotto il titolo marginale "Compiti dei Cantoni". Il Consiglio nazionale ha accolto la proposta del Consiglio degli Stati sia per la formulazione che per il sistema, in quanto chiara e concisa e quindi preferibile a quella del Consiglio federale.

## II. CONTESTO

5 Una ripartizione chiara e inequivocabile delle competenze (generalmente sinonimo del termine competenze) tra la Confederazione e gli Stati costituenti è una componente centrale e indispensabile di una Costituzione federale. Un sistema federale di competenze è solitamente composto da norme astratte di principio e da norme concrete di competenza. Nella Costituzione federale, le prime comprendono le norme chiave dell'art. 3 Cost. (principio della competenza residua dei Cantoni e principio dell'autorizzazione individuale della Confederazione), dell'art. 5a Cost. (principio di sussidiarietà), degli artt. 42-43a Cost. (principi sui compiti della Confederazione e dei Cantoni) e dell'art. 47 Cost. (autonomia dei Cantoni). Le competenze specifiche (federali) nelle singole aree tematiche sono disciplinate principalmente nel Capitolo 2 (Competenze) e nel Capitolo 3 (Regolamenti finanziari) del Titolo 3 della Costituzione federale. Il Tribunale federale decide sui conflitti di competenza tra la Confederazione e i Cantoni ai sensi dell'art. 189 cpv. 2 Cost. in combinato disposto con l'art. 120 cpv. 1 lit. Art. 120 cpv. 1 lett. a LTF. Come la Confederazione, anche i Cantoni devono ricorrere a questa azione in base al diritto costituzionale; il LTF non riconosce un "ricorso all'autonomia" generale, come invece è previsto per i Comuni (cfr. art. 89 cpv. 2 lett. c LTF).

6 Secondo le note marginali, l'art. 42 Cost. si concentra sui compiti della Confederazione, mentre l'art. 43 Cost. si occupa di quelli dei Cantoni. I numerosi spostamenti sistematici e le riformulazioni linguistiche di queste due norme costituzionali nel contesto della loro storia redazionale rivelano la mancanza di chiarezza sul loro contenuto normativo. Di conseguenza, esse ribadiscono l'obbligo della Confederazione e dei Cantoni di adempiere ai

propri doveri. Al di là di questo, tuttavia, il significato giuridico e pratico di queste due disposizioni è minimo. Il loro contenuto deriva essenzialmente già dall'art. 3 Cost. Gli artt. 42 e 43 Cost. contribuiscono quindi senza dubbio all'"aumento quasi inflazionistico delle dichiarazioni di principio federaliste".

Inoltre, l'art. 43 Cost. deve essere letto insieme alle disposizioni che stabiliscono i principi per l'assegnazione e l'adempimento dei compiti. L'art. 5a Cost. ("Sussidiarietà") e l'art. 43a Cost. ("Principi per la ripartizione e l'adempimento dei compiti dello Stato") trattano specificamente della ripartizione e dell'adempimento dei compiti dello Stato. Inoltre, l'art. 44 cpv. 1 e 2 Cost. obbliga la Confederazione e i Cantoni a sostenersi e considerarsi reciprocamente. Ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 Cost. i Cantoni possono cooperare in "compiti di interesse regionale" e concludere accordi intercantonali a tal fine. Infine, ai sensi dell'art. 47 Cost. la Confederazione è tenuta a preservare l'autonomia dei Cantoni e a lasciare loro compiti e fonti di finanziamento sufficienti. 7

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Competenze cantonali e compiti cantonali

I concetti fondamentali del diritto delle competenze comprendono "compiti" e "responsabilità" o, intesi come sinonimi, "competenze". I diversi significati di "compito" e "competenza" diventano chiari nell'art. 43 della Cost., quando si afferma che i Cantoni stabiliscono quali "compiti" svolgere "nell'ambito delle loro competenze". Il termine "compito" comprende il dovere di emanare una misura o un regolamento ed è incentrato sulla delimitazione della sfera statale da quella sociale. La giurisdizione o competenza, invece, è intesa come autorizzazione ad agire; nelle costituzioni federali serve principalmente a delimitare le sfere d'azione del governo federale e degli Stati costituenti. In linea con questa concezione, la formulazione dell'art. 43 Cost. concede ai Cantoni la libertà di decidere quali azioni intraprendere, nella misura in cui sono autorizzati a farlo dal diritto costituzionale federale. 8

La competenza cantonale, cioè la questione dell'autorizzazione dei Cantoni, deriva dall'art. 3 Cost. il cui principio è ripetuto nell'art. 42 Cost. Con queste disposizioni, la Costituzione dichiara i Cantoni responsabili di tutti i settori non delegati alla Confederazione. I Cantoni hanno una competenza generale sussidiaria. Tuttavia, ciò non implica una presunzione di competenza a favore 9

dei Cantoni. Piuttosto, le competenze assegnate alla Confederazione dalla Costituzione federale devono essere determinate con l'aiuto dei consueti canoni interpretativi; i Cantoni sono responsabili di tutte le altre aree dell'attività statale.

10 In alcuni casi, la Costituzione federale dichiara espressamente la competenza dei Cantoni. Di norma, questa dichiarazione di competenza ha solo un significato dichiarativo, in quanto conferma ciò che è già valido ai sensi dell'art. 3 Cost. Ne sono un esempio l'esplicito ancoraggio delle competenze cantonali in materia di istruzione (art. 62 cpv. 1 Cost.), cultura (art. 69 cpv. 1 Cost.), rapporti tra Stato e Chiesa (art. 72 cpv. 1 Cost.) e protezione della natura e del patrimonio culturale (art. 78 cpv. 1 Cost.). In alcuni casi, la competenza cantonale è anche espressamente menzionata nella Costituzione federale per autorizzare i Cantoni a limitare le libertà garantite dal diritto federale (ad esempio, art. 29a Cost. e art. 94 cpv. 4 Cost.), per stabilire un'eccezione alla competenza federale (ad esempio, art. 54 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 94 cpv. 2 Cost.). 54 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 56 cpv. 1 Cost. sulla conclusione di trattati internazionali), di imporre ai Cantoni l'attuazione di una misura federale (es. art. 74 cpv. 3 Cost. sulla protezione dell'ambiente) o di specificare la competenza cantonale come distinta da quella federale (es. art. 78 cpv. 1 Cost. sulla protezione della natura e del patrimonio culturale).

11 La competenza residua dei Cantoni era al centro della versione originale di questa disposizione (cfr. art. 32 cpv. 1 VE 1995, cfr. N. 2). Tuttavia, l'art. 43 della Cost. pone ora l'accento soprattutto sull'autonomia cantonale. Se i Cantoni sono responsabili di un'area specifica, cioè se sono autorizzati ad agire in un determinato campo di attività, sono loro stessi a stabilire quali compiti svolgere. L'autonomia dei Cantoni in materia di compiti si manifesta sotto due aspetti: in primo luogo, nella libertà di scegliere i propri compiti (N. 12) e, in secondo luogo, nella libertà di determinare la modalità di adempimento dei compiti (N. 13).

## B. Ambito e limiti dell'autonomia dei compiti cantonali

12 L'art. 43 Cost. garantisce la libera scelta dei compiti. I Cantoni sono liberi di decidere quali compiti svolgere effettivamente nell'ambito delle loro competenze. In linea di principio, non sono obbligati a esercitare le loro competenze. Decidono autonomamente se e in che misura attivarsi. Questa

libera scelta dei compiti è ovviamente sancita anche dall'art. 3 della Costituzione federale e dall'autonomia dei Cantoni, tutelata dall'art. 47 della Cost. Quest'ultima disposizione prevede anche che la Confederazione lasci ai Cantoni un numero sufficiente di compiti propri. Ciò limita le competenze dell'autorità costituzionale federale e protegge l'autonomia dei Cantoni dall'essere completamente compromessa.

Non solo il "se", ma anche il "come", cioè le modalità di adempimento dei compiti, sono a discrezione dei Cantoni secondo l'art. 43 Cost. Essi sono liberi di decidere quali misure adottare per adempiere ai loro compiti e quale effetto giuridico attribuire loro. Allo stesso modo, sono liberi di decidere se agire in prima persona o se delegare il compito - nella costituzione cantonale o per legge - ai Comuni o a terzi pubblici o privati. Tuttavia, l'autonomia in merito alle modalità di adempimento deriva anche dall'art. 3 in combinato disposto con l'art. 47 BV. Art. 47 Cost. Un contenuto normativo che vada oltre queste disposizioni costituzionali non è quindi riconoscibile per l'art. 43 Cost. Tuttavia, l'art. 43 Cost. è sistematicamente collocato prima del capitolo sulle competenze e rappresenta un chiaro richiamo all'autonomia dei Cantoni. 13

La formulazione dell'art. 43 Cost. dà anche l'impressione che l'autonomia cantonale non sia soggetta ad alcun limite. Tuttavia, tali limiti derivano non solo dal diritto intercantonale (cfr. art. 48 cpv. 5 Cost.), ma soprattutto dal diritto federale (cfr. art. 49 cpv. 1 Cost.). Numerose limitazioni specifiche del diritto costituzionale federale stabiliscono se e come i Cantoni devono intervenire. Ad esempio, sono espressamente obbligati a svolgere compiti se la Costituzione stabilisce che i Cantoni "provvedono" (ad es. art. 57 Cost. sulla sicurezza, art. 61a Cost. sull'istruzione, art. 81a Cost. sui trasporti pubblici, art. 117a Cost. sull'assistenza medica di base). 117a Cost. sull'assistenza medica di base), i Cantoni "promuovono" (ad esempio l'art. 67a Cost. sull'educazione musicale, l'art. 112b cpv. 2 Cost. sull'integrazione dei disabili, l'art. 117b Cost. sull'assistenza infermieristica) o i Cantoni devono "agire" (ad esempio l'art. 89 cpv. 1 Cost. sulla politica energetica). In alcuni casi, queste disposizioni stabiliscono anche le modalità di adempimento dei compiti. Ad esempio, richiedono una "elevata qualità" dell'istruzione (art. 61a Cost.), dell'assistenza medica di base (art. 117a Cost.) e dell'assistenza infermieristica (art. 117b Cost.). Secondo l'art. 43a cpv. 5 della Cost. tutti i compiti devono essere assolti dai Cantoni in base alle esigenze e all'economicità. La Costituzione federale disciplina anche il caso in cui i Cantoni non adempiano adeguatamente alle 14

loro responsabilità. Nel campo dell'istruzione, ad esempio, la Confederazione ha il potere di emanare i regolamenti necessari se i Cantoni non adottano misure di armonizzazione o non raggiungono gli obiettivi comuni (art. 62 cpv. 4, art. 63a cpv. 5, art. 67a cpv. 2 Cost.). Inoltre, su richiesta dei Cantoni, la Confederazione può dichiarare l'obbligatorietà generale dei trattati intercantonali in determinate aree di competenza o obbligare i Cantoni a partecipare a tali trattati (art. 48a Cost.). In questi casi di competenza federale condizionata, si esercita di fatto una pressione sui Cantoni affinché esercitino le loro competenze.

15 I principi dello Stato di diritto enunciati nell'art. 5 della Cost. costituiscono una barriera costituzionale federale generale all'adempimento dei compiti cantonali. Un quadro restrittivo è fornito anche dalle disposizioni sugli obiettivi statali, come l'art. 41 Cost. sugli obiettivi sociali o l'art. 73 Cost. sulla sostenibilità. Inoltre, i Cantoni sono vincolati dai diritti fondamentali (art. 7-34 Cost.) nell'adempimento dei loro compiti (art. 35 cpv. 2 Cost.). Possono interferire con i diritti fondamentali degli individui solo se esiste una base legale per farlo, se un interesse pubblico giustifica l'interferenza, se l'interferenza è proporzionata e se il contenuto fondamentale è preservato (art. 36 Cost.). Infine, l'art. 94 della Cost. limita il campo d'azione dei Cantoni "in quanto principio organizzativo fondamentale di un ordine economico basato sui principi dell'economia di mercato". Essi sono tenuti a rispettare la libertà economica dell'individuo (cpv. 1), a salvaguardare gli interessi dell'economia nel suo complesso e il benessere (cpv. 2) e ad assicurare condizioni economiche favorevoli ai privati (cpv. 3).

16 Le limitazioni all'autonomia cantonale dei compiti derivano anche dal diritto internazionale. Secondo l'art. 7 della Legge federale sulla partecipazione dei Cantoni alla politica estera, i Cantoni non solo hanno una responsabilità, cioè un'autorizzazione, ma sono anche obbligati ad attuarla (in tempo utile) come compito. In pratica, le convenzioni internazionali sui diritti umani, che i Cantoni devono attuare in modo indipendente, svolgono un ruolo importante.

## C. Panoramica dei doveri nelle costituzioni cantonali selezionate

17 A causa della competenza generale sussidiaria e dell'autonomia dei Cantoni derivante dagli artt. 3, 42, 43 e 47 della Cost. non è possibile fornire una panoramica completa dei compiti cantonali (si veda tuttavia l'elenco dei compiti cantonali classici nell'art. 48a cpv. 1 della Costituzione federale). In

questa sede ci soffermeremo invece sui compiti stabiliti in alcune costituzioni cantonali, sia per la loro portata che per il loro contenuto. L'art. 51 cpv. 1 Cost. impone ai Cantoni di adottare una Costituzione. Tuttavia, la Costituzione federale non prescrive se e come essi debbano inserirvi i loro compiti. Tuttavia, la stragrande maggioranza delle costituzioni cantonali oggi contiene un catalogo esplicito dei compiti. Tali cataloghi di compiti hanno una funzione informativa, standardizzante e legittimante. Tuttavia, il loro elenco non è esaustivo a causa della responsabilità generale del Cantone ai sensi dell'art. 3 Cost.

In alcuni casi, le costituzioni cantonali standardizzano una riserva costituzionale. Di conseguenza, ogni nuovo compito cantonale deve essere espressamente incluso nella Carta costituzionale. In questo senso, il § 90, prima frase della Costituzione del Cantone di Basilea Campagna, ad esempio, prevede che l'assunzione di nuovi compiti cantonali, nella misura in cui questi non siano imposti dalla legge federale, richieda una modifica costituzionale. Altri esempi si trovano nel § 26 cpv. 1 della Costituzione cantonale di Argovia e nel § 63 cpv. 1 della Costituzione cantonale di Turgovia. 18

Come esempio di un catalogo completo di compiti, gli articoli 100-121 della Costituzione cantonale di Zurigo del 27 febbraio 2005 elencano i seguenti compiti cantonali: 19

- ordine pubblico e sicurezza;
- pianificazione territoriale, protezione dell'ambiente, del clima, della natura e del patrimonio;
- trasporti, approvvigionamento idrico ed energetico;
- economia (in particolare PMI e partenariato sociale) e lavoro (compatibilità, opportunità di lavoro e di apprendistato);
- agricoltura e silvicoltura;
- banca cantonale;
- costruzione di alloggi senza scopo di lucro e proprietà di abitazioni, nonché assistenza sociale;
- famiglia, giovani e anziani;
- assistenza sanitaria;
- integrazione (convivenza della popolazione e integrazione degli stranieri);

- istruzione, scuole pubbliche e pubbliche, università e formazione professionale e continua;
- cultura e sport.

20 Molte altre costituzioni cantonali elencano compiti simili. Alcune di esse si distinguono per il loro contenuto. Ad esempio, la Costituzione cantonale di Berna si impegna per il riposo domenicale (art. 47) e per la cooperazione internazionale e l'aiuto umanitario (art. 54, si veda anche la partecipazione alla "Cooperazione delle Regioni d'Europa"). La Costituzione del Cantone di Friburgo pone la sicurezza materiale, in particolare la prevenzione della povertà (art. 55), in cima al suo catalogo di compiti. Anche il resto del testo costituzionale pone l'individuo al centro, stabilendo la protezione e il sostegno della famiglia (artt. 59-60), la promozione dei giovani e delle relazioni intergenerazionali, nonché il sostegno alle persone vulnerabili e dipendenti (art. 63). Nel Cantone di Basilea Campagna, la promozione dell'edilizia abitativa (senza scopo di lucro) è sancita in dettaglio nella Costituzione (§ 106a). La costituzione del Canton Giura si impegna per la pace sociale (art. 21), la promozione delle donne (art. 44) e la protezione dei consumatori (art. 52), quella del Canton Vaud per l'integrazione delle persone disabili (art. 61) e la protezione dal fumo passivo (art. 65a), quella del Canton Argovia per luoghi adatti alle minoranze etniche non sedentarie (art. 48) e quella dei Cantoni Sciaffusa e Grigioni per "attività ricreative significative" (rispettivamente art. 92 e art. 91).

21 L'ampio spettro di compiti cantonali sanciti è espressione dell'autonomia dei Cantoni. È vero che le costituzioni cantonali contengono occasionalmente compiti che rispondono a preoccupazioni specifiche della popolazione cantonale. In linea di principio, tuttavia, i cataloghi dei compiti nelle varie costituzioni cantonali mostrano un alto grado di accordo, senza che si possano individuare differenze regolari che potrebbero essere attribuite a caratteristiche cantonali come la topografia o la struttura della popolazione. Tuttavia, un'analisi giuridica comparativa delle costituzioni cantonali mostra anche che esse sono aperte allo sviluppo di nuovi compiti che rispondono alle sfide odierne. Nell'ultimo decennio, ad esempio, la protezione del clima e la promozione delle energie rinnovabili hanno trovato spazio in numerose costituzioni cantonali. I compiti sanciti nelle costituzioni cantonali riflettono quindi le attuali aspettative sociali della comunità.

*L'autore*

*Christina Neier, laureata, è ricercatrice post-dottorato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Zurigo. Ha studiato diritto, economia e scienze sociali a Vienna e ha conseguito il dottorato all'Università di Zurigo. La sua tesi di laurea era incentrata sulla cittadinanza europea. Attualmente sta lavorando alla sua tesi di abilitazione sulla solidarietà nell'Unione europea e negli Stati federali europei, compresa la Svizzera. È sostenuta finanziariamente dalla UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Foundation Fellowship) e dalla UZH Postdoc Grant (incl. Suslowa Postdoc Fellowship). È inoltre docente di diritto europeo e pubblico presso diverse università svizzere. Dal 2020 è redattore capo della rivista Swiss Review of International and European Law (SRIEL). Può essere contattata all'indirizzo christina.neier@ius.uzh.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union. Eine Untersuchung auf Grundlage des deutschen und schweizerischen Verfassungsrechts, Tübingen 2021.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Kaempfer Constance, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, Zurich 2023.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 457–472.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Vgl. auch die Literaturhinweise zu Art. 42 BV.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band. I, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Basel/Frankfurt a.M. 1991.

Aubert Jean-François, Section 1: Tâches de la Confédération et des cantons. Remarques liminaires, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Egli Patricia, Die Bundestreue: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2010.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Glaser Andreas, § 2 Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 23–35.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.

Kaempfer Constance, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, Zurich 2023.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Randall Maya Hertig/Flückixer Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat, 4. Aufl., Bern 2021.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Schweizer Rainer J., Die neue Bundesverfassung: die revidierte Bundesstaatsverfassung, AJP (1999), S. 666–676 (zit. Schweizer, Bundesverfassung).

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713 (zit. Schweizer, Staatsaufgaben).

Tschannen Pierre, Bundesstaatliche Aufgabenteilung und politisches System – Grenzen der Verfassungsästhetik, ZSR 114 (1995) I, S. 143–169 (zit. Tschannen, Aufgabenteilung).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18. Juli 2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.2.2024.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Wyttenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich/St. Gallen 2017.

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Nationalrat (zit. AB 1998 NR).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat (zit. AB 1998 SR).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 1996 (zit. Vernehmlassungsverfahren).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 19.06.1995 (zit. VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996).

alle abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html besucht am 15.2.2024.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 43a Cost.

Un commentario di Christina Neier

CITAZIONE SUGGERITA

Christina Neier, Commentario all'art. 43a Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Neier, art. 43a Cost. N. XXX.

**Art. 43*a* Principi per l'assegnazione e l'esecuzione dei compiti statali**

[1] La Confederazione assume unicamente i compiti che superano la capacità dei Cantoni o che esigono un disciplinamento uniforme da parte sua.

[2] La collettività che fruisce di una prestazione statale ne assume i costi.

[3] La collettività che assume i costi di una prestazione statale può decidere in merito a questa prestazione.

[4] Le prestazioni di base devono essere accessibili a ognuno in misura comparabile.

[5] I compiti statali devono essere eseguiti in modo economicamente razionale e adeguato ai bisogni.

# STRUTTURA

I. Storia dell'origine ..... 639
II. Contesto ..... 640
III. Commento in senso stretto ..... 642
A. Cpv. 1: Principio di sussidiarietà ..... 642
B. Paragrafi 2 e 3: principio di equivalenza fiscale ..... 646
C. Cpv. 4: Principio della parità di trattamento nell'assistenza di base ..... 649
D. Cpv. 5: Principio dell'adempimento economico dei compiti in base alle necessità ..... 652
Letture consigliate ..... 654
Bibliografia ..... 655
I materiali ..... 659

# I. STORIA DELL'ORIGINE

Con la riforma del federalismo sulla "Riorganizzazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni" (NFA), la sezione 1 del capitolo 1 del titolo 3 sui compiti della Confederazione e dei Cantoni ha ricevuto una nuova disposizione nell'art. 43a Cost. sui principi per la ripartizione e l'adempimento dei compiti statali. Mentre il primo cpv. di questa disposizione riprende essenzialmente il precedente art. 42 cpv. 2, della Cost. che è stato contestualmente abrogato, i commi da 2 a 5 introducono nuovi principi per l'adempimento e la ripartizione dei compiti secondo il diritto costituzionale. Il popolo e i Cantoni hanno adottato la modifica costituzionale il 28 novembre 2004; la norma è entrata in vigore il 1° gennaio 2008. 1

Il Consiglio federale ha ritenuto che la concretizzazione del principio di sussidiarietà nel precedente art. 42 cpv. 2 Cost. si inserisse meglio, dal punto di vista sistematico, nella disposizione dell'art. 43a Cost. poiché i principi essenziali per la ripartizione e l'adempimento dei compiti sono ora stabiliti in tale articolo. L'art. 42 cpv. 2 Cost. stabiliva ancora che la Confederazione assume i compiti che richiedono una regolamentazione uniforme. Con il nuovo art. 43a cpv. 1 Cost. il Consiglio federale ha proposto di integrare questa disposizione nel senso che la Confederazione assume anche i compiti che eccedono le competenze dei Cantoni. Con i cpv. 2-5 della Cost. il Consiglio federale intendeva introdurre nuove "direttive (di natura non giurisdizionale)" per l'adempimento dei compiti. 2

Il Consiglio degli Stati raccomandava di aggiungere le parole "solo" e "dalla Confederazione" alla formulazione del principio di sussidiarietà nell'art. 43a cpv. 1 Cost. L'avverbio "soltanto" era già stato oggetto di discussione al momento della creazione dell'art. 42 cpv. 2 Cost. ma alla fine è stato eliminato. Inoltre, il Consiglio degli Stati si è espresso a favore dell'inserimento della parola "dovrà" nei cpv. 2 e 3 del nuovo art. 43a Cost. per ammorbidire la formulazione "economica" del Consiglio federale e per esprimere che il principio dell'equivalenza fiscale ivi sancito non si applica in modo assoluto. Mentre il cpv. 4 del progetto del Consiglio federale prevedeva che tutte le persone possono usufruire delle prestazioni della previdenza di base "allo stesso modo", il Consiglio degli Stati voleva modificare questa disposizione nel senso che le prestazioni della previdenza di base sono a 3

disposizione di tutte le persone "in modo comparabile". Il Consiglio degli Stati voleva inoltre sostituire nel cpv. 5 il termine "deve" con "dovrebbe", al fine di relativizzare il principio e quindi, ancora una volta, indebolire l'orientamento economico della versione del Consiglio federale.

4 Per quanto riguarda il cpv. 1 del nuovo art. 43a Cost. il Consiglio nazionale ha concordato con il Consiglio degli Stati. L'opinione di una minoranza, secondo la quale i due criteri "potere dei Cantoni" e "regolamentazione uniforme" devono essere cumulativi, non ha prevalso. Le versioni divergenti dei cpv. 2 e 3 del Consiglio federale e del Consiglio degli Stati sono state considerate una questione di gusto dal Consiglio nazionale. Come per il cpv. 5, il Consiglio nazionale ha seguito il Consiglio federale. Tuttavia, il Consiglio nazionale si è trovato d'accordo con il Consiglio degli Stati sulla formulazione del cpv. 4, a favore di "deve" invece di "dovrebbe".

5 Nella procedura di revisione delle differenze, il Consiglio degli Stati ha accettato un rapido accordo sulla versione del Consiglio nazionale dei cpv. 2 e 3, in quanto non avrebbe cambiato nulla in termini di contenuto. Il Consiglio degli Stati ha anche accettato il verbo modale "deve" nei cpv. 4 e 5, ma allo stesso tempo ha sottolineato che questi principi non sarebbero diventati giustiziabili.

## II. CONTESTO

6 L'art. 43a Cost. si trova insieme all'art. 42 Cost. sui "Compiti della Confederazione" e all'art. 43 Cost. sui "Compiti dei Cantoni" nella sezione "Compiti della Confederazione e dei Cantoni". Insieme all'art. 3 Cost. come norma chiave in termini di competenze e all'art. 5a Cost. sul principio generale di sussidiarietà, queste norme costituzionali costituiscono la base per la distribuzione dei compiti e delle competenze nello Stato federale. Dal 2008, l'art. 43a Cost. stabilisce i principi in base ai quali i compiti statali devono essere assegnati e svolti nello Stato federale. Il termine "ripartizione" a margine è fuorviante, in quanto i compiti non sono assegnati ai Cantoni. Questi ultimi sono piuttosto responsabili di tutti i settori che non sono costituzionalmente assegnati alla Confederazione sulla base della competenza generale sussidiaria ai sensi dell'art. 3 della Costituzione federale (in combinato disposto con l'art. 42 Cost.).

L'art. 43a Cost. combina quattro principi per l'assegnazione e l'adempimento dei compiti: il principio di sussidiarietà (cpv. 1), il principio dell'equivalenza fiscale (cpv. 2 e 3), il principio della parità di trattamento nelle prestazioni di base (cpv. 4) e il principio dell'adempimento economico e basato sui bisogni (cpv. 5). Questi tetras intendono guidare la ripartizione dei compiti dello Stato e quindi garantire una divisione sensata dei compiti all'interno dello Stato federale e la continuità. 7

I quattro principi sono eterogenei sia nel contenuto che negli obiettivi. Essi trattano la questione del livello dello Stato federale più adatto all'adempimento di un compito statale (cpv. 1) e di chi sostiene i costi e le decisioni (cpv. 2 e 3). Allo stesso tempo, la disposizione richiede un adempimento dei compiti che tratti tutte le persone allo stesso modo per quanto riguarda i servizi di base (paragrafo 4) e che segua in generale i principi economici (paragrafo 5). Il principio di sussidiarietà del cpv. 1 è finalizzato alla distribuzione verticale dei compiti statali tra Confederazione e Cantoni, mentre i principi dei cpv. 2-5 sono rilevanti anche per l'adempimento orizzontale dei compiti (in particolare per i contratti tra i Cantoni ai sensi dell'art. 48 Cost.). 8

L'art. 43a Cost. ha un ampio gruppo di destinatari. Da un lato, secondo il messaggio del Consiglio federale, la disposizione si rivolge direttamente al legislatore costituzionale. Per quest'ultimo, la disposizione contiene le linee guida per l'assegnazione dei compiti del diritto costituzionale. Il legislatore costituzionale deve ispirarsi a questi principi nell'assegnazione di nuovi compiti statali, ma non è vincolato da essi. Può quindi affidare alla Confederazione nuovi compiti, anche se questi avrebbero potuto essere svolti dai Cantoni grazie alla loro "forza". Di conseguenza, sono valide anche le iniziative popolari che prevedono un'assegnazione di compiti in contrasto con il principio di sussidiarietà dell'art. 43a cpv. 1 Cost. D'altra parte, come sottolinea ancora il messaggio, i principi dell'art. 43a Cost. sono rivolti al legislatore e alle autorità esecutive della Confederazione e dei Cantoni. 9

In letteratura le opinioni divergono sulla necessità e sull'importanza di sancire questi principi di ripartizione e adempimento dei compiti nel diritto costituzionale. In primo luogo, viene criticata la scarsa chiarezza della portata giuridica, sostenendo che questi principi sono in gran parte "simbolici" e sono difficilmente conciliabili con il requisito della chiarezza costituzionale. Essi porterebbero più problemi di quanti ne risolvano. Poiché il principio di 10

sussidiarietà è generalmente classificato come non giustiziabile (cfr. n. 19), il valore aggiunto della sua concretizzazione nell'art. 43a cpv. 1 Cost. rispetto all'art. 5a Cost. è altrettanto discutibile. Inoltre, si può giustamente criticare il fatto che questa disposizione confonda i principi dell'assegnazione e dell'adempimento dei compiti. Tuttavia, si riconosce che l'art. 43a Cost. tiene conto del "federalismo moderno e differenziato". In questo senso, anche il Consiglio federale sottolinea nel suo messaggio che la distribuzione dei compiti e delle competenze nello Stato federale è "di grande importanza" e che una chiara ripartizione dei compiti è un "principio fondamentale del federalismo svizzero". Di conseguenza, l'art. 43a Cost. sottolinea la forte posizione del federalismo nella Confederazione. Tuttavia, non ha ancora avuto un impatto particolare.

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Cpv. 1: Principio di sussidiarietà

11 L'obiettivo principale della riforma del federalismo è stato quello di sancire il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale. In precedenza, l'art. 42 cpv. 2 Cost. prevedeva che la Confederazione assumesse i compiti che richiedono una regolamentazione uniforme. Questa disposizione è stata abrogata con l'entrata in vigore dell'art. 43a Cost. e sostituita dal suo cpv. 1. L'art. 5a Cost. è entrato in vigore contemporaneamente all'art. 43a Cost. Mentre nelle deliberazioni parlamentari sull'art. 42 cpv. 2 della Costituzione federale prevaleva la versione "germanizzata" del principio di sussidiarietà, ora questo principio è enunciato letteralmente nell'art. 5a della Costituzione federale. L'art. 43a Cost. serve a concretizzare il principio di sussidiarietà dell'art. 5a Cost. ma, a differenza di quest'ultimo, si limita al rapporto tra Confederazione e Cantoni.

12 L'origine del principio di sussidiarietà può essere fatta risalire concettualmente al sostantivo latino "subsidium" e, in termini di storia delle idee, al pensiero filosofico di Aquino, Platone e Aristotele, tra gli altri. Il principio è diventato particolarmente noto attraverso l'insegnamento sociale cattolico. Secondo l'enciclica papale Quadragesimo Anno del 1931, "ciò che l'individuo può realizzare di propria iniziativa e con le proprie forze non deve essergli sottratto per destinarlo all'attività sociale [...]", poiché è contrario alla giustizia che "ciò che le comunità più piccole e subordinate possono

realizzare e portare a buon fine sia rivendicato per la comunità più ampia e superiore". In questo senso, il principio di sussidiarietà può essere applicato in generale al rapporto tra Stato e società e a quello tra le diverse comunità.

13 Negli Stati a struttura federale, il principio di sussidiarietà si concentra sulla relazione verticale tra i livelli superiori e inferiori. Tuttavia, il principio di sussidiarietà non è obbligatorio per la regolamentazione delle competenze; queste possono essere distribuite anche senza l'applicazione di tale principio. Nello Stato federale, tuttavia, la sussidiarietà si rivela un principio strutturale federale sensato, in quanto al governo federale vengono assegnati tutti quei compiti che non possono essere gestiti dagli Stati membri. Secondo l'enciclica (cfr. n. 12), al livello inferiore vanno assegnati quei compiti che può svolgere da solo. La presunzione è a favore del livello inferiore; il livello superiore deve giustificare la propria responsabilità. Il principio di sussidiarietà promette quindi una distribuzione ottimale dei compiti. Inoltre, il principio guida è che i compiti devono essere svolti il più vicino possibile ai cittadini.

14 Oltre che nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), il principio di sussidiarietà svolge un ruolo importante nell'Unione europea. Anche il Consiglio federale lo ha riconosciuto quando ha fatto riferimento al diritto comunitario nel messaggio dell'ANF. Il principio di sussidiarietà è stato sancito nel diritto primario dal Trattato di Maastricht del 1992. Non come regola per l'attribuzione delle competenze, ma come regola per l'esercizio delle competenze (cfr. art. 5 cpv. 1 TUE), questo principio stabilisce che l'Unione può intervenire in settori che non rientrano nella sua competenza esclusiva solo "se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale o locale, ma possono, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello dell'Unione" (art. 5 cpv. 3 TUE). Di conseguenza, perché l'Unione possa intervenire devono essere soddisfatti cumulativamente due criteri: in primo luogo, una misura non deve poter essere realizzata a livello di Stati membri (criterio negativo o di insufficienza); in secondo luogo, l'azione dell'Unione deve offrire un valore aggiunto (criterio positivo o di efficienza). Il principio di sussidiarietà ai sensi del diritto dell'UE può essere esaminato in sede giudiziaria dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) e in sede politica dai parlamenti nazionali degli Stati membri.

15 Il principio di sussidiarietà nella Costituzione federale è sia un principio di attribuzione delle competenze sia un principio di esercizio delle competenze. Ciò vale non solo per l'art. 5a Cost. ma anche per l'art. 43a cpv. 1 Cost. come si evince dalla nota marginale di quest'ultimo, e la formulazione non si oppone a tale lettura. Di conseguenza, l'art. 43a cpv. 1 Cost. richiede, da un lato, che i nuovi compiti siano assegnati al livello più adatto a svolgerli. L'oggetto è quindi l'assegnazione di una competenza; l'art. 43a cpv. 1 Cost. non fornisce una base per la competenza stessa. In secondo luogo, il principio di sussidiarietà impone al legislatore federale di esercitare le proprie competenze con attenzione. Non deve "estendere indebitamente" la sua competenza federale.

16 Secondo l'art. 43a cpv. 1 Cost. il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale federale comprende due criteri alternativi: La Confederazione assume compiti statali se questi "eccedono le competenze dei Cantoni" o se è necessaria una "regolamentazione uniforme da parte della Confederazione". Mentre l'abrogato art. 42 cpv. 2 Cost. conteneva solo quest'ultimo criterio, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 43a cpv. 1 Cost. era integrato dalla prima alternativa, sebbene questa fosse già stata respinta una volta nell'ambito della revisione totale della Costituzione federale. Entrambi i criteri sono accomunati dal fatto che la Confederazione non deve assumere compiti che i Cantoni possono svolgere "altrettanto bene". Essi rafforzano la preferenza contenuta nel principio di sussidiarietà a favore dei Cantoni. Inoltre, secondo la formulazione dell'art. 43a cpv. 1 Cost. la Confederazione dovrebbe assumere "solo" quei compiti che soddisfano uno di questi due criteri. Questa formulazione, che risale al Consiglio degli Stati, era già stata oggetto di deliberazioni parlamentari sull'art. 42 cpv. 2 Cost. (cfr. N. 3); tuttavia, non ha un significato normativo indipendente (soprattutto perché il dibattito parlamentare non ne rivela la ragione).

17 Il termine "forza" contenuto nella prima alternativa dell'art. 43a cpv. 1 Cost. è riconducibile all'insegnamento sociale cattolico (cfr. n. 12). Le versioni in lingua francese e italiana parlano di "possibilités" e "capacità". Il criterio "potere dei Cantoni" lascia aperte questioni fondamentali. In primo luogo, non si dice se sia determinante la forza dei singoli Cantoni o quella di tutti i Cantoni nel loro insieme. In secondo luogo, non è chiaro se si tratti della capacità economica o politica dei Cantoni. Il messaggio parte dal presupposto che un compito superi la forza dei Cantoni se questi non sono "ovviamente in

grado" di assolverlo. Plausibilmente, questo è sempre il caso se i Cantoni possono svolgere un compito solo con uno sforzo sproporzionato. È molto difficile misurare tutto questo in modo oggettivo.

In base alla seconda alternativa dell'art. 43a cpv. 1 Cost. la Confederazione dovrebbe assumere un compito in caso di necessità di una regolamentazione standardizzata. Per quanto riguarda la materia da regolamentare, è importante esaminare attentamente se una regolamentazione standardizzata da parte della Confederazione appare giustificata o se sono possibili diverse soluzioni cantonali. Il fattore decisivo in questo caso potrebbe essere se il beneficio della regolamentazione debba riguardare l'intero Paese o se una soluzione standardizzata serva a garantire le pari opportunità o sia necessaria per ragioni tecniche. A parte questo, dovrebbe essere sufficiente non imporre un regolamento federale armonizzante piuttosto che uno standardizzante. 18

Il Consiglio federale e il Parlamento hanno chiaramente rifiutato la giustiziabilità del principio di sussidiarietà fin dall'inizio. Ciò non sarebbe in linea con la "concezione svizzera dello Stato". Anche il Tribunale federale intende il principio di sussidiarietà come "poco più che una massima di politica statale"; anche il Tribunale amministrativo federale ne nega la giustiziabilità. In ogni caso, ciò vale per il legislatore costituzionale, che è tenuto a rispettare la sussidiarietà quando distribuisce nuovi compiti tra la Confederazione e i Cantoni, ma non è giuridicamente obbligato a farlo. Al contrario, l'applicazione giudiziaria del principio di sussidiarietà potrebbe essere giustificata nei confronti del legislatore. Infine, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5a Cost. è sostanzialmente concretizzato dall'art. 43a cpv. 1 Cost. anche se l'esatto standard di revisione è difficile da determinare nei singoli casi (cfr. n. 17 s.). Tuttavia, alle disposizioni (costituzionali) non dovrebbe essere negata l'applicabilità giudiziaria fin dall'inizio perché sono soggette a interpretazione. Anche il principio, altrettanto vago, della sussidiarietà del diritto dell'Unione è soggetto al controllo giurisdizionale (cfr. n. 14). Sebbene la CGUE abbia finora esercitato una grande moderazione a questo riguardo, l'opinione prevalente in letteratura è che essa sia responsabile di controllare se il legislatore europeo abbia adempiuto al suo obbligo di motivazione e non abbia manifestamente ecceduto i suoi poteri discrezionali. Un tale - cauto - mandato di controllo potrebbe includere anche il principio di sussidiarietà previsto dal diritto costituzionale federale all'art. 5a in combinato disposto con l'art. 43a della 19

Costituzione federale. Art. 43a Cost. (in cui le possibilità di revisione sono limitate a causa della giurisdizione costituzionale ristretta di cui all'art. 190 Cost.) Tuttavia, il principio di sussidiarietà è in primo luogo nelle mani del legislatore. È soprattutto a livello politico che è necessario decidere quale livello dello Stato federale possa svolgere al meglio un determinato compito.

20 L'impatto normativo del principio di sussidiarietà è quindi evidente in termini procedurali: il legislatore federale è soggetto a un obbligo di giustificazione o di motivazione. Già nel 2016, due iniziative parlamentari hanno richiesto una giustificazione dettagliata del principio di sussidiarietà nei messaggi e nei rapporti di consultazione del Consiglio federale. Nel frattempo, la Legge sul Parlamento e la Legge sulla consultazione sono state modificate di conseguenza. Dal novembre 2018, il Consiglio federale deve giustificare "il rispetto del principio di sussidiarietà nell'assegnazione e nell'adempimento dei compiti statali" nei suoi messaggi sui progetti di decreto. Di conseguenza, in una delle sue bozze afferma che il governo federale deve "fare un uso attento delle sue competenze e lasciare ai Cantoni un margine sufficiente per l'adempimento dei loro compiti". L'obbligo di motivare il principio di sussidiarietà si applica anche ai rapporti esplicativi sui progetti di consultazione. La concretizzazione legislativa del principio di sussidiarietà ha un parallelo nel diritto dell'UE, dove la Commissione europea è tenuta a giustificare nei suoi progetti di atti legislativi la misura in cui il principio di sussidiarietà (e di proporzionalità) è rispettato.

## B. Paragrafi 2 e 3: principio di equivalenza fiscale

21 L'art. 43a, commi 2 e 3, Cost. contiene il principio dell'equivalenza fiscale. Insieme al principio di sussidiarietà, questo principio, secondo il messaggio del Consiglio federale, costituisce la base per la struttura dei compiti e delle competenze dello Stato nell'ambito dell'ANF. Con esso, i criteri dei compiti economici hanno trovato spazio nel diritto costituzionale. Tuttavia, il loro significato pratico e giuridico per la distribuzione e l'adempimento dei compiti statali non è ancora chiaro. Per questo motivo, a volte viene (giustamente) criticato il fatto che un simile principio sia da inserire in un libro di testo, ma non in una costituzione. Altrove, invece, viene generosamente riconosciuto come una "linea guida ragionevole" per la distribuzione dei costi tra Confederazione e Cantoni.

Il principio dell'equivalenza fiscale proviene dalle scienze finanziarie. Esso descrive il risultato di una distribuzione dei servizi pubblici basata sulla congruenza istituzionale, ossia su un processo politico in cui la cerchia dei beneficiari, quella dei decisori e quella dei contribuenti sono congruenti. La congruenza istituzionale è considerata essenziale soprattutto per il federalismo. 22

Il Consiglio federale ritiene che il principio dell'equivalenza fiscale si realizzi nell'art. 43a, cpv. 2 e 3 della Cost. Un prerequisito essenziale a tal fine è la seguente congruenza istituzionale: i beneficiari, i portatori di costi e i decisori delle prestazioni statali devono essere gli stessi. Il cpv. 2 dell'art. 43a Cost. richiede la congruenza tra beneficiari e sostenitori dei costi, in base alla quale i costi devono essere sostenuti dalla comunità che beneficia del servizio. Il cpv. 3 di questa disposizione conferisce all'autorità locale che sostiene i costi l'autorità di prendere decisioni, affrontando così la congruenza tra portatori di costi e decisori. I due postulati possono essere riassunti come segue: "Coloro che consumano devono pagare e coloro che devono pagare devono anche essere autorizzati a comandare". 23

Il termine "Commonwealth" non viene usato un'altra volta nell'intera Costituzione federale, a parte l'art. 43a cpv. 2 e 3 Cost. È ambiguo nella misura in cui consente di applicare il principio anche al rapporto tra Cantone e Comuni. Ad esempio, il Tribunale federale ha utilizzato il principio dell'equivalenza fiscale ai sensi dell'art. 43a Cost. per interpretare una questione relativa alla distribuzione dei costi tra Cantone e Comune. Al contrario, la collocazione sistematica dell'art. 43a cpv. 2 e 3 Cost. sotto il titolo del capitolo "Rapporti tra la Confederazione e i Cantoni" o sotto il titolo della sezione "Compiti della Confederazione e dei Cantoni" favorisce una restrizione ai rapporti tra la Confederazione e i suoi Stati costitutivi. Infine, la concretizzazione del principio di sussidiarietà nel paragrafo 43a cpv. 1 Cost. si riferisce expressis verbis solo a questi due livelli di governo - in contrasto con il principio generale di sussidiarietà dell'art. 5a Cost. (cfr. n. 11). 24

Secondo il Consiglio federale, il principio dell'equivalenza fiscale persegue diversi obiettivi. Tra questi, il rafforzamento della responsabilità del finanziamento, perché si presume che le decisioni vengano prese con maggiore attenzione al bilancio se chi decide e chi sostiene i costi sono identici. La congruenza tra beneficiari, sostenitori dei costi e decisori evita anche gli "spillover", ossia l'utilizzo di servizi pubblici da parte di non residenti 25

senza che questi ne siano finanziariamente responsabili. Questo, a sua volta, ha lo scopo di ottimizzare il lato dell'offerta: I "compiti rilevanti [dovrebbero] essere forniti nel posto giusto, al momento giusto e nella giusta misura".

26 Nell'ambito del sistema federale delle competenze, il principio dell'equivalenza fiscale costituisce semplicemente una "linea guida" per l'assegnazione di compiti e risorse, senza sostituirsi agli altri principi di regolamentazione delle competenze. La congruenza tra beneficiari, portatori di costi e decisori non è quindi affatto obbligatoria. Il principio di sussidiarietà ai sensi dell'art. 5a in combinato disposto con l'art. 43a cpv. 1 BV. L'art. 43a cpv. 1 Cost. può talvolta richiedere una diversa ripartizione dei compiti. La richiesta del Consiglio federale che solo i Cantoni che beneficiano di un servizio statale debbano anche decidere e finanziare tale servizio, e che la Confederazione regoli tutti i servizi i cui benefici si estendono a tutta la Svizzera, non deve quindi essere intesa in termini assoluti. Né la disposizione può essere intesa nel senso che una comunità non può sostenere finanziariamente un'altra se non ne beneficia anch'essa.

27 Inoltre, questo principio economico si applica principalmente ai compiti statali che comportano un servizio pubblico. Il principio dell'equivalenza fiscale di cui all'art. 43a cpv. 2 e 3 Cost. non dovrebbe quindi applicarsi a molte aree di competenza statale. In generale, deve essere possibile tracciare una cerchia di beneficiari per la sua applicabilità, il che è possibile soprattutto se il beneficio è geograficamente limitato. A titolo di esempio, il Consiglio federale cita l'installazione di un impianto di trattamento delle acque reflue o - cosa notevole in considerazione dell'estensione geografica - l'area della difesa nazionale. L'applicabilità del principio diventa più complicata nei (numerosi) casi in cui un servizio va a beneficio di più comunità. In questi casi, è probabile che sia necessaria una corrispondente distribuzione dei costi.

28 Il principio dell'equivalenza fiscale è unanimemente negato alla giustizia. Ciononostante, le Linee guida per il messaggio dell'agosto 2020 insistono affinché il Consiglio federale includa dichiarazioni sul rispetto del principio nei suoi messaggi sui progetti relativi alla divisione o all'adempimento di compiti da parte della Confederazione e dei Cantoni. Si possono trovare esempi corrispondenti: Nel suo messaggio sulla modifica della Legge federale sulla politica regionale, ad esempio, il Consiglio federale ritiene che il principio dell'art. 43a cpv. 2 Cost. sia rispettato perché "l'equivalenza fiscale è osservata per quanto riguarda la congruenza tra portatore di costi e decisore".

## C. Cpv. 4: Principio della parità di trattamento nell'assistenza di base

29 L'art. 43a cpv. 4 della Cost. stabilisce uno specifico principio di parità di trattamento: nell'ambito delle prestazioni di base (per questo termine, si veda il n. 31), le prestazioni statali devono essere disponibili per tutte le persone in modo comparabile. La proposta del Consiglio federale era ancora leggermente diversa: le prestazioni dei servizi di base avrebbero dovuto essere fornite in modo tale che ogni persona potesse usufruirne allo stesso modo. Il Consiglio degli Stati avrebbe preferito il verbo modale "dovrebbe" invece di "deve", ma ha ammesso che il principio non sarebbe stato giustiziabile nemmeno con la prima formulazione, con la quale alla fine ha prevalso il Consiglio nazionale. Anche questo terzo principio dell'art. 43a Cost. è quindi negato alla giustiziabilità dal Consiglio federale e dalla letteratura. Tale interpretazione non è ovviamente convincente, soprattutto perché la norma stabilisce chiaramente che tutti hanno diritto a un trattamento comparabile nell'ambito dei servizi di base. L'opinione del Consiglio federale secondo cui il cpv. 4 non stabilisce alcun diritto esigibile è più giustificabile. Poiché la disposizione si trova nel capitolo sulla ripartizione delle competenze federali, sarebbe difficile sostenere che essa conferisca diritti soggettivi.

30 La disposizione impone obblighi alla Confederazione e ai Cantoni. In ogni caso, i Comuni non dovrebbero essere direttamente vincolati dal principio, in quanto questo è sistematicamente incorporato nell'assegnazione e nell'adempimento dei compiti da parte della Confederazione e dei Cantoni nell'art. 43a Cost. Anche l'autonomia organizzativa cantonale di cui all'art. 47 cpv. 2 Cost. è contraria a un obbligo diretto dei Comuni. Tuttavia, la Confederazione e i Cantoni sono vincolati dal principio della parità di trattamento solo nella misura in cui agiscono nell'ambito delle loro competenze. La disposizione non prevede una base di competenza separata per l'azione federale. Né stabilisce un modo specifico in cui la Confederazione e i Cantoni devono garantire la parità di trattamento. Secondo il Consiglio federale, sono possibili l'autocoordinamento da parte dei Cantoni, gli accordi intercantonali, le norme federali con applicazione cantonale o le norme federali con applicazione federale.

31 Sebbene il termine "assistenza di base" sia utilizzato anche in altre parti della Costituzione federale e nella legislazione federale, non è definito in modo più dettagliato né qui né là. Inoltre, anche il Consiglio federale riconosce che i termini francesi e italiani "service universel" e "servizio universale" hanno un'enfasi diversa: Queste espressioni sottolineerebbero l'attenzione dei servizi per l'intera popolazione, mentre il termine tedesco "Grundversorgung" accentua la base dei servizi. L'autore definisce i servizi di base come "l'obiettivo politicamente definibile di garantire alla popolazione l'accesso ai beni e ai servizi di cui ha bisogno. Per lo Stato, [i servizi di base] hanno il significato di un mandato ad agire a favore di questo obiettivo". I "beni" possono includere, ad esempio, acqua, cibo, medicinali ed energia; i "servizi" possono includere, ad esempio, servizi di telecomunicazione, servizi di trasporto e cure mediche. Nell'Unione Europea si parla di "servizi di interesse generale" e "servizio universale", in Germania di "servizi di interesse generale". Tuttavia, anche questi termini sono vaghi e non completamente chiariti. Le aree di servizio coperte, quindi, non derivano tanto dalla terminologia quanto dall'organizzazione specifica nei rispettivi ordinamenti giuridici. La Costituzione federale contiene una serie di disposizioni "rilevanti per i servizi di base", tra cui l'art. 81a cpv. 1 (trasporti pubblici), l'art. 89 cpv. 1 Cost. (approvvigionamento energetico), l'art. 92 cpv. 2 Cost. (servizi postali e di telecomunicazione), l'art. 102 cpv. 1 Cost. (approvvigionamento nazionale di beni e servizi essenziali), l'art. 104a Cost. (sicurezza alimentare) e l'art. 117a cpv. 1 Cost. (assistenza medica di base).

32 Secondo l'art. 43a cpv. 4 Cost. i servizi di base devono essere garantiti a tutte le persone "in modo comparabile". Questa formulazione ricorda l'uguaglianza generale dei diritti di cui all'art. 8 cpv. 1 Cost. Il Consiglio degli Stati ha inoltre affermato che il principio della parità di trattamento nella fornitura di servizi di base rappresenta un "analogo alla giurisprudenza del Tribunale federale, al requisito dell'uguaglianza giuridica". E dopo l'entrata in vigore dell'art. 43a cpv. 4 Cost. il Consiglio federale ha anche affermato che la sua formulazione era già contenuta "in modo analogo" nel principio generale della parità di trattamento dell'art. 8 cpv. 1 Cost. Ciò solleva la questione di quale valore aggiunto abbia il principio della parità di trattamento di cui all'art. 43a Cost. in relazione ai servizi di base. In ogni caso, non è chiaro quando il criterio della parità di accesso per tutti sia soddisfatto. In questo caso appaiono rilevanti gli aspetti sociali (accessibilità per l'intera popolazione a prescindere dalla situazione di vita, dall'età, dalla salute, dall'istruzione, ecc.), la dimensione

geografica (accessibilità in tutte le aree del Paese), i fattori finanziari (accessibilità per tutti) e le caratteristiche temporali (disponibilità permanente).

33 Il messaggio del Consiglio federale cita "l'uguaglianza nella fornitura di servizi in tutto il Paese" come ragione di questo principio costituzionale di parità di trattamento nell'ambito dei servizi di base. Nei documenti successivi, il Consiglio federale ha sottolineato che un "servizio pubblico efficiente [...] è un presupposto fondamentale per la qualità della vita della popolazione e per la competitività dell'economia" e quindi "contribuisce in modo significativo alla coesione sociale e regionale della Svizzera". Müller sottolinea positivamente che questa disposizione significa che "non solo gli aspetti economici devono essere presi in considerazione nell'assegnazione dei compiti".

34 L'importanza generalmente attribuita ai servizi di base è illustrata dal lungo dibattito su una nuova disposizione costituzionale generale. Il dibattito è iniziato con un'iniziativa parlamentare nel 2003, che chiedeva di inserire nella Costituzione importanti principi del servizio universale. Successivamente, la Commissione dei trasporti e delle telecomunicazioni del Consiglio degli Stati ha presentato una mozione che incaricava il Consiglio federale di "presentare un articolo costituzionale generale sul servizio universale", che avrebbe dovuto "integrare l'articolo 43a della Cost. recentemente inserito con una o più norme". Il Consiglio federale ha risposto alla mozione affermando che la disposizione trasversale dell'art. 43a cpv. 4 Cost. era sufficiente. Tuttavia, dopo che sia il Consiglio degli Stati che il Consiglio nazionale hanno continuato a sostenere la mozione, nel maggio 2013 il Consiglio federale ha presentato una proposta per una disposizione costituzionale generale sui servizi di base, ma allo stesso tempo ha dichiarato di essere ancora contrario a tale disposizione. Il Consiglio federale ha presentato tre varianti da discutere: La variante A conteneva solo un mandato d'azione alle autorità locali, la variante B conteneva una definizione dei termini oltre al mandato d'azione alle autorità locali e la variante C conteneva un mandato d'azione alle autorità locali e una definizione dei termini oltre ad alcuni principi chiave sui servizi di base. L'annosa discussione su uno standard di servizi di base e quindi sulla "paura" si è conclusa quando il Consiglio nazionale ha deciso per due volte nel 2015 di non entrare nel dibattito. Un anno dopo, l'iniziativa popolare federale "Pro Service public", che prevedeva "principi per la fornitura di servizi di base da parte della Confederazione" in un nuovo art. 43b della Cost. è stata

altrettanto infruttuosa. Il principio della parità di trattamento di cui all'art. 43a cpv. 4 Cost. rimane quindi in vigore. In ogni caso, il livello legislativo è considerato un luogo più adatto per la regolamentazione dei servizi di base.

## D. Cpv. 5: Principio dell'adempimento economico dei compiti in base alle necessità

35 L'art. 43a cpv. 5 Cost. richiede che i compiti dello Stato siano adempiuti in modo economico e basato sui bisogni. I commenti del Consiglio federale su questo "requisito aggiuntivo" sono estremamente brevi. Ciò fa pensare che non ci fossero idee o solo vaghe sul contenuto concreto di questi requisiti economici.

36 L'esigenza di soddisfare i bisogni e di essere economicamente vantaggiosi non determina solo l'adempimento dei compiti - come si potrebbe supporre dalla formulazione - ma anche l'assegnazione dei compiti a monte. Infatti, secondo il messaggio del Consiglio federale, i compiti statali devono essere assegnati all'ente locale che è in grado di svolgerli in modo economico e basato sulle esigenze. Tuttavia, il principio del cpv. 5 non si applica in modo assoluto all'assegnazione di compiti o all'adempimento di compiti. Un compito non può essere assegnato alla Confederazione solo perché essa potrebbe svolgerlo in modo più efficiente dal punto di vista economico, altrimenti il principio di sussidiarietà sarebbe compromesso. L'art. 43a cpv. 5 Cost. non limita nemmeno l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali di cui all'art. 35 Cost. come confermato dal Tribunale federale. Né considerazioni economiche possono giustificare l'inosservanza del requisito della parità di trattamento di cui all'art. 43a cpv. 4 Cost.

37 Come nel caso dell'art. 43a cpv. 2-4 Cost. (cfr. N. 24 e N. 30), si pone la questione dell'applicabilità del principio dell'adempimento economico dei compiti ai Comuni. A questo proposito, nell'agosto 2016 il Tribunale amministrativo federale ha affermato che i principi fondamentali dell'art. 43a cpv. 5 Cost. "devono essere osservati in tutta la struttura dello Stato federale, indirettamente anche a livello dei Comuni" e "sono stati ripresi anche in diversi decreti cantonali". Nella sua giurisprudenza più recente, anche il Tribunale federale riconosce che questo requisito costituzionale è rivolto ai comuni (e ne deriva - con il ricorso ad altre disposizioni cantonali - un dovere legale dei cantoni ai sensi della legge sulla protezione dei dati).

L'art. 43a cpv. 5 Cost. contiene due requisiti: l'esigenza di soddisfare i bisogni e l'esigenza di efficienza economica. Secondo il Consiglio federale, il termine "basato sui bisogni" indica una "corrispondenza fondamentale tra bisogni e prestazioni". Tuttavia, questo vale solo in linea di principio e non significa che un aumento dei bisogni debba automaticamente portare a una maggiore offerta di servizi. Tuttavia, l'obiettivo deve sempre essere quello di allineare l'offerta di servizi ai bisogni della popolazione. Orientamento alla domanda significa anche tenere conto delle diverse esigenze dei vari gruppi di popolazione. Secondo il Consiglio federale, il termine "economico" richiede che, da un lato, "gli effetti previsti siano effettivamente raggiunti" e, dall'altro, "la fornitura di servizi sia effettuata anche al minor costo economico possibile". Le autorità pubbliche sono quindi tenute a utilizzare "le risorse finanziarie in modo efficiente" e "a ridurre al minimo i costi per la collettività". 38

L'art. 43a cpv. 5 Cost. - come gli altri paragrafi di questa disposizione - ha avuto finora scarsa rilevanza giuridica e pratica. Ciò è dovuto principalmente al fatto che generalmente si ritiene che non sia giustiziabile e certamente non trasmette diritti individuali. Trattandosi di linee guida principalmente economiche, è difficile verificare la giustizia basata sui bisogni e l'efficienza economica sulla base di criteri chiari e prevedibili. Anche senza che la Costituzione lo richieda esplicitamente, ci si può aspettare che lo Stato svolga i suoi compiti in base alle necessità e nel modo più efficiente ed economico possibile. In ogni caso, l'efficienza economica è richiesta anche dall'art. 126 della Costituzione federale, secondo cui le spese e le entrate devono essere mantenute in equilibrio nel lungo periodo, ed è un criterio per il controllo parlamentare ai sensi dell'art. 170 della Cost. 39

*L'autore*

*Christina Neier, laureata, è ricercatrice post-dottorato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Zurigo. Ha studiato diritto, economia e scienze sociali a Vienna e ha conseguito il dottorato all'Università di Zurigo. La sua tesi di laurea era incentrata sulla cittadinanza europea. Attualmente sta lavorando alla sua tesi di abilitazione sulla solidarietà nell'Unione europea e negli Stati federali europei, compresa la Svizzera. È sostenuta finanziariamente dalla UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Foundation Fellowship) e dalla UZH Postdoc Grant (incl. Suslowa Postdoc Fellowship). È inoltre docente di diritto europeo e pubblico presso diverse università svizzere. Dal 2020 è redattore capo della rivista Swiss Review of*

*International and European Law (SRIEL). Può essere contattata all'indirizzo christina.neier@ius.uzh.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Brunessen Bertrand, Un principe politique saisi par ledroit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, Revue trimestrielle de droit européen (2012), S. 329–354.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports présentés au XIVème congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9–34.

FIDE (Fédération International pour le droit européen), XVIe congrès, Rom 1994, Vol. 1: Le principe de subsidiarité.

Gamper Anna, Subsidiarität und Kompetenztheorie, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter (Hrsg.), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union/La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea, Wien 2006, S. 109–134.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169–206.

Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001.

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126 (2007) I, S. 47–83.

Riklin Alois/Batliner Gerard (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium. Symposium des Liechtenstein-Instituts. 23–25. September 1993, Vaduz 1994.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Art. 43*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht, Fribourg 1951.

Waldmann Bernhard, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4 (2015).

Walther Reto, Art. 5*a* BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 17.1.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a, besucht am 22. März 2023.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf 2000, S. 3–27.

Bast Jürgen, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Band I EUV/AEUV, 77. Ergänzungslieferung (Stand September 2022).

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Was die Verfassung leisten kann und soll (und was nicht) – am Beispiel «Grundversorgung», ZBl 116 (2015), S. 113–114 (zit. Biaggini, Grundversorgung).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV). Basler Kommentar, Basel 2015.

Bickenbach Christian, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, Europarecht (EuR) (2013), S. 523–549.

Blankart Charles B., Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 9. Aufl., München 2017.

Brunner Arthur, Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2019.

Calliess Christian, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV / AEUV. Kommentar, 6. Aufl., München 2022.

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben. Verfassungsrechtliche Probleme und Spielräume, Zürich 2020.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports présentés au XIVème congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9–34.

Fründ Frederike, Subsidiarität – Recht und Kontrolle. Eine Untersuchung zur gerichtlichen Kontrolldichte des Art. 5 Abs. 3 EUV, Berlin 2021.

Gächter Thomas/Meienberger Arlette, Verfassungsmässigkeit von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zürich 2012, S. 1–39.

Gamper Anna, Subsidiarität und Kompetenztheorie, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter (Hrsg.), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union/La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea, Wien 2006, S. 109–134.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169–206.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Heselhaus Sebastian, Energiewende und Energiearmut – Zur verfassungsrechtlichen Dimension sozialstaatlicher Anliegen der Energiewende, in: Heselhaus Sebastian/Hänni Julia/Schreiber Markus (Hrsg.), Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Zürich 2019, S. 47–76.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Bd. III, Zürich 2020, S. 2283–2308.

Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Kern Markus, Versorgungspflichten in der Europäischen Union. Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnrecht, Tübingen 2022.

Kley Andreas, § 10 Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Knapp Blaise, § 29 La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

Müller Lucien, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Oesch Matthias, Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Recht und die nationalen Parlamente, in: Epiny Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, S. 301–315.

Pfisterer Thomas, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, AJP 2009, S. 706–726.

Rhinow René, Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – Zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63–92.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126 (2007) I, S. 47–83 (zit. Richli, Subsidiaritätsprinzip).

Richli Paul, Rechtsgutachten zur Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer bundesrechtlichen Rahmenregelung der Ladenöffnungszeiten, im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO), 21.4.2015, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konsum-und-preise/Ladenoeffnungszeiten/rechtsgutachten-zur-frage-nach-der-verfassungsrechtlichen-.html, besucht am 15.2.2024 (zit. Richli, Gutachten).

Riklin Alois/Batliner Gerard (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium. Symposium des Liechtenstein-Instituts. 23–25. September 1993, Vaduz 1994.

Streinz Rudolf, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Streinz Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV. Beck'scher Kurz-Kommentar, 3. Aufl., München 2018.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (Hrsg.), BV – CF 2000, Die neue schweizerische Bundesverfassung – Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149–170 (zit. Thalmann, Kompetenzverteilung).

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration. Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 56–117 (zit. Thalmann, Kantone).

Thot A. G., The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, Common Market Law Review 29 (1992), S. 1079–1105.

Tiefenthal Jürg Marcel, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18. Juli 2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.2.2024.

Waldmann Bernhard, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4 (2015).

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat, abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html besucht am 15.2.2024, (zit. AB 1998 SR)

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2002 – Ständerat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2002 SR).

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2003 – Nationalrat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2003 SR).

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2003 – Ständerat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2003 SR).

Amtliches Bulletin zur Motion 05.3232, 08.9.2015, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=35078, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2015 NR).

Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infastruktur (Service public)» vom 23.6.2004, BBl 2004 4569 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/767/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Bericht Grundversorgung).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 03.3.2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, vom 02.3.2012, BBl 2012 4459 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/603/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Bundesrat Postulat Malama).

Bericht des Bundesrates vom 12.9.2014 in Erfüllung des Postulats 12.3412 (Stadler Markus) vom 29.5.2012, abrufbar unter https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36476.pdf, besucht am 19.2.2024 (zit. Bunderat Postulat Stadler).

Botschaft zur zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 2291 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/316/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft NFA 2001).

Botschaft zur Festlegung des Ressourcen-, Lasten- und Härteausgleichs sowie zum Bundesgesetz über die Änderungen von Erlassen im Rahmen des Übergangs zur NFA vom 08.12.2006, BBl 2007 645 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/88/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft NFA 2006).

Botschaft zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung vom 08.5.2013, BBl 2013 3407 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2013/744/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft Grundversorgung).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz; UEG), vom 09.12.2022, BBl 2023 166 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/166/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft UEG).

Botschaft zum Investitionsprüfgesetz vom 15.12.2023, BBl 2024 124 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/124/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft Investitionsprüfgesetz).

Eidgenössische Volksinitiative, «Grundsätze für die Leistungen der Grundversorgung durch den Bund», hierzu Botschaft BBl 2014 3805 ff., Volksabstimmung vom 05.6.2016, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/921/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Volksinitiative Grundversorgung).

Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, hrsg. von der Bundeskanzlei, 5. Aufl., August 2020, abrufbar unter https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/sprachen/hilfsmittel-textredaktion/leitfaden-fuer-botschaften-des-bundesrates.html, besucht am 19.2.2024 (zit. Leitfaden Botschaften).

Motion 05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», vom 12.5.2005, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053232, besucht am 19.2.2024 (zit. Motion Grundversorgung).

Parlamentarische Initiative 03.465 Maissen Theo, «Service Public. Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», vom 19.12.2003, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20030465, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Maissen).

Parlamentarische Initiative 16.446 Caroni Andrea, «Mehr Föderalismus in den bundesrätlichen Botschaften», vom 16.6.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160446, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Caroni).

Parlamentarische Initiative 16.497 Burgherr Thomas, «Das Subsidiaritätsprinzip stärken», vom 16.12.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160497, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Burgherr).

Stellungnahme des Bundesrates vom 10.6.2005 zur Motion 05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053232, besucht am 19.2.2024 (zit. Bundesrat Motion Grundversorgung).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 45 Cost.

Un commentario di Eloi Jeannerat / Fanny Matthey

CITAZIONE SUGGERITA

Fanny Matthey/Eloi Jeannerat, Commentario all'art. 45 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Matthey/Jeannerat, art. 45 Cost. N. XXX

**Art. 45 Partecipazione al processo decisionale della Confederazione**

[1] I Cantoni partecipano al processo decisionale della Confederazione, in particolare all'elaborazione del diritto, secondo quanto previsto dalla Costituzione federale.

[2] La Confederazione informa tempestivamente e compiutamente i Cantoni sui suoi progetti; li interpella nelle questioni che toccano i loro interessi.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 665
II. Contesto ..... 666
III. Commento vero e proprio ..... 668
A. Diritti di partecipazione dei Cantoni al processo decisionale federale (comma 1) ..... 669
1. Generalità ..... 669
2. Partecipazione dei Cantoni al processo legislativo ..... 671
3. Portata normativa: critica e prospettiva ..... 673
B. Obbligo della Confederazione di informare i Cantoni dei suoi progetti e di consultarli (par. 2) ..... 675
1. Considerazioni generali ..... 675
2. Nozione di «progetti» della Confederazione ..... 677
3. Informazione «tempestiva» e «dettagliata» ..... 679
4. Consultazione dei Cantoni «interessati nei loro interessi» ..... 680
5. Giustiziabilità ..... 684
Letture consigliate ..... 687
Bibliografia ..... 688
I Materiali ..... 691

## I. GENESI

L'articolo 45 Cost. – che menziona e precisa il diritto generale dei Cantoni di partecipare al processo decisionale a livello federale – non aveva **un vero e proprio equivalente** nelle precedenti Costituzioni federali. Queste ultime prevedevano ovviamente già i principali meccanismi di partecipazione dei Cantoni alla politica federale a cui fa ora riferimento l'articolo 45 capoverso 1 Cost., nella misura in cui il federalismo implica per sua natura una certa facoltà delle entità federate di influire sul processo decisionale a livello federale (cfr. infra N. 5 e 7). Il principio molto generale di un diritto di partecipazione dei Cantoni al processo decisionale della Confederazione non vi figurava invece espressamente. All'epoca rappresentava al massimo una norma di diritto costituzionale non scritta o implicita. 1

L'art. 45 Cost. non si è imposto fin dall'inizio nella sua forma attuale durante l'elaborazione della nuova Costituzione, che voleva essere solo un semplice aggiornamento formale della precedente. Fedele a questo obiettivo iniziale, il **progetto preliminare progetto di Costituzione federale** non prevedeva alcuna disposizione che trattasse specificamente ed esclusivamente la partecipazione dei Cantoni che, come appena detto, non aveva allora alcun equivalente nel diritto vigente. Tuttavia, esso proponeva di sancire l'idea che i Cantoni dovessero essere associati alla formazione della volontà federale, come avveniva nella pratica e come già imponeva in alcune situazioni la vecchia Costituzione del 1874. In tal senso, prevedeva di inserire – in modo sparso – il duplice principio secondo cui i Cantoni «partecipano, nel quadro della Costituzione, al processo decisionale a livello federale» (art. 32 cpv. 2 LP-Cost., intitolato «Compiti») e che dovevano inoltre essere, come i partiti politici e gli ambienti interessati, «in linea di principio consultati in occasione dell'elaborazione di atti legislativi e trattati internazionali di importanza rilevante, nonché sui progetti di grande portata » (art. 155 cpv. 1 P-Cost., diventato l'attuale art. 147 Cost., con una formulazione leggermente diversa). 2

Durante la **procedura di consultazione**, la Conferenza dei governi cantonali (CdC) e alcuni Cantoni, nonché altri attori politici, hanno tuttavia lamentato che questo progetto preliminare non sottolineava ancora sufficientemente l'importanza della partecipazione dei Cantoni all'«elaborazione della legislazione federale», né il dovere della Confederazione di informarli e consultarli in modo adeguato sui suoi progetti. A tal fine hanno formulato 3

diverse proposte di modifica dell'articolo 32 capoverso 2 P-Cost. Il Consiglio federale ha tenuto conto di queste lamentele dedicando una disposizione specifica e indipendente a queste due questioni (ossia l'articolo 36 del progetto di Costituzione federale), disposizione che le Camere non hanno modificato nella sua essenza e che è diventata l'attuale articolo 45 Cost.

4 Si può quindi ritenere che la disposizione qui commentata concretizzi soprattutto un **auspicio dei Cantoni**. Essa si discosta tuttavia dalle numerose proposte – rimaste lettera morta – che alcuni di essi e la CdC avevano avanzato durante l'elaborazione della Costituzione federale del 1999 al fine di precisare, o addirittura rafforzare, i loro diritti di partecipazione al processo decisionale a livello federale.

## II. CONTESTO

5 Da un punto di vista sistematico, l'art. 45 Cost. occupa un **posto di rilievo** nella Costituzione federale. Rappresenta la quinta disposizione del primo capitolo del titolo 3 della Costituzione federale, che tratta dei «[r]elazioni tra la Confederazione e i Cantoni ». La norma risulta quindi essere la prima delle disposizioni della Costituzione che tratta un «elemento essenziale» del federalismo svizzero, ovvero – come indica il titolo – la «*partecipazione [dei Cantoni] al processo decisionale a livello federale*», che li rende veri e propri organi decisionali – e non semplicemente esecutivi – della Confederazione. L'art. 45 Cost. può quindi essere considerato come «la» norma di base o la «pietra angolare» di quello che viene chiamato il *federalismo partecipativo* – talvolta denominato anche federalismo verticale – svizzero (definito in tedesco talvolta «*partnerschaftlicher [o partizipativer] Föderalismus*», altre volte di «*Mitwirkungsföderalismus*»).

6 Come si vedrà più avanti, la **portata normativa** dell'art. 45 Cost. è tuttavia **debole** rispetto ad altre disposizioni costituzionali che concretizzano in modo più specifico lo stesso federalismo partecipativo (cfr. infra N. 18 s.) . Il suo primo comma si limita ad annunciare che i Cantoni partecipano al processo politico federale «nei casi previsti dalla Costituzione federale», rimandando in tal modo ad altri articoli situati più avanti nella Costituzione federale (cfr. infra N. 11) . Per quanto riguarda il secondo comma, che impone alla Confederazione il dovere di informare i Cantoni dei suoi progetti in tempo utile e in modo dettagliato, nonché l'obbligo di consultarli quando i loro interessi sono coinvolti, si sovrappone in gran parte ad altre disposizioni

costituzionali che conferiscono ai Cantoni il diritto di essere informati e/o consultati su determinate questioni federali (cfr. infra N. 21 s.). Ciò detto, l'art. 45 Cost. completa in un certo senso tutte queste norme, di cui sottolinea fin dall'inizio l'importanza, contestualizzandole. Grazie ad esso, appare più chiaro che la partecipazione dei Cantoni al processo decisionale federale non ha solo la funzione di migliorare la qualità degli atti e dei progetti della Confederazione, né di sondare l'accettabilità di un progetto di legge o di un decreto sottoposto a referendum. L'«associazione» dei Cantoni alla politica federale costituisce un aspetto essenziale del federalismo svizzero, la cui importanza è sicuramente in crescita alla luce del continuo impoverimento delle loro competenze. È necessaria una maggiore partecipazione «compensativa» dei Cantoni al processo decisionale della Confederazione, altrimenti il federalismo rischia di diventare un guscio vuoto.

7 L'associazione degli «Stati federati» alla formazione della volontà dello Stato federale non è una peculiarità della Svizzera. **Tutti gli Stati federali** conoscono infatti un certo livello di partecipazione delle entità federate alla loro politica, il che costituisce uno dei criteri di distinzione rispetto agli Stati unitari decentralizzati o regionalizzati. Ciò non toglie che i Cantoni dispongano di diritti di partecipazione che altre entità federate, come i *Länder* tedeschi o austriaci, o addirittura gli Stati americani, non hanno. Questi ultimi, ad esempio, non godono di alcun diritto di referendum collettivo contro le leggi federali. Per quanto riguarda i *Länder*, essi non fanno parte, in senso stretto, dell'organo costituente federale, al contrario dei Cantoni che possono opporsi alle revisioni costituzionali soggette alla doppia maggioranza del popolo e dei cantoni (cfr. infra N. 16). In questi due Stati federalisti confinanti, la Camera alta del Parlamento non può inoltre impedire l'adozione di qualsiasi atto federale, come può fare il Consiglio degli Stati in Svizzera in virtù del bicameralismo perfetto (cfr. art. 156 cpv. 2 Cost.); per il resto, non dispone nemmeno di diritti particolari esclusivi come il Senato americano. Per contro, i *Länder* tedeschi e austriaci possono rispettivamente istruire i propri delegati che siedono in questa stessa camera – che rappresentano i membri del loro governo – o, almeno, partecipare a tutte le sue sedute e intervenire ogni volta che lo richiedono su questioni riguardanti il loro *Land*. In questo modo possono esercitare un'influenza diretta sulla procedura parlamentare federale, e persino sull'elezione dei giudici della Corte suprema federale che la suddetta camera deve eleggere o proporre di nominare in tutto o in parte, cosa che i Cantoni svizzeri non possono fare.

Infine, e soprattutto, in Svizzera i diritti di partecipazione dei Cantoni – e quindi il federalismo partecipativo – potrebbero essere oggetto di una revisione costituzionale, o addirittura essere aboliti, cosa che non è necessariamente il caso in altri Stati federali, come la Germania. Sotto certi aspetti, il nostro grande Paese vicino potrebbe quindi essere fonte di ispirazione sia per chi intende riformare il federalismo elvetico sia per chi desidera proteggerlo da qualsiasi revisione fondamentale.

8 Negli Stati federali che sono succeduti alle confederazioni di Stati, come la Svizzera, i diritti di partecipazione delle entità federate al processo decisionale federale servono in particolare a compensare la perdita di autonomia che queste hanno acconsentito e continuano ad acconsentire sempre di più. È quindi logico che la Costituzione federale non contenga, in confronto, alcuna disposizione che preveda un diritto generale di partecipazione della Confederazione al processo decisionale cantonale, compreso, ad esempio, quello di essere sistematicamente consultata prima dell'adozione di atti legislativi cantonali. Ciò non significa che alla Confederazione sia vietato esercitare alcuna **influenza sulla politica cantonale**. Una certa ingerenza della Confederazione nel processo politico cantonale è del resto inevitabile, in particolare a causa del primato del diritto federale (art. 49 cpv. 1 Cost.), il cui rispetto è garantito dall'Assemblea federale che «garantisce» le costituzioni cantonali (art. 51 cpv. 2 Cost.) – nonché nei settori in cui la Costituzione federale richiede alla Confederazione di cooperare con i Cantoni e di coordinarsi con essi nell'esercizio delle rispettive competenze, se del caso istituendo organi comuni (cfr. ad es. art. 61*a* cpv. 2 e 63*a* cpv. 4 Cost.) . Lo stesso vale quando la Confederazione deve svolgere il ruolo di arbitro o, semplicemente, di mediatore nei rapporti intercantonali e internazionali (cfr. ad es. art. 48*a*, 56 cpv. 3 e 172 cpv. 3 Cost.) o quando deve finanziare determinate attività cantonali (cfr. ad es. art. 64 cpv. 2 e 77 cpv. 3 Cost.).

## III. COMMENTO VERO E PROPRIO

9 Come già detto, l'art. 45 Cost. presenta **due aspetti**: il primo comma ha una funzione essenzialmente simbolica, in quanto ricorda l'esistenza dei diversi diritti di partecipazione dei Cantoni alla politica federale previsti dalla Costituzione federale (cfr. infra N. 10 ss), mentre il secondo ne istituisce precisamente uno, ovvero il diritto dei Cantoni di essere informati sui progetti

della Confederazione e di essere consultati al riguardo quando questi riguardano i loro interessi (cfr. infra N. 21 ss).

## A. Diritti di partecipazione dei Cantoni al processo decisionale federale (comma 1)

### 1. Generalità

10 Nella versione francese, l'art. 45 comma 1 Cost. dispone che i Cantoni partecipano alla formazione della volontà della Confederazione «nei casi previsti dalla Costituzione federale» e, in particolare, all'«elaborazione della legislazione». Le versioni tedesca e italiana della disposizione si discostano entrambe in qualche modo da questo testo, prevedendo che i Cantoni partecipino alla stessa formazione della volontà «conformemente alla Costituzione federale» (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* ») e, in particolare, all'«elaborazione del diritto» (« *an der Rechtssetzung* », rispettivamente « *all'elaborazione del diritto* ). Queste lievi **differenze di origine stilistica** non hanno implicazioni fondamentali, anche se si potrebbe essere tentati di riconoscere il contrario attribuendo erroneamente un peso specifico alla versione francese della disposizione, che sembra leggermente più restrittiva, come si vedrà (cfr. infra N. 13 e N. 20).

11 È comunque chiaro che, indipendentemente dalla versione linguistica, l'art. 45 cpv. 1 Cost. ha soprattutto una funzione dichiarativa, ricordando che i Cantoni partecipano al processo decisionale federale «nei casi previsti» (o «come previsto» [« secondo quanto previsto »]) dalla Costituzione federale o, semplicemente, « conformemente » ad essa (« nach Massgabe »). La disposizione costituisce quindi una **norma di rinvio** alle numerose disposizioni sparse nella Costituzione federale che prevedono o impongono tale partecipazione in vari modi. Alcuni diritti di partecipazione valgono solo per settori particolari, come la politica estera o la formazione (cfr. art. 55 e 62 cpv. 6 Cost.). Altri si applicano solo a determinati tipi di atti, indipendentemente dal settore di competenza interessato, come il diritto di pronunciarsi sugli atti legislativi importanti e su altri progetti di grande portata durante i lavori preparatori, nonché sui trattati internazionali importanti (art. 147 Cost.), o addirittura il diritto di presentare un'iniziativa cantonale o di chiedere un referendum (art. 160 cpv. 1 e 141 cpv. 1 Cost. ). I Cantoni dispongono inoltre di diritti di partecipazione organici, come quello di

pronunciarsi in qualità di coretentori del potere costituente federale (art. 140 cpv. 1 e 195 Cost.) e di avere rappresentanti in una delle due Camere dell'Assemblea federale in qualità di potere supremo della Confederazione (art. 150 cpv. 2 Cost. e art. 148 cpv. 1 Cost.). Per il resto, esistono controversie dottrinali sul fatto che alcune altre prerogative cantonali debbano essere qualificate come diritti di partecipazione. La questione si pone, ad esempio, in relazione all'attuazione del diritto federale da parte dei Cantoni (cfr. art. 46 Cost.), che non li porta, in senso stretto, a influenzare il processo decisionale federale, ma piuttosto ad attuarlo una volta completato. A nostro avviso, tale attuazione rappresenta soprattutto un principio generale di ripartizione delle competenze che concretizza quello di sussidiarietà (cfr. art. 5*a* Cost.). Queste controversie non hanno comunque alcuna rilevanza pratica, poiché, come già detto, i diritti di partecipazione dei Cantoni, qualunque essi siano, non godono in ogni caso di alcuna protezione costituzionale particolare (garanzia di immutabilità), contrariamente ad esempio a quelli dei *Länder* tedeschi (cfr. supra N. 7).

12 Tutti questi diritti, che possono essere cumulativi, valgono in particolare nell'«elaborazione della legislazione», che l'art. 45 cpv. 1 Cost. cita come esempio emblematico della partecipazione dei Cantoni. I diritti di partecipazione previsti dalla Costituzione riguardano tuttavia in realtà una **grande varietà di processi decisionali** (preparazione e conclusione di trattati internazionali, decreti federali di pianificazione strategica, piani settoriali, procedura di approvazione dei piani, ecc.). Solo alcuni atti non parlamentari e di minore importanza sfuggono *a priori* a qualsiasi forma di partecipazione dei Cantoni ai sensi della Costituzione. In questo modo, i Cantoni possono in teoria cercare di influenzare quasi tutte le decisioni politiche importanti della Confederazione, fermo restando che la loro influenza effettiva sull'adozione di alcuni atti federali attraverso la loro sola rappresentanza nel Consiglio degli Stati rimane comunque (molto) limitata (ad esempio sul bilancio della Confederazione; cfr. N. 15). Altro punto importante: i Cantoni non hanno alcuna influenza, nemmeno indiretta, sulla giurisprudenza del Tribunale federale, i cui membri sono eletti esclusivamente dall'Assemblea federale (camere riunite) (cfr. art. 168 cpv. 1 e art. 157 cpv. 1 lett. a Cost.). . Infatti, il Tribunale federale non deve (ad es. ai sensi dell'art. 45 cpv. 2 Cost.; cfr. infra N. 27), né può, chiedere osservazioni ai Cantoni che non sono direttamente parti nei procedimenti dinanzi ad esso, anche se la sentenza da emettere implica la risoluzione di una questione costituzionale

potenzialmente fondamentale per essi. Forse qui ci sarebbe margine di miglioramento dal punto di vista federalista.

## 2. Partecipazione dei Cantoni al processo legislativo

Come ricorda l'art. 45 cpv. 1 Cost., la Costituzione federale consente ai Cantoni di partecipare, in particolare, all'«elaborazione della legislazione [federale]» in diverse fasi del suo processo di adozione. Si noti che, contrariamente a quanto potrebbe suggerire il testo francese, tale partecipazione non riguarda solo le leggi federali, ma **tutti gli atti normativi** della Confederazione; vale quindi anche per le ordinanze dell'Assemblea federale o del Consiglio federale, le revisioni costituzionali e l'adesione a trattati internazionali di portata normativa, come risulta più chiaramente dalle versioni tedesca e italiana dell'art. 45 cpv. 1 Cost., che parlano di partecipazione all'elaborazione del «diritto» («*an der Rechtsetzung*» e «*all'elaborazione del diritto*»; cfr. supra N. 10). 13

La partecipazione dei Cantoni all'adozione del diritto federale può avvenire già in una fase molto precoce, ovvero nella **fase preparlamentare**, nella misura in cui i Cantoni dispongono di un proprio diritto di iniziativa legislativa ai sensi dell'art. 160 Cost., di cui alcuni fanno peraltro uso abbastanza frequentemente. Il diritto cantonale precisa quale organo sia titolare di tale diritto, che in pratica consente talvolta al Parlamento cantonale, talvolta al corpo elettorale cantonale e molto raramente al Governo cantonale di proporre l'adozione di una legge federale direttamente alle Camere federali. Queste ultime possono tuttavia rifiutarsi di darvi seguito al termine di una procedura di esame preliminare, che nella pratica frena molto rapidamente le velleità dei Cantoni. Si ritiene quindi che la partecipazione dei Cantoni all'elaborazione della legislazione federale si concretizzi in primo luogo nell'ambito della procedura di consultazione sui progetti di atti normativi (leggi o ordinanze) preparati dal Consiglio federale (art. 147 Cost.), procedura durante la quale i governi cantonali difendono la posizione cantonale, talvolta con riserva di approvazione popolare, così come la CdC, che in linea di principio è anch'essa invitata a esprimersi. Si tratta forse della fase in cui i Cantoni possono influire più direttamente sulla legislazione federale, come dimostra del resto la genesi stessa dell'art. 45 Cost. (cfr. supra N. 2 s.). Sebbene la procedura di consultazione sia destinata a diversi interlocutori (cfr. art. 147 Cost.), i Cantoni ne sono attori particolarmente importanti. Si noti che una 14

procedura di consultazione deve essere condotta anche quando un progetto non è preparato dal Consiglio federale, ma direttamente dal Parlamento, attraverso le sue commissioni.

15 Si ritiene generalmente che i Cantoni partecipino anche alla **fase parlamentare** di adozione delle leggi federali e delle revisioni costituzionali avviate dalle autorità tramite il Consiglio degli Stati, composto da due rappresentanti per Cantone (uno solo per gli ex «semicantoni») , che deve approvare sistematicamente tali progetti a causa del bicameralismo perfetto che caratterizza il federalismo elvetico. Da un punto di vista puramente giuridico, la partecipazione dei Cantoni al processo decisionale federale si limita tuttavia alla designazione dei rappresentanti in questione. Una volta insediati, questi ultimi votano infatti liberamente, senza istruzioni da parte dei Cantoni (art. 161 cpv. 1 Cost.), contrariamente a quanto avviene in altri Stati federali in cui la camera alta del parlamento è composta da veri e propri «delegati» o emissari degli Stati federati (cfr. supra N. 7). Sembra inoltre che, nella pratica, i membri del Consiglio degli Stati si lascino influenzare maggiormente dalla linea politica dei loro partiti piuttosto che dagli interessi specifici dei rispettivi Cantoni. Pertanto, salvo nei casi in cui gli interessi, in particolare finanziari, di questi ultimi sono direttamente coinvolti, questa camera non agisce più come portavoce dei Cantoni, anche se i deputati amano tradizionalmente ricordare il contrario durante i dibattiti. In sintesi, si relativizzerà l'importanza della partecipazione dei Cantoni al processo legislativo federale attraverso il Consiglio degli Stati, talvolta definita «indiretta», la cui efficacia potrebbe tuttavia essere rafforzata dalla nomina dei deputati da parte del parlamento cantonale e per una breve legislatura, cosa che non avviene più da tempo. Allo stato attuale, ci si può chiedere se, durante la fase parlamentare, la partecipazione dei Cantoni non si concretizzi in modo più informale – almeno per i più potenti tra essi – attraverso una certa attività di lobbying nei confronti dei parlamentari, certamente non prevista, ma nemmeno esclusa, dalla Costituzione federale (cfr. infra N. 20).

16 Infine, i Cantoni possono in linea di principio intervenire ancora nella **fase post-parlamentare** di adozione delle leggi federali, che devono essere sottoposte a referendum se otto Cantoni lo richiedono tramite i loro parlamenti o un altro organo designato dal diritto cantonale (cfr. art. 141 Cost. e 67 LDP) . Finora questo diritto di referendum non è stato quasi mai esercitato. Del resto, è stato esercitato solo due volte, su oggetti simili, per i

quali anche la popolazione aveva chiesto il referendum: una volta nel 2003 in relazione a una modifica di atti riguardanti l'imposizione delle coppie e delle famiglie, l'imposizione degli alloggi e i diritti di bollo, infine respinta in votazione, e un'altra volta nel 2025, in relazione alla legge federale del 20. 6.2025 sull'imposizione individuale delle coppie sposate. Il diritto di referendum dei Cantoni ha quindi soprattutto il vantaggio di rafforzare la loro posizione nella fase di consultazione o nelle loro attività di lobbying. Va notato che, in quest'ottica, i Cantoni avrebbero tutto l'interesse a conferire l'esercizio di tale prerogativa ai loro governi, cosa che al momento avviene solo raramente, in quanto ciò potrebbe facilitare notevolmente il coordinamento della loro azione. I Cantoni rappresentano infatti attori imprescindibili in qualsiasi revisione costituzionale, così come in qualsiasi legge urgente priva di base costituzionale (art. 140 cpv. 1 lett. a e c Cost.), poiché queste richiedono in ultima analisi l'accordo della maggioranza di essi, oltre a quello del popolo. Le autorità federali devono quindi tenere conto delle loro posizioni in anticipo, sia nella fase di consultazione che in quella parlamentare, se intendono portare a termine tali progetti. A questo proposito, va notato che i casi in cui i Cantoni hanno fatto fallire una revisione costituzionale voluta dal popolo sono aumentati negli ultimi decenni, mentre in passato erano rari, il che sottolinea l'importanza di questo diritto di partecipazione, talvolta considerato il più importante di tutti. Tuttavia, esso è sempre più criticato, poiché oggi conferisce un peso politico talvolta ritenuto eccessivo solo ad alcuni piccoli Cantoni, in linea di principio germanofoni e a maggioranza cosiddetta conservatrice.

La partecipazione dei Cantoni all'approvazione dei **trattati internazionali** è 17
oggetto di disposizioni specifiche contenute nell'articolo 55 Cost. e negli articoli 140 capoverso 1 lettere b e c e 141 capoverso 1 lettera d Cost. Essa è regolata in modo differenziato a seconda dell'importanza dei trattati in questione e dei loro effetti sulle competenze cantonali.

## 3. Portata normativa: critica e prospettiva

In generale, può sembrare paradossale che una norma che si riferisce 18
espressamente al processo di elaborazione della legislazione federale non rispetti uno dei principali assiomi della legistica, vale a dire quello di rinunciare a rinvii legislativi dichiarativi superflui. È opportuno sottolineare che la Costituzione si distingue dalle leggi in quanto riveste una funzione

quasi tanto politica quanto giuridica e che una **norma simbolica** come l'art. 45 cpv. 1 Cost. occupa quindi un posto legittimo al suo interno.

19 Nell'interpretare questa disposizione, i giuristi devono quindi resistere alla tentazione di attribuirle una portata normativa che *a priori* non ha necessariamente, evitando al contempo di limitarla a una funzione puramente informativa. Una via di mezzo consiste nel considerare che l'art. 45 cpv. 1 Cost. costituisce una **disposizione programmatica** che sottolinea l'importanza della partecipazione dei Cantoni al processo decisionale federale. La norma svolgerebbe così un ruolo di linea guida – tra le altre – nell'interpretazione della Costituzione e nella risoluzione delle tensioni che possono esistere tra le sue diverse norme. Da questo punto di vista, spetterebbe al legislatore federale tenere particolarmente conto dell'importanza dei diritti di partecipazione dei Cantoni quando prevede una regolamentazione che li attua o li limita (ad es. LCo e LParl), così come al Tribunale federale di integrarla nel suo ragionamento quando è chiamato a sviluppare una giurisprudenza che potrebbe limitare la facoltà dei Cantoni di influenzare la politica federale (ad es. sull'intervento delle autorità cantonali in occasione di votazioni federali; cfr. *infra* N. 20).

20 La funzione essenzialmente simbolica dell'art. 45 cpv. 1 Cost. vieta in ogni caso di attribuirgli una portata limitativa. La norma non impedisce in alcun modo ai Cantoni di partecipare al processo decisionale in altri casi e/o in modo diverso da quanto previsto dalla Costituzione federale, anche se la versione francese e, in misura minore, quella italiana potrebbero suggerire il contrario, affermando che essi possono farlo solo «nei casi previsti dalla Costituzione federale» (o « *secondo quanto previsto dalla Costituzione federale* »). Sono possibili **altre forme e modalità di partecipazione informale** dei Cantoni al processo decisionale federale, purché non siano contrarie al diritto costituzionale federale, come risulta più chiaramente dalla versione tedesca dell'art. 45 cpv. 1 Cost. (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* »), ma anche implicitamente dal diritto generale all'informazione dei Cantoni previsto dall'art. 45 cpv. 2 Cost. I Cantoni, tramite i loro governi o organi intercantonali, possono quindi attuare meccanismi di partecipazione informale, ad esempio assumendo lobbisti o organizzando giornate di incontro per farsi ascoltare dai parlamentari e dall'amministrazione federale e, se del caso, associarsi per coordinare le loro azioni di lobbying a Berna, come del resto fanno nella pratica, purché il loro

comportamento non violi il principio di fedeltà confederale (cfr. art. 44 cpv. 2 Cost.; ciò potrebbe verificarsi con l'avvio di una campagna denigratoria sistematica e ingannevole in relazione a un progetto federale) . Questo modo di procedere è talvolta considerato il più efficace. Allo stesso modo, il fatto che i Cantoni dispongano di diverse possibilità di partecipare alla formazione della volontà della Confederazione non esclude a priori il loro intervento in una campagna referendaria federale. Le autorità cantonali possono quindi partecipare ai dibattiti e formulare raccomandazioni di voto in occasione di votazioni federali, ma solo in determinate situazioni, conformemente a una giurisprudenza federale che purtroppo ignora in gran parte l'importanza della partecipazione dei Cantoni alla politica federale implicitamente sancita dall'articolo 45 Cost. È più delicato determinare se altri diritti di partecipazione formali, più invasivi e non espressamente previsti dalla Costituzione, potrebbero essere introdotti nella legge, come un diritto di veto dei Cantoni sulle ordinanze del Consiglio federale, o addirittura quello di chiederne la modifica, come richiesto dalla CdC nell'ambito della consultazione sul progetto preliminare di Costituzione. Queste questioni non rientrano tuttavia nell'interpretazione dell'articolo 45 capoverso 1 Cost., ma in quella di altre disposizioni della Costituzione federale, come l'articolo 182 capoverso 1 Cost. Si noti che, nell'ambito degli accordi bilaterali III, il Consiglio federale intende introdurre nuovi diritti di partecipazione formali dei Cantoni non previsti dalla Costituzione federale (ad es. la possibilità per i Cantoni di chiedere al Consiglio federale di attivare la clausola di salvaguardia).

## B. Obbligo della Confederazione di informare i Cantoni dei suoi progetti e di consultarli (par. 2)

### 1. Considerazioni generali

Prevedendo che la Confederazione «informi i Cantoni dei suoi progetti in tempo utile e in modo dettagliato» e che «li consulti quando i loro interessi sono lesi», l'art. 45 cpv. 2 Cost. conferisce ai Cantoni alcuni **diritti di partecipazione specifici** che dovrebbero consentire loro di influenzare il processo decisionale federale. Da un punto di vista sistematico, la disposizione istituisce più precisamente un diritto per i Cantoni di essere informati – in tempo utile – su (quasi) tutti i progetti della Confederazione (1ª 21

frase; infra N. 30 ss) e, dall'altro, un diritto dei Cantoni di essere consultati quando i loro interessi sono coinvolti (2ª frase; infra N. 34 ss).

22 In tal modo, l'art. 45 cpv. 2 Cost. non ha qui una semplice funzione dichiarativa e simbolica, contrariamente al cpv. precedente. Certo, i doveri di informazione e di consultazione che l'art. 45 cpv. 2 Cost. alla Confederazione si sovrappongono in parte a quelli previsti da altre disposizioni della Costituzione federale. L'art. 45 cpv. 2 Cost. ha tuttavia una **portata propria** rispetto a tali norme, alle quali si applica eventualmente in modo cumulativo.

23 Questo aspetto è importante. Infatti, l'art. 45 cpv. 2 Cost. conferisce in una certa misura diritti di partecipazione «più ampi» rispetto all'**art. 147 Cost.**, che, ricordiamo, conferisce ai Cantoni il diritto di esprimere il proprio parere sugli atti legislativi importanti e su altri progetti di grande portata durante i lavori preparatori. Contrariamente a tale disposizione, l'art. 45 cpv. 2 riguarda innanzitutto (quasi) tutti i progetti della Confederazione, e non solo quelli di particolare importanza; alcuni progetti di minore importanza possono quindi dover essere sottoposti a consultazione dei Cantoni ai sensi dell'art. 45 cpv. 2 Cost., anche se l'art. 147 Cost. non lo richiede (cfr. infra N. 26 ss). L'art. 45 cpv. 2 Cost. istituisce inoltre un obbligo di consultazione dei Cantoni che non si limita alla procedura ordinaria di consultazione, ma che può riguardare anche altre fasi del processo decisionale federale (cfr. infra N. 37 ss) . Da questo punto di vista, si può in particolare sostenere, come vedremo, che l'art. 45 cpv. 2 Cost. impone alla Confederazione di coinvolgere i Cantoni in una fase precoce nell'elaborazione di alcuni progetti preliminari di atti, ovvero ben prima della procedura di consultazione prevista dall'art. 147 Cost. (cfr. infra N. 37), o addirittura che in alcuni casi la obbliga a richiedere nuovamente il loro parere dopo tale fase, quando un progetto è oggetto di modifiche sostanziali, del tutto inaspettate, che incidono in modo nuovo sugli interessi dei Cantoni (cfr. infra N. 38 s.). Questa potenziale portata dell'art. 45 cpv. 2 Cost. rimane ancora largamente oscurata e trascurata nella pratica.

24 Se l'art. 45 cpv. 2 Cost. conferisce ai Cantoni veri e propri diritti di informazione e consultazione (cfr., sulla loro giustiziabilità, infra N. 43 segg.), lo fa utilizzando diversi concetti indeterminati, quali «in tempo utile» o «quando i loro interessi sono lesi». Questa imprecisione offre alla Confederazione un certo **margine di apprezzamento** per quanto riguarda la sua attuazione (cfr. infra N. 31 e 35) , che non implica necessariamente l'adozione di una legge federale di applicazione.

Resta il fatto che l'articolo 45 capoverso 2 Cost. è oggi concretizzato da **varie normative** più o meno precise. Alcune di esse – come quelle relative alla legislazione sulla pianificazione del territorio, sull'energia nucleare, sulle strade nazionali o sulle ferrovie – sono peraltro preesistenti, poiché il costituente non ha fatto altro che codificare doveri che la Confederazione si era già imposta da tempo. Altre norme sono state adottate dopo il 2000 sotto il regime della nuova Costituzione. Si pensi in proposito all'articolo 18 capoverso 1 lettera b della legge federale del 7 ottobre 2005 sulle finanze della Confederazione (LFC), adottato nell'ambito dell'introduzione del freno all'indebitamento proprio per attuare l'articolo 45 capoverso 2 Cost., nonché, naturalmente, alla legge sulla consultazione (LCo). Quest'ultima mira tuttavia in primo luogo ad attuare la procedura di consultazione durante i lavori preparatori imposta dall'art. 147 Cost. e non direttamente i diritti di partecipazione dei Cantoni previsti dall'art. 45 cpv. 2 Cost.. 25

## 2. Nozione di «progetti» della Confederazione

La nozione di «progetti » (*Vorhaben*, *progetti*) che devono essere oggetto di informazione ed eventualmente di consultazione dei Cantoni non è definito nell'art. 45 cpv. 2 Cost., né in altre parti della Costituzione o della legislazione federale. Una lettura sistematica della Costituzione permette tuttavia di supporre che il potere costituente abbia voluto dare un **ampio campo di applicazione** alla norma che, contrariamente agli art. 55 e 147 Cost., non si applica solo alle decisioni che incidono sulle competenze o sugli interessi essenziali dei Cantoni, o ai progetti importanti o «di grande portata ». 26

Il termine «progetto» dell'art. 45 cpv. 2 Cost. può quindi coprire **numerose situazioni**. Può riferirsi non solo ai progetti legislativi federali, come i progetti di legge o di ordinanza, ma anche ad altri progetti della Confederazione che, senza necessariamente stabilire norme generali e astratte, hanno comunque una portata generale, come le decisioni di pianificazione o le decisioni finanziarie o di bilancio che devono essere adottate con decreti federali o decreti del Consiglio federale. A ciò si aggiunge il fatto che l'uso del termine «*Vorhaben*» in tedesco sembra indicare che l'obbligo di informazione e consultazione della Confederazione deve in linea di principio non solo intervenire prima che gli atti siano già stati completamente elaborati, ma che in determinate circostanze può già essere necessario quando gli atti in questione sono ancora allo stadio di semplici 27

dichiarazioni di intenti o di vaghi programmi (cfr. infra N. 31 e N. 37). Per contro, il concetto non copre i «progetti» di decisioni o sentenze che possono essere redatti da un'autorità di ricorso, giudiziaria o meno, prima che essa si pronunci.

28 È immediatamente chiaro che questa concezione ampia dell'articolo 45 capoverso 2 Cost. e del concetto di «progetti» in esso contenuto può entrare in tensione con altre norme costituzionali. Come informare, o addirittura consultare, i Cantoni in caso di urgenza o di crisi che richiedono l'adozione rapida di misure in applicazione del diritto di necessità ai sensi dell'articolo 173 cpv. 1 lett. b o dell'art. 185 Cost. o quando si tratta di garantire la riservatezza di un progetto che riguarda la sicurezza del Paese ai sensi dell'art. 57 Cost.? Le apparenti contraddizioni che possono esistere tra l'art. 45 cpv. 2 Cost. e le norme sopra citate devono essere risolte in primo luogo secondo una certa «**concordanza pratica**», come nel caso della modifica della LCo adottata dopo la crisi COVID con l'obiettivo di sottrarre alla procedura di consultazione le leggi e le ordinanze dell'Assemblea federale e del Consiglio federale basate direttamente sulla Costituzione federale. Per compensare questa nuova eccezione alla procedura di consultazione, un nuovo art. 10 LCo – ispirato in particolare alla legge sulle epidemie (LEp) e alla legge Covid 19 – prevede ora che, quando non viene condotta alcuna procedura di consultazione a causa dell'urgenza della situazione, l'autorità competente (il Consiglio federale o una commissione parlamentare) deve richiedere, «per quanto possibile, il parere dei governi cantonali e degli ambienti particolarmente interessati dal progetto», procedendo al momento opportuno a una «consultazione informale», che può *a priori* assumere la forma di una breve comunicazione elettronica. Questa norma giuridica ribadisce così l'importanza della consultazione dei Cantoni, rendendola al contempo leggermente più flessibile.

29 Ai sensi dell'articolo 45 capoverso 2 Cost., la Confederazione deve infine informare, o addirittura consultare, i Cantoni solo sui **«propri» progetti**. Ciò esclude i progetti dei Cantoni o del popolo svizzero, che non costituiscono organi della Confederazione (*Bund*), unica interessata dalla disposizione, come indica il testo, ma della «Confederazione Svizzera» considerata nel suo insieme (*Schweizerische Eidgenossenschaft*). Esulano quindi dal campo di applicazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost. alcuni progetti che la Confederazione deve solo approvare o convalidare, come le revisioni costituzionali cantonali

o le iniziative popolari. Si noti che, nella misura in cui questo tipo di oggetti non può essere modificato dalle autorità federali, una consultazione non avrebbe comunque quasi alcun senso. Per contro, se a un'iniziativa popolare viene opposto un controprogetto, dovrà essere organizzata una consultazione entro i termini fissati dall'art. 97 cpv. 2 della legge sui diritti politici. In sintesi, i progetti interessati dall'articolo 45 capoverso 2 Cost. sono soprattutto quelli dell'Assemblea federale, del Consiglio federale e della sua amministrazione. È invece più delicato stabilire se anche istituzioni decentralizzate come la Banca nazionale svizzera, la Posta o le FFS siano soggette a tali obblighi. La questione è in parte accademica, poiché la legge spesso impone loro di informare e/o consultare i Cantoni prima di prendere determinate decisioni.

## 3. Informazione «tempestiva» e «dettagliata»

30 Secondo l'articolo 45 capoverso 2 Cost., la Confederazione deve in linea di principio informare i Cantoni dei suoi progetti «tempestivamente» e «in modo dettagliato». Queste due precisazioni mirano a garantire che i Cantoni possano decidere in condizioni adeguate se intendono partecipare o meno all'elaborazione di un progetto federale e, se del caso, in che modo farlo. L'art. 45 cpv. 2 Cost. stabilisce in questo modo un **quadro generale per l'esercizio dei diritti di partecipazione dei Cantoni**, sottolineando al contempo il loro «ruolo di partner» della Confederazione.

31 La disposizione lascia tuttavia un ampio margine di manovra alla Confederazione per quanto riguarda il momento e le modalità di informazione dei Cantoni. Ciò vale in particolare in quanto precisa, in modo relativamente aperto, che l'informazione deve avvenire «**in tempo utile**» (*rechtzeitig*, *tempestivamente*). Ciò significa che l'informazione deve avvenire nel momento più utile per i Cantoni o nel momento più opportuno dal punto di vista della Confederazione? La risposta può *a priori* dipendere dalle circostanze. Si può ad esempio sostenere che, anche se la Confederazione deve informare i Cantoni di tutti i suoi progetti, deve essere lecito per essa sospendere – temporaneamente – tale obbligo in determinate situazioni, in particolare in caso di urgenza o di circostanze straordinarie (cfr. anche supra N. 28). Per quanto riguarda i progetti ordinari, si può ritenere che, in linea di massima, sia necessario – e sufficiente – che i Cantoni ne siano informati in una fase in cui l'esito è ancora aperto, affinché possano tentare, se lo ritengono necessario, di influenzare il processo decisionale federale

avvalendosi dei loro vari diritti di partecipazione o di una certa attività di lobbying. Tuttavia, la definizione di tale momento rientra nell'ampio potere discrezionale della Confederazione.

32 L'ingiunzione relativa alla qualità dell'informazione, che deve essere «**dettagliata**» (*umfassend*, *compiutamente*) secondo l'art. 45 cpv. 2 Cost., pone invece un requisito di contenuto relativamente indeterminato. I termini tedeschi e italiani consentono al massimo di comprendere che le informazioni da fornire ai Cantoni devono essere complete e integrali, ovvero sufficientemente ampie da consentire loro di comprendere l'intero progetto e le sue implicazioni. Utilizzando l'aggettivo «dettagliato», la versione francese si riferisce piuttosto a una descrizione minuziosa e circostanziata dei diversi elementi di un progetto. Affinché non si tratti di un'informazione alibi, la Confederazione dovrà quindi trovare un giusto equilibrio che consenta di comunicare in modo chiaro e completo, senza che l'essenza del messaggio sia soffocata da troppi dettagli. Dovrà inoltre tenere conto del fatto che l'obbligo di informazione di cui all'articolo 45 capoverso 2 Cost. va oltre il semplice dovere generale di informare il pubblico sulla propria attività, come quello imposto al Consiglio federale dall'articolo 180 Cost.

33 Per quanto riguarda la lingua, le autorità federali sono tenute a utilizzare le **tre lingue ufficiali ordinarie della Confederazione** nelle loro comunicazioni ai Cantoni, fermo restando che l'uso del romancio non è obbligatorio nel Cantone dei Grigioni (cfr. art. 70 cpv. 1, 2ª frase, Cost., che lo prevede solo per i rapporti con le «persone» che utilizzano tale lingua). Non è possibile utilizzare esclusivamente una di esse, pena il rischio di compromettere l'obiettivo di informare i Cantoni, che non sono tenuti a comprendere un progetto spiegato in una lingua qualsiasi, in particolare quando si tratta di un settore nuovo e tecnico.

## 4. Consultazione dei Cantoni «interessati nei loro interessi»

34 L'articolo 45 capoverso 2 non impone solo alla Confederazione un obbligo generale di informare i Cantoni sui suoi progetti, ma la obbliga anche a consultarli quando i progetti in questione li interessano nei loro interessi. Da questo punto di vista, i Cantoni godono di una **sorta di diritto di essere ascoltati**, di natura istituzionale, che consente loro di presentare osservazioni alla Confederazione.

Quando un progetto federale tocca gli interessi di uno o più Cantoni ai sensi dell'articolo 45 capoverso 2 Cost.? La dottrina sostiene generalmente un'**interpretazione ampia** della disposizione, ritenendo che i Cantoni debbano essere consultati non solo ogni volta che un progetto limita la loro autonomia o riguarda il loro ambito di competenza, ma anche ogni volta che ha altre forme di ripercussioni su di essi. A questo proposito, ci si potrebbe ispirare alla prassi del Tribunale federale, che ammette che un Cantone è leso nei suoi interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 89 capoverso 1 della legge sul Tribunale federale quando il progetto o l'atto in questione lo lesa in modo qualificato nelle sue prerogative di potere pubblico («*in ihren hoheitlichen Befugnissen berührt*»), ovvero quando incide in modo significativo su interessi pubblici importanti o essenziali. Ciò includerebbe in particolare i casi in cui un progetto federale inciderebbe in modo significativo sugli interessi patrimoniali di un Cantone o sarebbe tale da causare emissioni significative che interessano gran parte dei suoi abitanti. Si noti che, da questo punto di vista, una consultazione può essere necessaria quando un progetto incide sugli interessi di uno o più comuni del Cantone, interessi che sono assimilabili a quelli del Cantone. Ciò non vale invece se un progetto incide solo su interessi privati di singoli individui, anche se importanti per il Cantone (ad es. un'impresa o un contribuente importante). Non si ritiene quindi che i Cantoni di Ginevra e Zurigo abbiano il diritto di essere consultati specificamente ai sensi dell'art. 45 cpv. 2 Cost. in caso di progetto di modifica dell'ordinanza della FINMA sugli istituti finanziari, né quelli di Berna e Neuchâtel nell'ipotesi di una revisione dell'ordinanza che disciplina l'uso del nome «Svizzera » per gli orologi. 35

Da questo punto di vista e nonostante la riserva menzionata, il diritto di consultazione dei Cantoni di cui all'art. 45 cpv. 2 Cost. può applicarsi a **casi molteplici e vari**. Si pensi non solo a progetti legislativi (leggi, ordinanze o direttive), ma anche a progetti di costruzione nazionali come quelli relativi alle strade e al traffico ferroviario, a quelli che riguardano la pianificazione territoriale o agricola o, ancora, a determinate decisioni di bilancio o finanziarie. 36

In generale, l'obbligo di consultazione previsto dall'art. 45 cpv. 2 Cost. riveste un'importanza pratica soprattutto per i progetti che non devono necessariamente essere sottoposti a una procedura di consultazione ai sensi dell'art. 147 Cost., vale a dire per i progetti che incidono sugli interessi di uno 37

o più Cantoni, senza tuttavia essere un progetto legislativo importante o un altro progetto di ampia portata. Detto questo, si può sostenere che l'articolo 45 capoverso 2 Cost. possa avere una portata propria anche in relazione a progetti legislativi di importanza rilevante quando questi riguardano interessi essenziali dei Cantoni. Può essere giustificato, ad esempio, ascoltarli già **prima della procedura di consultazione ufficiale** prevista dall'articolo 147 Cost., in una fase più precoce dell'elaborazione del progetto preliminare, in un momento in cui l'esito del progetto e delle sue eventuali varianti è ancora più aperto. I Dipartimenti federali e la Cancelleria federale sono in ogni caso tenuti, dal 2016, coinvolgere in modo adeguato gli organi cantonali competenti nell'elaborazione dei loro progetti preliminari di leggi o ordinanze quando la loro attuazione spetta in tutto o in parte ai Cantoni e richiede da parte loro notevoli risorse umane e finanziarie o comporta la riorganizzazione di organi cantonali o modifiche sostanziali del diritto cantonale.

38 L'art. 45 cpv. 2 Cost. può anche avere una portata propria rispetto all'art. 147 Cost. in relazione a progetti legislativi che sarebbero oggetto di profonde modifiche **durante la fase di esame parlamentare**, nella misura in cui tali modifiche avrebbero l'effetto di incidere sugli interessi dei Cantoni – o solo di alcuni di essi – in modo del tutto nuovo e inaspettato. A nostro avviso, in tali casi sarebbe necessaria una consultazione dei Cantoni (interessati), anche se la LCo naturalmente non la prevede, poiché mira esclusivamente a disciplinare la partecipazione dei Cantoni ai lavori preparatori. Ciò comporterebbe una revisione della LParl, che attualmente prevede solo la facoltà per le commissioni di ascoltare i rappresentanti dei Cantoni. Va notato che la necessità di tale revisione è stata immediatamente riconosciuta dal Consiglio federale durante l'elaborazione della nuova Costituzione federale e del suo futuro art. 45 cpv. 2 Cost.

39 Finora le Camere federali hanno sempre mostrato una certa riluttanza a **integrare la LParl** o, eventualmente, la LCo, che avrebbe sicuramente complicato il loro lavoro. Al momento dell'adozione della LCo, alcune organizzazioni hanno suggerito di obbligare le commissioni parlamentari a organizzare una nuova procedura di consultazione quando modificano in modo sostanziale un progetto del Consiglio federale. Questa proposta è rimasta lettera morta. Allo stesso modo, un'iniziativa della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio degli Stati volta a migliorare la partecipazione dei Cantoni alla procedura legislativa parlamentare (in

particolare attraverso la creazione di un diritto di audizione dei Cantoni nelle commissioni) non ha resistito all'opposizione della commissione omonima del Consiglio nazionale. Quest'ultima ha ritenuto, tra le altre considerazioni, che la presa in considerazione degli interessi cantonali rientrava comunque nel processo parlamentare.

Per quanto riguarda le **modalità di consultazione**, i Cantoni devono essere consultati direttamente e individualmente, in pratica tramite i loro esecutivi, anche se l'art. 45 cpv. 2 Cost. non lo precisi. La LCo impone ora espressamente questa via governativa per i progetti che rientrano nel suo campo di applicazione, al fine di bloccare fin dall'inizio qualsiasi tentativo da parte della Confederazione di consultare i Cantoni tramite altri organi (in particolare parlamentari o intercantonali) o autorità (ad es. semplici servizi dell'amministrazione). Si tratta innanzitutto di consultare tutti i Cantoni in modo uniforme e di garantire che l'interlocutore della Confederazione sia lo stesso organo in tutti i Cantoni. Ciò non significa quindi che la presa di posizione dei governi cantonali non possa o non debba essere ulteriormente convalidata dal parlamento cantonale o, come può avvenire in alcuni Cantoni, dalla popolazione. Spetta al potere legislativo cantonale determinare chi, nel Cantone, è competente a redigere i pareri e quali autorità parteciperanno, se del caso, alla consultazione. 40

A prima vista, la Confederazione adempie al suo obbligo di consultazione raccogliendo il parere dei governi cantonali interessati nei loro interessi. Si potrebbe sostenere, a rigor di termini, che essa ha anche il **dovere di rispondere e di motivare** quando si discosta da tale parere, al fine di dimostrare di aver preso sul serio e rispettato il proprio dovere di consultazione. Una **risposta** potrebbe quindi essere vista come un segno di rispetto confederale (cfr. art. 44 cpv. 2 Cost.). Va tuttavia osservato che una proposta volta a obbligare la Confederazione a indicare i motivi che l'hanno indotta a discostarsi da un parere formulato da un numero significativo di Cantoni non è stata accolta al termine della procedura di consultazione sul progetto di nuova Costituzione federale; un'interpretazione storica della norma deve quindi probabilmente portare a riconoscere un silenzio qualificato del costituente su questo punto. Ciò detto, è comunque chiaro che la Confederazione non ha alcun obbligo di tenere materialmente conto dei pareri dei Cantoni – vale a dire di concretizzarli o di attuarli – in applicazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost., anche se sono unanimi. Ciò non significa ovviamente 41

che essa sia esente da qualsiasi obbligo costituzionale di tenere conto degli interessi dei Cantoni e del parere che essi hanno espresso in occasione di una consultazione: tale obbligo può sussistere in relazione a determinati progetti per i quali la Confederazione deve rispettare un dovere di coordinamento in virtù di altre norme costituzionali (cfr. ad es. gli articoli 57 capoverso 2, 61a capoverso 2 e 75 capoverso 2 Cost.) o nel quadro dei quali è espressamente previsto che il parere dei Cantoni abbia un peso particolare (cfr. ad es. gli articoli 62 capoverso 6, 76 capoverso 6, 89 capoverso 5, 100 capoverso 2 e 110 capoverso 2 Cost.).

42 Da parte loro, i Cantoni non hanno alcun obbligo – almeno giuridico – di esprimere il loro parere. Per loro si tratta si tratta al massimo di un **obbligo** (*Obliegenheit*), la cui mancata esecuzione può indebolire la loro posizione in caso di contestazione giudiziaria del progetto federale. Essi devono in particolare tenere presente che la loro legittimazione a ricorrere contro un tale progetto può dipendere dalla loro partecipazione alla fase di elaborazione dello stesso. Allo stesso modo, non è escluso che, in caso di contestazione giudiziaria di un progetto, l'autorità competente neghi loro il diritto di avvalersi di determinati argomenti o elementi che non avrebbero ritenuto utile sollevare durante la fase di consultazione, in quanto la loro invocazione tardiva sarebbe contraria al principio generale della buona fede (art. 5 cpv. 3 Cost.) o della fedeltà confederale (art. 44 cpv. 2 Cost.; cfr. anche infra N. 46).

## 5. Giustiziabilità

43 Per quanto riguarda la possibilità di denunciare dinanzi a un'autorità giudiziaria una violazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost. e, più in particolare, del dovere della Confederazione di consultare i Cantoni che potrebbero essere interessati dai suoi progetti, non ha ancora dato luogo ad **alcuna giurisprudenza**. Inoltre, essa non è stata quasi mai discussa nella dottrina, che ha giustamente risposto in modo affermativo, senza tuttavia approfondire la questione.

44 La problematica appare **essenzialmente accademica**. L'art. 45 cpv. 2 Cost. è già stato oggetto di un'ampia codificazione legale, in linea di principio rispettata nella pratica, e, negli altri casi, la Confederazione dispone di un ampio potere discrezionale quanto alle modalità di applicazione. È infine certo che un privato non potrà ottenere l'annullamento di un progetto o atto che lo attua concretamente, lamentando dinanzi a un tribunale che il progetto

in questione è stato adottato in violazione dell'obbligo di consultare i Cantoni. Non è infatti possibile invocare a proprio favore la violazione di un diritto procedurale che non gli appartiene e che non lede i suoi interessi meritevoli di tutela. Per quanto riguarda i Cantoni, che sono quindi gli unici lesi in caso di violazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost., essi sono tradizionalmente riluttanti ad avviare procedimenti contro la Confederazione.

45 Ciò detto, se un giorno uno o più Cantoni decidessero di contestare in giudizio un progetto federale che, a loro avviso, sarebbe stato elaborato o adottato in violazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost., il loro passo solleverebbe sicuramente una serie di **questioni giuridiche spinose** legate, in particolare, al carattere inedito e molto particolare di una controversia di questo tipo. Sebbene sia impossibile anticiparle tutte in questa sede e, ancor meno, prevedere con certezza la loro risoluzione da parte dei giudici, si può tentare di abbozzare alcune possibili risposte, che variano a seconda della natura del progetto in questione e dell'autorità che lo ha adottato.

46 In linea di principio, la via del ricorso al Tribunale federale non sembra preclusa in applicazione combinata degli articoli 189 cpv. 4 Cost. e 120 cpv. 1 lett. b LTF nel caso in cui **una legge o un'ordinanza federale** sia stata adottata – o sia in procinto di esserlo – in violazione dell'obbligo di consultazione dei Cantoni ai sensi dell'art. 45 cpv. 2 Cost. Si può infatti sostenere che ci si troverebbe in una situazione di «controversia di diritto pubblico» tra Confederazione e Cantoni che potrebbe essere risolta dal Tribunale federale in unica istanza conformemente alla seconda disposizione. In tal caso, il Tribunale federale dovrebbe tuttavia chiarire in primo luogo se può o meno entrare nel merito di eventuali conclusioni di annullamento (totale o parziale) dell' atto impugnato alla luce degli articoli 189 capoverso 4 e 190 Cost., cosa che quest'ultima disposizione sembra impedire per quanto riguarda le leggi federali, che i giudici sono tenuti ad applicare e, quindi, a rispettare. In confronto, l'annullamento di un'ordinanza del Consiglio federale potrebbe essere preso in considerazione, almeno in linea di principio. Gli ostacoli giuridici a una tale misura potrebbero essere ancora numerosi. In particolare, ci si dovrebbe chiedere se non sia possibile rimproverare ai Cantoni interessati di lamentarsi troppo tardi di una violazione del loro diritto di essere consultati ai sensi dell'articolo 45 capoverso 2 Cost., in violazione delle regole della buona fede e del rispetto confederale (cfr. art. 5 cpv. 3 e 44 cpv. 1 e 2 Cost.). Ciò potrebbe verificarsi se fino a quel momento non avessero

mai intrapreso alcuna azione per essere inclusi nell'elaborazione di un progetto federale che riguardava i loro interessi, di cui erano tuttavia a conoscenza. Resta inoltre da vedere se il Tribunale federale non considererebbe la violazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost. come «sanata» dal deposito del ricorso, come già ampiamente accettato in caso di ricorso contro una decisione contraria al diritto fondamentale di essere ascoltati ai sensi dell'art. 29 cpv. 2 Cost.. A nostro avviso, una tale soluzione sarebbe probabilmente necessaria se dovesse emergere – in particolare alla luce della risposta del Consiglio federale al ricorso presentato – che la Confederazione adotterebbe comunque lo stesso atto dopo aver ascoltato le argomentazioni dei Cantoni lesi nei loro diritti di partecipazione e/o che l'annullamento dell'ordinanza porrebbe gravi problemi di certezza del diritto.

47 Seguendo la stessa logica, la via del ricorso al Tribunale federale dovrebbe essere aperta in linea di principio anche contro gli **altri progetti di competenza del Consiglio federale o dell'Assemblea federale** (progetti infrastrutturali, piani settoriali, ecc.) potenzialmente adottati in violazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost., anche in questo caso in applicazione dell'art. 120 cpv. 1 lett. b LTF. In tali casi, si può supporre che, anche dopo aver constatato una violazione del diritto di partecipazione dei Cantoni, il Tribunale federale annullerebbe nuovamente l'atto impugnato solo con cautela. Tutto indica che procederebbe a un'attenta ponderazione degli interessi, tenendo conto di tutte le circostanze e della natura politica del processo decisionale che ha portato all'atto impugnato nel merito, come del resto già fa in caso di ricorso contro atti legislativi cantonali la cui adozione è viziata da errori procedurali o contro votazioni popolari che non sempre si sono svolte nel massimo rispetto delle regole democratiche dedotte dall'art. 34 Cost. In tal caso, terrebbe conto dell'urgenza del progetto in questione, dell'interesse del o dei Cantoni ad essere consultati in modo particolare al riguardo e dell'influenza che il loro parere avrebbe potuto avere – o potrebbe ancora avere – sul suo esito o sui suoi parametri finali, sapendo che la grande maggioranza dei progetti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale sono comunque oggetto di una consultazione pubblica ai sensi dell'art. 147 Cost. Da questo punto di vista, va ricordato che un eventuale ricorso al Tribunale federale non avrebbe nella maggior parte dei casi alcun altro interesse pratico – sebbene non trascurabile sul piano politico – se non quello di ottenere una decisione di principio sulla portata dell'art. 45 cpv. 2 Cost.

La situazione potrebbe presentarsi in modo diverso in caso di **rifiuto o rinuncia da parte di un ufficio o di un dipartimento** – ovvero di autorità federali di natura amministrativa – a consultare uno o più Cantoni in relazione a un progetto federale in fase di preparazione o già adottato da essi, come piani settoriali o procedure speciali di approvazione dei piani (ferroviari, elettrici, ecc.) . Innanzitutto è chiaro che, in una situazione del genere, i Cantoni potrebbero in linea di principio presentare ricorso al Tribunale amministrativo federale – e successivamente al Tribunale federale – o addirittura, a seconda dei casi, presentare direttamente un'azione diretta dinanzi a quest'ultimo (cfr. art. 120 cpv. 1 e 2 LTF) per denunciare un'eventuale violazione dell'art. 45 cpv. 2 Cost. Se l'autorità giudiziaria competente giungesse alla conclusione che il o i Cantoni interessati hanno effettivamente il diritto di essere consultati in modo speciale ai sensi dell'art. 45 cpv. 2 Cost. in relazione a un progetto non ancora adottato, dovrebbe ordinare ai dipartimenti o agli uffici federali di informarli sul progetto, o addirittura di integrarli direttamente nel progetto in corso, affinché possano esprimere il loro parere al riguardo. Infine, se il dipartimento o l'ufficio interessato avesse già adottato il progetto controverso, sarebbe opportuno pronunciarne l'annullamento, salvo, forse, se al Cantone possa essere rimproverato di aver agito troppo tardi (cfr. supra N. 46) o se il progetto presenti un carattere urgente e persegua un interesse pubblico importante. Al di fuori di queste due ipotesi, non sarà generalmente possibile rinunciare all'annullamento del progetto federale contestato, considerando che un'informazione e una consultazione precoci dei Cantoni interessati non avrebbero comunque avuto alcuna influenza sull'esito della procedura. 48

*A proposito*

*Eloi Jeannerat, dottore in giurisprudenza, è cancelliere presso il Tribunale federale. Fanny Matthey, dottoressa in giurisprudenza, è collaboratrice scientifica presso l'Ufficio federale di giustizia.*

*La presente pubblicazione riflette esclusivamente il punto di vista degli autori e non quello del Tribunale federale o dell'Ufficio federale di giustizia.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz –

Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassungsorgane, Verfahren. Bereichsverfassungen, Zurich et al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur http://doi.org/10.5771/9783748919483, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Art. 45 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al., 2003.

Aubert Jean-François, Art. 147 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al. 2003.

Aubry Girardin, Art. 89 LTF, in : Aubry Girardin et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Benoit Anne, Art. 147 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bigler de Mooij Olivier, Art. 45 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Egli Patricia, Art. 45 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Egli Patricia, Kantone als Verfassunsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassunsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zurich et. al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur http://doi.org/10.5771/9783748919483, consulté le 7.11.2025.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Graf Martin, Die Standesinitiative – Instrument der Kantonsparlamente zur Mitwirkung im Bundesstaat ?, in : Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires, août 2001, no 2, 4e année, p. 12–16.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11e éd., Zurich et al. 2024.

Jeannerat Eloi/Bühlmann Lukas, Art. 13 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, Genève et al. 2019.

Lanz Matthias, Art. 67 BPR, in : Glaser Andreas/Braun Binder Nadja/Bisaz Corsin/Tornay Schaller Bénédicte (édit.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte, version du 1.9.2023, disponible sur https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr67, consulté le 7.11.2025.

Lüthi Ruth, Art. 44 LParl, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung – Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2e éd., Bâle 2024.

Mazidi Simon, Art. 55 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, version du 14.5.2024, disponible sur https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv55, consulté le 7.11.2025.

Varuna Singh, Interview d'une attachée aux questions fédérales pour le canton de Genève, in : Forum – épisode du 19.9.2018, disponible sur https://www.rts.ch/audio-podcast/2018/audio/le-lobbyisme-exerce-par-les-cantons-interview-de-varuna-singh-25553589.html, consulté le 7.11.2025.

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in : Biaggini Giovanni et al. (édit.), Staatsrecht, 3e éd., Zurich et al., 2021, p. 168–173.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung, Bâle et al. 2000.

Rhinow René/Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 45 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2e éd., Bâle 2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

## I MATERIALI

Annuaire statistique de la Suisse (extraits 1918-1980), disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-1-6860, consulté le 12.12.2025.

Explications de la Chancellerie fédérale relatives à la révision partielle de l'ordonnance sur la consultation (OCo), Version du 5.6.2015, disponible sur https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40187.pdf, consulté le 7.11.2025.

Exposé des motifs du projet de Constitution du 16.6.1995, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, consulté le 7.11.2025.

Guide de législation de l'Office fédéral de la justice OFJ, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5e éd., 2025, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/legistik/hauptinstrumente/gesetzgebungsleitfaden.pdf.download.pdf/gesetzgebungsleitfaden-f.pdf, consulté le 13.1.2026.

Lexique du Parlement, Fiche d'information Initiative déposée par un canton, état au 15.6.2024, disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Faktenblatt%20Standesinitiative-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation du 21.1.2004, FF 2004 485 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/127/fr, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à l'évolution future de la Politique agricole à partir de 2022 (PA22+) du 12.2. 2020, FF 2020 3851 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/881/fr, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant le plafond des dépenses pour les routes nationales sur la période 2024–2027, l'étape d'aménagement 2023 des routes nationales, le crédit d'engagement et la modification de l'arrêté fédéral sur le réseau des routes nationales du 22.2.2023, FF 2023 865 ss, disponible

sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/865.pdf, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant l'état d'avancement et la modification des programmes d'aménagement de l'infrastructure ferroviaire ainsi que la Perspective Rail 2050 du 16.8.2023, FF 2023 2061 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/2061.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-CE), Initiative parlementaire. Procédure relative aux initiatives des cantons, du 4.5.1993, FF 1993 III 325 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3__325_/fr, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN), Initiatives parlementaires. Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise, du 27.1.2022, FF 2022 301 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2022/301.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN) sur l'initiative parlementaire 23.425, Garantir la transparence du lobbying des cantons, du 6.9. 2024, disponible sur https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2023/Rapport_de_la_commission_CIP-N_23.425_2024-09-06.pdf, consulté le 7.11.2025.

Résultats de la procédure de consultation, Réforme de la Constitution fédérale, du 31.5.1996, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 51 Cost.

Un commentario di Renata Trajkova

CITAZIONE SUGGERITA

Renata Trajkova, Commentario all'art. 51 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Trajkova, art. 51 Cost. N. XXX.

**Sezione 4: Garanzie federali**

**Art. 51 Costituzioni cantonali**

[1] Ogni Cantone si dà una costituzione democratica. La costituzione cantonale richiede l'approvazione del Popolo e deve poter essere riveduta qualora la maggioranza del Popolo lo richieda.

[2] Le costituzioni cantonali devono ottenere la garanzia federale. La Confederazione conferisce tale garanzia se la costituzione cantonale non contraddice al diritto federale.

# STRUTTURA

I. HisI. Genesi ..... 695
II. Classificazione concettuale e sistematica ..... 695
III. Funzione ..... 696
IV. Commento in senso stretto ..... 697
A. Requisiti delle costituzioni cantonali (art. 51 cpv. 1 Cost.) ..... 697
1. Panoramica ..... 697
2. Requisiti nel dettaglio ..... 698
a. Costituzione scritta in senso formale ..... 698
b. Costituzione democratica ..... 699
c. Approvazione del popolo ..... 700
d. Iniziativa costituzionale ..... 701
e. Compatibilità con il diritto federale ..... 701
B. Garanzia delle costituzioni cantonali (art. 51 cpv. 2 Cost.) ..... 704
1. Procedura ..... 704
2. Effetti giuridici della decisione di garanzia ..... 705
3. Portata processuale della decisione di garanzia ..... 706
Letture consigliate ..... 709
Bibliografia ..... 710

## I. HISI. GENESI

L'idea di una garanzia costituzionale risale alla Repubblica Elvetica. Ai sensi dell'articolo 1 del Patto federale del 1815, inizialmente i Cantoni si garantivano reciprocamente le rispettive costituzioni. Sullo sfondo degli eventi rivoluzionari degli anni Trenta e Quaranta del XIX secolo, questo sistema di garanzie cantonali si rivelò non sufficientemente stabile. Con la **fondazione dello Stato federale nel 1848**, la Confederazione assunse quindi il ruolo di garante. 1

L'**art. 6 Cost. del 1848**, al cpv. 1, obbligava i Cantoni a richiedere la garanzia della Confederazione per le loro costituzioni. La Confederazione si assunse tale garanzia in base all'art. 6 cpv. 2 Cost. del 1848, a condizione che le costituzioni cantonali non contenessero nulla in contrasto con le disposizioni della Cost. federale (lett. a), assicurassero l'esercizio dei diritti politici secondo forme repubblicane (rappresentative o democratiche) (lett. b) e fossero state approvate dal popolo e potessero essere riviste qualora la maggioranza assoluta dei cittadini lo richiedesse (lett. c). A ispirare questa disposizione fu l'equivalente statunitense della garanzia federale contenuto nell'art. IV, Sezione 4 della Costituzione degli Stati Uniti. 2

Fin dalla sua nascita, la garanzia federale svizzera non ha subito **alcuna modifica sostanziale**. Anche l'aggiornamento della Cost. fed. non ha modificato questa situazione. A differenza della versione originaria, con la revisione totale del 1999 il contenuto dell'art. 6 Cost. fed. 1848 (e la disposizione omologa dell'art. 6 Cost. fed. 1874) è stato sintetizzato in due paragrafi, l'ordine dei requisiti è stato modificato e il presupposto che i Cantoni «dispongano» di una Costituzione è stata riformulata in un invito a «dotarsene». Si tratta però solo di un cambiamento formale. 3

## II. CLASSIFICAZIONE CONCETTUALE E SISTEMATICA

La garanzia delle costituzioni cantonali da parte della Confederazione rientra nelle cosiddette **garanzie federali,** ancorate nella quarta sezione della Cost. Se si interroga un'intelligenza artificiale o si digita il termine «garanzia federale» in un motore di ricerca, si fa regolarmente riferimento a garanzie finanziarie della Confederazione, come quelle recentemente utilizzate in occasione dell'acquisizione del CS. Con «garanzie federali», tuttavia, la 4

Costituzione non intende garanzie finanziarie. La Confederazione fornisce piuttosto una garanzia che si riferisce alla struttura statale federale e alla posizione giuridica dei Cantoni. Si intende la promessa di garantire il mantenimento dei valori essenziali che rendono la Confederazione uno Stato federale, senza che ciò comporti una riduzione della sovranità dei Cantoni. Una garanzia finanziaria, tuttavia, non rientra in questo ambito.

5 Le garanzie federali di cui agli articoli 51–53 Cost. sono in un certo senso espressione della mutua assistenza che caratterizza la Confederazione sin dalla sua fondazione. Oltre all'art. 51 Cost., le altre due garanzie federali riguardano la tutela dell'ordinamento costituzionale dei Cantoni (art. 52) e la garanzia dell'esistenza e del territorio dei Cantoni (art. 53 Cost.). Da un punto di vista sistematico, la garanzia delle costituzioni cantonali si trova nell'art. 51 Cost., la tutela dell'ordinamento costituzionale dei Cantoni nell'art. 52 Cost. e la garanzia dell'esistenza e del territorio nell'art. 53 Cost., nel capitolo dedicato al **rapporto tra Confederazione e Cantoni**.

6 Con la formulazione particolare «ogni Cantone si dota...; chaque canton se dote...; ogni cantone si dà...» l'art. 51 cpv. 1 Cost. ribadisce che l'emanazione e la revisione delle costituzioni cantonali rientrano nella **competenza esclusiva del rispettivo Cantone**.

7 I termini «garantire», «assicurare» e «assicurare» – e le loro sostantivazioni – sono qui utilizzati come sinonimi. A un esame più attento, la procedura assomiglia più a un'**approvazione** che a una garanzia. Il fatto che la Costituzione parli di «garanzia» è un retaggio storico. L'espressione sottolinea però al contempo la necessità di istituire un ruolo di garante che vada oltre una vigilanza puramente preventiva.

## III. FUNZIONE

8 L'art. 51 Cost. contiene fondamentalmente **tre requisiti principali**: obbliga i Cantoni a emanare Costituzioni scritte in senso formale, che devono soddisfare determinati requisiti ed essere sottoposte alla Confederazione per l'approvazione.

9 Per rispondere alla domanda sulla funzione della garanzia federale delle Costituzioni cantonali si possono adottare diverse prospettive. Dal **Saggio della Confederazione**, la procedura di garanzia intende assicurare, secondo la «teoria dell'omogeneità o della convergenza» tuttora prevalente, che le

strutture dei Cantoni presentino determinati parametri fondamentali comuni stabiliti a livello federale. Storicamente, questa funzione è dimostrata dal fatto che le garanzie cantonali delle Costituzioni cantonali sono state sostituite da un sistema federale unitario. Un sistema di questo tipo è opportuno solo se la Confederazione può individuare dei denominatori comuni. Si tratta però principalmente di stabilire pochi requisiti minimi, di concedere la massima libertà possibile nell'organizzazione dello Stato e di prevedere garanzie federali al servizio di tale libertà. Anche dal punto di vista del diritto comparato risulta che i requisiti minimi per le costituzioni degli Stati membri sono uno strumento consolidato per ottenere una certa uniformità strutturale. Mentre il criterio di valutazione, ovvero la compatibilità con il diritto federale, è lo stesso per tutti i Cantoni, ai Cantoni rimane ampia libertà nell'attuazione concreta di tali requisiti nelle loro costituzioni cantonali. Il risultato è un allineamento delle normative con una perdita di autonomia solo modesta, il che rappresenta un bell'esempio di compromesso federalista tipico del nostro Paese.

L'art. 51 cpv. 1 Cost. esprime, per così dire, la «costituzionalità» dei Cantoni in quanto Stati federati sovrani. Dal **punto di vista dei Cantoni**, la garanzia costituisce quindi, da un lato, un'adesione allo Stato federale. Il prezzo da pagare risiede nella tutela giuridica dei singoli ricorrenti, poiché le disposizioni delle costituzioni cantonali non possono più essere impugnate in base alla garanzia (cfr. a questo proposito N. 38 e segg.). D'altro canto, si tratta di una vera e propria garanzia federale, con la quale ai Cantoni viene attestata in particolare la compatibilità delle loro costituzioni cantonali con il diritto federale. La garanzia delle costituzioni cantonali e la conseguente verifica del diritto federale costituiscono così il fondamento dell'ordinamento costituzionale dei Cantoni. 10

# IV. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Requisiti delle costituzioni cantonali (art. 51 cpv. 1 Cost.)

### 1. Panoramica

L'art. 51 cpv. 1 Cost. contiene **due dei tre requisiti principali** per i Cantoni, ovvero che essi dispongano di Costituzioni cantonali scritte in senso formale e che queste soddisfino determinati requisiti di contenuto della Costituzione 11

federale. Il testo costituzionale è qui impreciso, poiché si limita a stabilire che ogni Cantone si doti di una costituzione democratica (art. 51 cpv. 1, prima frase, Cost.), che tale costituzione richieda l'approvazione del popolo e che possa essere modificata se la maggioranza degli aventi diritto di voto lo richiede (art. 51 cpv. 1, seconda frase, Cost.). Oltre alla natura democratica, all'approvazione del popolo e alla possibilità di revisione, le costituzioni cantonali devono anche essere compatibili con il diritto federale. Questo requisito deriva dall'interazione con l'art. 51 cpv. 2, seconda frase, Cost., secondo cui la Confederazione garantisce la costituzione cantonale se essa non è in contrasto con il diritto federale (terzo requisito principale). Altrettanto non esplicitamente menzionato – ma indiscusso – è il presupposto che si tratti di una costituzione scritta (cfr. N. 12).

## 2. Requisiti nel dettaglio

### a. Costituzione scritta in senso formale

12 È degno di nota il fatto che proprio la forma scritta non sia espressamente prescritta: ciononostante, si presuppone che i Cantoni debbano avere una costituzione scritta. La **forma scritta** deriva già dal fatto che i Cantoni sono tenuti a presentare alla Confederazione una richiesta di garanzia della loro Costituzione cantonale. Da un punto di vista storico ciò è ovvio; dal punto di vista del diritto comparato, invece, non è affatto una necessità: il Canada o il Regno Unito, ad esempio, riconoscono costituzioni non scritte delle loro regioni.

13 Si parte dal presupposto che si tratti di *un unico* atto costituzionale, dotato di una maggiore forza normativa e modificabile solo mediante una procedura qualificata. La natura costituzionale implica quindi che l'atto sia stato adottato con una procedura legislativa speciale, motivo per cui prevale sul resto del diritto cantonale. Il Tribunale federale parte dal presupposto che l'art. 51 Cost. presupponga «tacitamente» tale preminenza. Nella dottrina, tuttavia, questa premessa è messa in dubbio: la natura formale di una costituzione, infatti, potrebbe essere prevista solo dalla costituzione stessa e non imposta dal diritto federale. Spetterebbe ai Cantoni decidere cosa abbia **rango costituzionale**. Nei Cantoni che conoscono il referendum legislativo obbligatorio, la delimitazione sarà effettivamente più difficile. Infatti, se non vengono posti requisiti aggiuntivi alla procedura, dal punto di vista formale non sussiste alcuna superiorità della Costituzione cantonale rispetto al diritto

legislativo «ordinario». Martenet sottolinea per questo motivo l'importanza della garanzia della Confederazione, grazie alla quale la Costituzione cantonale occupa una posizione speciale consapevole. Poiché tutti i Cantoni prevedono di propria iniziativa una procedura qualificata per le loro Costituzioni, l'importanza pratica di questa questione è minima. La discussione al riguardo non è tuttavia priva di significato, poiché, a mio avviso, è solo attraverso la definizione dell'oggetto «Costituzione cantonale» ai sensi dell'art. 51 Cost. che una gerarchia normativa intracantonale, come quella conosciuta da tutti i Cantoni, diventa giuridicamente vincolante per la Confederazione. Senza questa disposizione, per la Confederazione sarebbe irrilevante se i Cantoni prevedessero una Costituzione e – sulla base di essa – una gerarchia normativa intracantonale. Anche da un punto di vista storico è chiaro che l'oggetto di esame di cui all'art. 51 Cost. è un atto scritto, difficilmente modificabile, al quale, indipendentemente dal suo contenuto, viene attribuita una posizione privilegiata nel Cantone di origine. Il fatto che i Cantoni abbiano attuato queste disposizioni anche senza un invito esplicito ne evidenzia l'ovvietà dal punto di vista cantonale.

14 Strettamente legata alla questione della qualità della costituzione cantonale è la questione dell'organo costituente: **l'organo costituente** è, a parte il caso dell'iniziativa popolare, da un lato il potere legislativo cantonale, che a seconda del cantone viene denominato «Consiglio cantonale» o «Gran Consiglio». Due cantoni (Appenzello Interno e Glarona) conoscono anche la cosiddetta Landsgemeinde. A causa dell'autonomia organizzativa, le strutture e le procedure politiche possono presentare notevoli differenze da un Cantone all'altro. Ciò che accomuna i Cantoni è il fatto che per l'elaborazione della Costituzione è necessaria l'approvazione dell'elettorato (cfr. a questo proposito N. 17 ss.), cosicché anche l'elettorato agisce in qualità di costituente. Nei preamboli si fa riferimento in tal senso anche agli aventi diritto di voto («il popolo»).

## b. Costituzione democratica

15 La costituzione cantonale da esaminare deve essere democratica. Una costituzione democratica deriva da due presupposti cumulativi: una costituzione cantonale è democratica, in primo luogo, se rispetta il **principio della separazione dei poteri**. Concretamente, i Cantoni devono quindi disporre di organi parlamentari, governativi e giudiziari che siano

indipendenti l'uno dall'altro dal punto di vista del personale e dell'organizzazione. È quindi escluso un regime monarchico assoluto o aristocratico. Per quanto riguarda l'assetto concreto, i Cantoni dispongono di un'ampia autonomia organizzativa – tuttavia, finora tutti i Cantoni hanno optato per un sistema collegiale. Anche una costituzione puramente rappresentativa sarebbe teoricamente ammissibile, sebbene oggi tutti i Cantoni ricorrano a strumenti di democrazia diretta.

16 Il **potere legislativo** (a seconda del Cantone, Consiglio cantonale/Gran Consiglio) deve, in secondo luogo, essere eletto nell'ambito di un'**elezione popolare diretta**. Nel caso della Landsgemeinde questo requisito è superfluo, poiché in tale sede gli aventi diritto di voto agiscono autonomamente o si rappresentano da soli. Per quanto riguarda il sistema elettorale del Consiglio cantonale/Gran Consiglio, i Cantoni sono liberi di scegliere. I Cantoni devono «semplicemente» garantire un'elezione generale, uguale, libera e segreta.

### c. Approvazione del popolo

17 La Costituzione cantonale richiede l'approvazione del popolo, come espressamente previsto dall'art. 51 cpv. 1, seconda frase, Cost. In tal modo i Cantoni sono tenuti a introdurre un **referendum costituzionale obbligatorio**.

18 È controverso se tale obbligo si riferisca sia a una **revisione totale che a una parziale**, ovvero alla revisione dell'intera Costituzione cantonale o solo a singole disposizioni. Da un punto di vista storico, il referendum costituzionale era richiesto solo per una revisione totale. Poiché tutti i Cantoni prevedono un referendum obbligatorio per le modifiche costituzionali, la discussione non ha rilevanza pratica. Si può tuttavia considerare un risultato federale il fatto che le revisioni parziali della Costituzione cantonale, per essere approvate, richiedano sempre il consenso del popolo.

19 La risposta alla domanda su chi sia il «popolo» ha sì dato adito a discussioni, ma oggi può essere chiaramente dimostrata storicamente: deve approvare la **maggioranza dei votanti validi, senza contare i voti bianchi**.

### d. Iniziativa costituzionale

Inoltre, il diritto federale prescrive che una revisione costituzionale debba essere possibile **in qualsiasi momento**, se la «maggioranza degli aventi diritto di voto lo richiede». In altre parole, i Cantoni devono introdurre un'iniziativa costituzionale. Dal termine «in qualsiasi momento» si deduce il divieto di stabilire periodi di blocco, ostacoli materiali autonomi e clausole di eternità. Questo divieto si estende sia alle revisioni totali che a quelle parziali. 20

L'iniziativa costituzionale può inoltre riguardare **qualsiasi contenuto costituzionale**. Una selezione dei contenuti non conformi alla Costituzione non è compatibile con la concezione svizzera dei diritti popolari. 21

### e. Compatibilità con il diritto federale

Il presupposto di garanzia più significativo dal punto di vista pratico è la compatibilità della Costituzione cantonale con il diritto federale. È considerato diritto federale anche l'intero diritto internazionale vincolante per la Svizzera. Oltre alle leggi e alle ordinanze federali e al diritto internazionale determinante per la Svizzera, ne fanno parte anche tutti i principi dello Stato di diritto, compresa la giurisprudenza della Corte suprema. Si tratta di un **ampio spettro** che spazia dai diritti fondamentali, agli obiettivi sociali e alle competenze, fino alle norme sui rapporti tra Confederazione e Cantoni. 22

Il campo di applicazione del diritto federale di cui all'art. 51 cpv. 2 Cost. ricorda le definizioni dell'art. 95 lett. a e lett. b LTF, che stabilisce i motivi di ricorso ammissibili «diritto federale» e «diritto internazionale» dinanzi al Tribunale federale. Anche se i campi di applicazione sono quasi identici, non bisogna lasciarsi indurre a confondere l'art. 95 LTF con i requisiti per la procedura di garanzia a causa della formulazione: le competenze del Tribunale federale sono molto più ampie, in quanto, oltre al diritto federale e internazionale, vengono esaminati anche i diritti costituzionali cantonali, le disposizioni relative al diritto di voto politico dei cittadini e alle elezioni e votazioni popolari, nonché il diritto intercantonale (art. 95 lett. a–e LTF). Tuttavia, dal confronto si può concludere che il termine «diritto federale» è inteso in senso più ampio dal punto di vista costituzionale rispetto a quanto consentito dall'interpretazione procedurale della LTF. Così, nella terminologia della garanzia federale (secondo il sistema monistico), il «diritto 23

federale» comprende anche il diritto internazionale applicabile, mentre ai sensi dell'art. 95 lett. b, dinanzi al Tribunale federale quest'ultimo costituisce un motivo di ricorso a sé stante, oltre al diritto federale. Tuttavia: il confronto con il procedimento di ricorso dinanzi al Tribunale federale irrita a prima vista, poiché le funzioni del procedimento di garanzia e di ricorso sono diverse. La garanzia delle costituzioni cantonali è una garanzia federale, mentre il procedimento di ricorso dinanzi al Tribunale federale serve principalmente alla tutela giuridica. Per quanto riguarda l'oggetto dell'esame, entrambi costituiscono una forma di **controllo astratto delle norme**, un processo di verifica in cui un atto normativo viene esaminato per verificarne la compatibilità con il diritto superiore (cfr. a questo proposito N. 30). Già solo per questo motivo si giustifica un confronto. Nonostante le diverse funzioni della procedura di garanzia e della procedura di ricorso, il parametro di riferimento «diritto federale» costituisce inoltre regolarmente un ulteriore argomento a favore dell'esclusione da parte del Tribunale federale di un controllo di conformità delle costituzioni cantonali (cfr. a questo proposito N. 38). Per questo motivo va sottolineato che i parametri di riferimento non sono gli stessi.

24 **Non** rientra nell'ambito della garanzia costituzionale la verifica della compatibilità della Costituzione cantonale **con il resto del diritto cantonale**. Ciò è in linea con il principio secondo cui anche il Tribunale federale – al di là dei diritti costituzionali, dei diritti politici e del diritto intercantonale – verifica «solo» il rispetto del diritto federale. In ciò si può ravvisare una certa coerenza, in quanto è chiaro che il rispetto della gerarchia normativa cantonale rimane una questione cantonale.

25 Affinché a una disposizione di una costituzione cantonale possa essere negata la garanzia, essa deve violare il diritto federale. Tuttavia, non sussiste una violazione del diritto federale già solo quando si riscontra una contraddizione con il diritto federale. La garanzia viene negata solo se la norma costituzionale cantonale **sfugge a qualsiasi interpretazione conforme al diritto federale**. Il meccanismo ricorda la prassi relativa all'invalidità delle iniziative popolari cantonali: la maggior parte dei Cantoni prescrive che le proprie iniziative costituzionali e legislative debbano essere compatibili con il diritto superiore (ciò risulta già dal diritto federale ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 Cost. e può essere fatto valere di conseguenza anche dinanzi al Tribunale federale). Secondo la giurisprudenza, tali iniziative costituzionali e legislative devono

essere dichiarate invalide solo se ad esse si attribuisce un significato che le fa apparire, con ragionevole certezza, come inammissibili. L'idea di fondo di questa giurisprudenza è il principio secondo cui, in caso di dubbio, le iniziative con testi ambigui devono essere sottoposte al voto degli aventi diritto di voto, purché, con un'interpretazione adeguata, appaiano compatibili con il diritto superiore (*in dubio pro populo*). Nel procedimento di garanzia, tuttavia, il significato di questo principio viene chiaramente relativizzato: quando una costituzione cantonale viene sottoposta all'Assemblea federale per la garanzia, essa (1) ha già attraversato un procedimento legislativo cantonale ed è stata (2) approvata dal popolo cantonale in un referendum obbligatorio. Si è quindi svolta una verifica preliminare (indipendentemente dalla sua concreta configurazione cantonale). Se dopo questa selezione emerge ancora una contraddizione con il diritto federale, a mio avviso la disposizione della costituzione cantonale non può essere garantita. Garantire una disposizione costituzionale cantonale anche quando non emerge alcuna variante interpretativa compatibile con il diritto federale viola l'art. 51 cpv. 2 Cost.

26 L'art. 51 cpv. 2 Cost. riferisce inoltre l'obbligo di compatibilità con il diritto federale solo alla Costituzione cantonale. Con la decisione di garanzia sussiste tuttavia l'aspettativa che anche il restante diritto cantonale subordinato sia in armonia con il diritto costituzionale. Poiché nella garanzia viene verificato solo il rispetto del diritto federale, ciò comporta, a mio avviso, solo che il restante diritto cantonale debba essere compatibile con il diritto federale. Si tratta, a sua volta, di un requisito che deriva già dall'art. 49 cpv. 1 Cost. («Il diritto federale prevale sul diritto cantonale in contrasto con esso»). L'art. 51 Cost. non rappresenta tuttavia solo un **caso di applicazione dell'art. 49 cpv. 1 Cost.**, ma lo integra con l'obbligo dell'Assemblea federale di non garantire la costituzione cantonale in caso di tale contraddizione. Dal punto di vista dogmatico, tuttavia, la mancata approvazione non modifica l'effetto: una disposizione di una costituzione cantonale che viola il diritto federale non produce alcun effetto fin dall'inizio (anche se la contrarietà al diritto federale si nota solo al momento della garanzia). Non si potrà quindi negare che oggi la garanzia abbia più un contenuto simbolico che una rilevanza pratica.

## B. Garanzia delle costituzioni cantonali (art. 51 cpv. 2 Cost.)

### 1. Procedura

27 Ogni Cantone è tenuto a sottoporre alla Confederazione ogni modifica della propria Costituzione cantonale – indipendentemente dal fatto che si tratti di una revisione totale o parziale. – In linea di principio si distinguono **due fasi**: l'adozione della Costituzione cantonale sotto forma di revisione totale o parziale secondo il diritto cantonale e la successiva garanzia delle disposizioni della Costituzione cantonale da parte della Confederazione.

28 Oggetto dell'esame può essere una **Costituzione cantonale appena adottata o già entrata in vigore**: spetta infatti ai Cantoni adottare le Costituzioni cantonali secondo il diritto cantonale e metterle in vigore già prima della garanzia. A ciò non osta nemmeno il diritto federale.

29 Ai fini della procedura non ha importanza se le disposizioni costituzionali da esaminare siano state appena approvate o siano già in vigore. Non vi sono **termini** entro i quali la richiesta debba essere presentata. Se tuttavia un Cantone rimane completamente inadempiente, il Consiglio federale, in qualità di organo di vigilanza, è tenuto a sollecitare i Cantoni a presentare la Costituzione revisionata.

30 L'organo di garanzia è l'**Assemblea federale** (art. 52 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 172 cpv. 2 Cost.), che effettua un controllo astratto delle norme. Oggetto del controllo, nell'ambito di tale controllo astratto delle norme, è la costituzione cantonale nel suo insieme (in caso di revisione totale) oppure una o più singole disposizioni della costituzione cantonale (in caso di revisione parziale).

31 La **procedura** si svolge concretamente come segue: il Cantone interessato presenta innanzitutto una richiesta al Consiglio federale, il quale prepara la procedura di garanzia all'attenzione dell'Assemblea federale. La richiesta viene messa in pendenza presso la Cancelleria federale. Dopo aver esaminato la Costituzione cantonale, il Consiglio federale formula una proposta con un messaggio all'Assemblea federale, in cui espone la propria valutazione (garanzia/mancata garanzia con le relative motivazioni). L'Assemblea federale non è vincolata a questa proposta, sebbene di norma la segua. L'entrata in materia è obbligatoria.

L'Assemblea federale effettua – come già il Consiglio federale – un puro **controllo giuridico**. Esamina solo il contenuto della costituzione cantonale, ma non il modo in cui è stata elaborata. In un'epoca in cui la giurisdizione del Tribunale federale funziona molto bene, la necessità di un controllo giuridico politico da parte dell'Assemblea federale può essere decisamente messa in dubbio. Se, in particolare, il dovere di fedeltà allo Stato federale ai sensi dell'art. 44 cpv. 2 Cost. viene utilizzato per includere considerazioni di ordine politico, ciò porta a una relativizzazione del controllo di legittimità. Tali difficoltà mettono in luce il problema concettuale dell'esercizio di un controllo astratto delle norme da parte di un organo politico: In un controllo di legittimità non dovrebbero trovare spazio considerazioni di opportunità politica, il che dimostra a sua volta che il Tribunale federale è più idoneo a svolgere tale controllo astratto delle norme. 32

L'Assemblea federale può rifiutare la garanzia in tutto o in parte (cioè solo per singole disposizioni costituzionali). Se il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati decidono in modo diverso, ha luogo una semplice conciliazione. Il secondo rigetto costituisce quindi una decisione di garanzia negativa. La decisione di garanzia viene infine emanata sotto forma di **semplice decreto federale** ai sensi dell'art. 141 cpv. 1 lett. c e dell'art. 163 cpv. 2 Cost. La decisione di garanzia non è quindi soggetta al referendum facoltativo, né può essere impugnata dinanzi al Tribunale federale. 33

## 2. Effetti giuridici della decisione di garanzia

Secondo la dottrina prevalente, la decisione di garanzia positiva ha **carattere dichiarativo**, motivo per cui le costituzioni cantonali possono entrare in vigore anche in via anticipata. Se la costituzione cantonale soddisfa tutti i requisiti e l'Assemblea federale emette una decisione di garanzia positiva, nulla ostacola più l'entrata in vigore della costituzione cantonale (se non è già stata messa in vigore). I Cantoni possono tuttavia prevedere che la concessione della garanzia da parte dell'Assemblea federale costituisca un presupposto per l'entrata in vigore, conferendo così alla decisione un effetto costitutivo. Dopo la concessione della garanzia, le Costituzioni cantonali vengono pubblicate, come unici atti legislativi cantonali, nella Raccolta sistematica della Confederazione. 34

In caso di **mancata approvazione, secondo l'opinione prevalente** la disposizione decade *ex tunc* **(dal momento della sua adozione)**. Nel caso di 35

una revisione appena approvata, ciò comporta che il referendum passato rimanga senza effetto. Anche in questo caso alla decisione dell'Assemblea federale viene attribuito effetto dichiarativo, poiché una disposizione nulla non ha mai potuto produrre effetti giuridici. Non si contesta tuttavia che una costituzione cantonale, approvata secondo la procedura prevista e entrata in vigore secondo il diritto cantonale, produca effetti giuridici, soprattutto se non è evidente che violi i presupposti di garanzia. Un atto di applicazione basato su tale disposizione dovrebbe essere revocato, il che non è compatibile con la teoria della nullità. Di fatto, la decisione di garanzia ha quindi effetto costitutivo.

36 Da un punto di vista dogmatico, sarebbe più corretto parlare in questo contesto di nullità *ex nunc*. Le disposizioni non garantite violano il diritto federale e dovrebbero essere abrogate o non applicate nell'ambito di un controllo di norma astratto o concreto. A tal fine, tuttavia, dovrebbe essere possibile esaminare una disposizione della Costituzione cantonale nell'ambito di un controllo di norma astratto e concreto. Un tale approccio non è però compatibile con l'attuale esclusione da parte del Tribunale federale del controllo di norma astratto e concreto delle disposizioni della Costituzione cantonale (cfr. a questo proposito N. 37). Applicare la teoria della nullità *ex tunc* presenta quindi il vantaggio che la base giuridica dell'atto di applicazione non è mai esistita, motivo per cui anche la decisione su di essa fondata è priva di fondamento giuridico. Un procedimento diventa superfluo. Nella pratica ci si limita a formulare che una determinata disposizione non è garantita – con cui in sostanza si constata la nullità. La problematica viene relativizzata dal fatto che i casi in cui le disposizioni costituzionali cantonali non sono state garantite sono molto rari.

## 3. Portata processuale della decisione di garanzia

37 La decisione di garanzia ha, come già osservato, implicazioni processuali: le costituzioni cantonali, sebbene siano chiaramente diritto cantonale e la legislazione pertinente di cui all'art. 82 cpv. 2 LTF non preveda alcuna eccezione, non possono essere oggetto di ricorso. Ne consegue che la costituzione cantonale (o singole disposizioni della stessa) non può essere annullata dal Tribunale federale, anche se viola il diritto federale. Il Tribunale federale si attiene a questa posizione dal 1891. L'esclusione viene motivata affermando che l'art. 172 cpv. 2 Cost., che attribuisce al Parlamento la

competenza per il controllo astratto delle norme, costituisce una *lex specialis* rispetto all'art. 189 Cost. A mio avviso, l'esclusione si può motivare direttamente dall'interazione tra le due norme: le costituzioni cantonali sono garantite dall'Assemblea federale, il che costituisce un atto dell'Assemblea federale, per cui un controllo di legittimità delle costituzioni cantonali da parte del Tribunale federale è da escludere (art. 172 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 189 cpv. 4 Cost.). Anche se si può discutere sull'esatta derivazione, la dottrina sembra aver accettato l'**esclusione del controllo di costituzionalità astratto**. Questa prassi può tuttavia essere messa in discussione in linea di principio: come già accennato in N. 23, le possibilità di controllo di costituzionalità astratto del Tribunale federale e dell'Assemblea federale differiscono notevolmente. Non è quindi affatto scontato che l'art. 172 cpv. 2 Cost. costituisca una disciplina speciale. Più ovvia è la via dell'art. 189 cpv. 4 Cost., secondo cui, in virtù della decisione di garanzia, il controllo sulla costituzione cantonale in quanto atto dell'Assemblea federale non è impugnabile dinanzi al Tribunale federale. Ma anche in questo caso si potrebbe obiettare che la costituzione cantonale in sé non è un atto dell'Assemblea federale. Dal punto di vista dogmatico, l'esclusione si fonda quindi su una base meno solida di quanto suggerisca la lunga prassi storica. Se si conduce il discorso al di là della questione della separazione dei poteri, non rimane molto spazio argomentativo a favore dell'esclusione. A mio avviso, appare quindi coerente la soluzione di trattare le costituzioni cantonali come qualsiasi altro diritto cantonale e di ammettere il controllo astratto delle norme.

Per rispetto della procedura di garanzia dell'Assemblea federale e della conseguente verifica della conformità al diritto federale, il Tribunale federale si astiene, nella prassi costante, dal controllare in via accessoria le costituzioni cantonali in un controllo concreto delle norme. Questa **esclusione del controllo accessorio** da parte del Tribunale federale è criticata in modo quasi unanime nella dottrina, poiché un tale approccio non è né coperto dalle basi legali né giustificato dal punto di vista funzionale. Il Tribunale federale ha sì espresso dubbi sulla propria prassi, ma ha anche invocato un suo ampliamento. Il dibattito scientifico può essere integrato osservando che, con la stessa argomentazione, si potrebbe rinunciare all'esame accessorio della costituzionalità di tutto il diritto federale: non fa forse regolarmente parte del processo legislativo il fatto che il Consiglio federale emani un messaggio in cui verifica la compatibilità e l'Assemblea federale discuta su questa base? Da un 38

punto di vista puramente fattuale, questo processo potrebbe anche essere considerato come un esame preliminare, con la conseguenza che il Tribunale federale, a causa della pre-occupazione, non dovrebbe più esaminare nulla in questa sede. L'esame accessorio delle ordinanze federali è tuttavia essenziale nella pratica. Anche le leggi federali vengono esaminate dal Tribunale federale per verificarne la costituzionalità, sebbene si applichi sempre il principio di applicazione dell'art. 190 Cost. Esagerando un po', si può quindi porre la domanda se, di conseguenza, il fatto che esista una procedura di garanzia possa portare a impedire al Tribunale federale di adempiere a uno dei suoi compiti fondamentali. A mio avviso, l'art. 51 Cost. non offre una base sufficiente per una tale moderazione. È infatti illusorio credere che l'Assemblea federale o il Consiglio federale possano verificare in modo esaustivo e completo la compatibilità della Costituzione cantonale con l'intero diritto federale ai sensi dell'art. 51 cpv. 2 Cost. La portata del diritto federale da esaminare è, nella prospettiva odierna, talmente ampia che si impone quasi una nuova verifica.

39 Dal 1985 il Tribunale federale effettua comunque, in via eccezionale, un controllo concreto delle norme quando il diritto federale in questione – indipendentemente dal livello a cui si colloca – è entrato in vigore solo dopo la procedura di garanzia. Questa **eccezione** vale anche per i principi costituzionali superiori, non scritti e in continua evoluzione. L'argomento alla base è convincente: non è opportuno esercitare moderazione quando l'Assemblea federale non ha avuto alcuna possibilità di verificare la compatibilità con una determinata norma. Il diritto entrato in vigore successivamente non dovrebbe quindi essere incluso nell'effetto della decisione di garanzia. L'evoluzione dei principi costituzionali potrebbe costituire un'occasione per «precisare» nel suo complesso la prassi tradizionale in materia di controllo concreto delle norme.

*L'autrice*

La dott.ssa Renata Trajkova è docente di diritto pubblico e amministrativo presso l'Università di Scienze Applicate di Zurigo (School of Management and Law) e svolge attività di ricerca presso l'Istituto per la Regolamentazione e la Concorrenza in diversi progetti di ricerca su questioni di diritto urbanistico, edilizio e ambientale. È copresidente del gruppo di esperti in diritto urbanistico e sta redigendo una tesi di abilitazione in materia di diritto

urbanistico presso l'Università di San Gallo. È inoltre avvocato indipendente e docente incaricata presso l'Università di Zurigo.

## LETTURE CONSIGLIATE

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff.

Cereghetti Remo, Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss., Winterthur 1956.

Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 2009, S. 1 ff.

Forster Peter, Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien, BV-CF 2000, S. 131 ff.

Hotz Reinhold, Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung kantonaler Verfassungen, ZBl 1982, S. 193 ff.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, VRdCH, S. 473 ff.

Kälin Walter, Überprüfung kantonaler Verfassungsbestimmungen durch das Bundesgericht, recht 1986, S. 131 ff.

Kölz Alfred, Die Zulässigkeit von Sperrfristen für kantonale Volksinitiativen, Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 51 BV, ZBl 2001, S. 169 ff.

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf, Basel 1999.

Sidler Lisbeth, Gewährleistung von Kantonsverfassungen, in: Schindler Benjamin (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, S. 281 ff.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie: Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Die Schwyzer Kantonsverfassung, das Bundesgericht und die Bundesversammlung – Ein Lehrstück, in: Berner Festgabe zum Juristentag 2014, Bern 2014, S. 405 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.)

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff. (zit. Les constitutions cantonales)

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Staatsrecht der Kantone)

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 51 BV und Vorb. zu Art. 51–53, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).

Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 95 BV, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Grégory Bovey/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. C-LTF).

Burgess Michael/Tarr Alan, Sub-national constitutions in federal systems, Ottawa 2021.

Egli Patricia/Ruch Alexander, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Eichenberger Kurt, Über Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung, ZBl 1990, S. 1 ff. (zit. Totalrevision)

Eichenberger Kurt, Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassungen, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 155 ff. (zit. Hauptfunktionen)

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Mohr 1923.

Gut Werner, Die Gewährleistung der Kantonsverfassung durch den Bund, Diss., Zürich 1928.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Kölz Alfred, Bundestreue als Verfassungsprinzip?, ZBl 1980, S. 145 ff.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Pedretti Ramona, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBl 2017, S. 299 ff.

Reich Johannes, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2014.

Schaub Barbara, Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil. Zürich, Bern 2018.

Stöckli Andreas, Kommentierung zu 172 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss., Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 52 Cost.

Un commentario di Renata Trajkova

CITAZIONE SUGGERITA

Renata Trajkova, Commentario all'art. 52 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Trajkova, art. 52 Cost. N. XXX.

**Art. 52 Ordine costituzionale**

[1] La Confederazione tutela l'ordine costituzionale dei Cantoni.

[2] La Confederazione interviene se l'ordine interno di un Cantone è turbato o minacciato e il Cantone interessato non è in grado di provvedervi da sé o con l'aiuto di altri Cantoni.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 715
II. Commento in senso stretto ..... 717
A. Obbligo di tutela della Confederazione (art. 52 cpv. 1 Cost.) ..... 717
B. Obbligo di intervento (art. 52 cpv. 2 Cost.) ..... 720
Letture consigliate ..... 724
Bibliografia ..... 725

## I. GENESI

L'art. 52 Cost., come già l'art. 51 Cost., risale alla **fondazione dello Stato federale**. Dal punto di vista sistematico, non solo è affiancato dall'art. 51 Cost., ma è anche collegato ad esso dal punto di vista contenutistico. L'art. 52 cpv. 1 Cost. definisce l'obbligo della Confederazione di garantire la tutela dell'ordinamento costituzionale dei Cantoni. L'art. 52 cpv. 2 disciplina la misura più significativa per l'adempimento di tale obbligo di garanzia: l'intervento federale. 1

L'art. 52 Cost. è il **risultato dell'ultima revisione totale della Cost. federale** (la cosiddetta «adeguamento»): in precedenza, i suoi contenuti erano disciplinati dall'art. 5 Cost. del 1848 e del 1874 (garanzia del territorio e della sovranità dei Cantoni) e dall'art. 16 Cost. del 1848 e del 1874 (intervento federale). In occasione dell'aggiornamento, queste disposizioni sono state in gran parte riunite, abbreviate e in parte trasferite ad altre norme (cfr. a questo proposito N. 3, nonché N. 8 segg.). 2

**Art. 5 Cost. del 1848 e del 1874**, oggi sancito dall'art. 52 cpv. 1 Cost., nella sua versione originaria comprendeva la garanzia da parte della Confederazione del territorio, della sovranità e dell'ordinamento costituzionale dei Cantoni e garantiva inoltre la libertà e i diritti del popolo nonché i diritti costituzionali dei «cittadini». La disposizione precedente andava quindi oltre la norma odierna: la garanzia di tutela giurisdizionale da parte della Confederazione a tutela dei diritti fondamentali sanciti nelle Costituzioni cantonali è stata trasferita all'art. 189 cpv. 1 lett. d e f Cost. Secondo l'attuale formulazione dell'art. 52 cpv. 1 Cost., la tutela individuale dei diritti fondamentali non rientra in linea di principio più in questa garanzia federale. La garanzia del territorio e dell'esistenza, menzionata anche nella versione originaria, si trova oggi nell'art. 53 Cost. La «sovranità» citata non è più menzionata separatamente, al di là della disposizione generale dell'art. 3 Cost. L'art. 52 cpv. 1 Cost. comprende quindi solo la tutela dell'ordine costituzionale. 3

L'art. 52 cpv. 2 Cost. disciplina invece l'intervento federale, che era precedentemente sancito nell'**art. 16 cpv. 1–4 Cost. del 1848 e del 1874**. Con l'intervento federale, la Confederazione doveva ripristinare la sicurezza e l'ordine interni in un Cantone, qualora il Cantone interessato non fosse o non fosse più in grado di farlo. L'art. 16 Cost. del 1848 e del 1874 distingueva 4

ancora tra (1) i presupposti e (2) le modalità dell'intervento federale. Nell'idea del costituente dell'epoca, in caso di gravi turbative della sicurezza interna i governi cantonali avrebbero chiesto aiuto in primo luogo al Consiglio federale e poi ad altri Cantoni, qualora la Confederazione non fosse stata in grado di intervenire. Inoltre, era previsto l'intervento dell'autorità federale competente – che può variare a seconda del caso (cfr. a questo proposito le misure di cui al N. 13) – in caso di minaccia e non solo in caso di turbativa della sicurezza della Svizzera (art. 16 cpv. 2 Cost. 1848 e 1874). Sotto il titolo delle «misure necessarie» si distingueva tra interventi federali non armati e armati (art. 16 cpv. 1 Cost. 1848 e 1874). Dopo la seconda guerra mondiale si affermò la convinzione che gli interventi dell'esercito sul territorio nazionale dovessero essere evitati e che si dovesse invece ricorrere ai mezzi di polizia civili dei Cantoni. Un intervento federale doveva costituire l'eccezione assoluta. Questo principio dell'*ultima ratio* caratterizza ancora oggi l'intervento federale. La nuova formulazione dell'art. 52 Cost. del 1999 rinuncia a tutte queste differenziazioni rispetto alle versioni (identiche tra loro) del 1848 e del 1874. È rimasto il principio di sussidiarietà.

5 In questo contesto, l'intervento federale non ha oggi più **alcun significato pratico**. L'ultimo intervento federale risale al 1932, gli altri nove hanno avuto luogo nel XIX secolo. La maggior parte degli interventi si è verificata nel Cantone Ticino, sebbene si trattasse di operazioni ben diverse tra loro, ad esempio relative al conflitto decennale tra liberali e conservatori nel Cantone o alla difesa da pericoli esterni. L'ultimo intervento federale fu quello del 9 novembre 1932 nel Cantone di Ginevra, in cui la scuola di reclute di Losanna fu incaricata di contenere lo scontro tra socialisti radicali ed estremisti di destra.

6 Il fatto che vi siano pochi esempi di applicazione degli interventi federali non significa però che la garanzia federale di cui all'art. 52 Cost. debba essere messa in discussione in quanto tale: a causa della legittimità storica e dell'effetto preventivo come segnale di allarme di diritto federale, questa norma è **indispensabile**. Non si può tuttavia negare che la garanzia della tutela dell'ordine costituzionale sia oggi soprattutto un compito del Tribunale federale. Attraverso la sua giurisprudenza, il Tribunale federale, in qualità di corte suprema e di ultima istanza, riesce a contribuire in modo più sottile al mantenimento dell'ordine costituzionale dei Cantoni. Si pensi, ad esempio, al ricorso in materia di diritto di voto ai sensi dell'art. 82 lett. c LTF, in cui il

Tribunale federale può esaminare liberamente il diritto costituzionale, legale e regolamentare cantonale, purché questo sia strettamente connesso al diritto di voto e di elezione.

## II. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Obbligo di tutela della Confederazione (art. 52 cpv. 1 Cost.)

La garanzia federale impone alla Confederazione (cfr. in merito alla competenza N. 19) di proteggere lo Stato di diritto cantonale da gravi perturbazioni che minacciano di verificarsi nell'immediato, quali disordini o crisi costituzionali. Con la norma sull'ordine costituzionale, la **Confederazione è investita del ruolo di garante** «del rispetto da parte di tutti degli elementi significativi della sovranità cantonale: l'ordine costituzionale e i diritti e le libertà del popolo cantonale». 7

Il **concetto di «ordine costituzionale»** è interpretato in modo diverso nella dottrina. Esso si riferisce fondamentalmente al diritto costituzionale cantonale nel suo insieme. L'ordine costituzionale rimanda ai fondamenti della Confederazione Svizzera ed è quindi una condizione costituzionale dello Stato federale svizzero. In combinato disposto con l'art. 51 Cost., ciò può quindi riferirsi solo a ciò che è stato garantito dalla Confederazione. Dall'interazione tra l'art. 51 Cost. e l'art. 52 Cost. risulta tuttavia che anche l'autonomia cantonale in quanto tale è tutelata. Insieme all'art. 47 Cost., secondo cui la Confederazione tutela l'autonomia dei Cantoni, l'art. 51 Cost. e l'art. 52 Cost. garantiscono quindi anche l'autonomia cantonale. 8

Dalla funzione della disposizione come garanzia federale ne consegue che il punto di riferimento della garanzia è l'ordine costituzionale dei Cantoni. Non è quindi garantito l'ordine costituzionale della Confederazione, bensì quello dei Cantoni, alla cui tutela e al cui mantenimento la Confederazione si impegna. Allo stesso tempo, la storia e le precedenti versioni della Cost. dimostrano che dietro la formulazione «ordine costituzionale» si cela più di quanto lasci supporre l'attuale testo. Per la comprensione dell'ordine costituzionale è infatti determinante la formulazione precedente: secondo l'art. 5 Cost. del 1848 e del 1874 erano tutelati «la sovranità e l'ordine costituzionale dei Cantoni». L'attuale formulazione dell'art. 52 Cost. parla solo di ordine costituzionale, mentre la sovranità non compare più nel testo vigente di questa disposizione. Non è tuttavia documentato che vi fosse 9

l'intenzione di discostarsi dal contenuto dell'ordine costituzionale, così come era ancora descritto come «sovranità e ordine costituzionale dei Cantoni». Non è esplicitato, ma fa tuttora parte dell'art. 52 Cost. il fatto che la sovranità di un Cantone appartenga al suo ordine costituzionale. In altre parole, non vi sono indicazioni che la suddivisione dell'art. 5 Cost. del 1848 e del 1874 in più disposizioni autonome dovesse comportare un'interpretazione più restrittiva dell'ordine costituzionale. Il concetto di «sovranità» ai sensi dell'art. 3 Cost. («I Cantoni sono sovrani, nella misura in cui la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale») è a sua volta soggetto a interpretazione. Si intende ciò che costituisce il Cantone come «Stato» costituzionale. Ciò comprende, tra l'altro, anche l'autonomia cantonale in tutte le sue sfaccettature. Questi aspetti storici depongono quindi a favore di un'interpretazione estensiva dell'ordine costituzionale (per la delimitazione rispetto alla vigilanza federale di cui all'art. 49 cpv. 2 Cost., cfr. N. 16). L'ordine costituzionale dei Cantoni comprende tutte le norme che fanno parte dell'ordinamento costituzionale dei Cantoni (e quindi in particolare l'autonomia cantonale).

10 Nella letteratura si trova l'affermazione secondo cui l'obbligo della Confederazione ai sensi dell'art. 52 cpv. 1 Cost. sussiste indipendentemente dal fatto che sussista un caso di turbativa o di minaccia ai sensi dell'art. 52 cpv. 2 Cost. È tuttavia difficile immaginare casi in cui non sussista contemporaneamente una turbativa o una minaccia all'ordine costituzionale. In pratica, l'obbligo di protezione si applica quindi soprattutto in caso di **perturbazioni o minacce,** poiché solo allora sussiste un'esigenza di protezione: si tratta in primo luogo di tutelare lo Stato di diritto cantonale da attacchi illegittimi da parte di altri Cantoni, ma anche da movimenti insurrezionali e da interventi della Confederazione stessa (qualora le perturbazioni o le minacce provengano da autorità federali). Tra questi rientrano in particolare l'usurpazione di potere, i disordini, le azioni di sabotaggio, le guerre civili regionali o i tentativi di colpo di Stato. I disturbi o le minacce all'ordine costituzionale si presentano in modi diversi: i problemi intracantonali possono manifestarsi sotto forma di problemi di separazione dei poteri (ad esempio quando l'esecutivo ignora sistematicamente il legislativo) fino alla totale inattività (ad esempio quando un'autorità si rifiuta di indire un referendum nonostante ne abbia l'obbligo). L'ordine costituzionale di un Cantone può essere compromesso anche quando gli organi cantonali non sono più in grado di funzionare, ad esempio perché il governo

democraticamente eletto non può più esercitare le sue funzioni. Ciò che accomuna queste situazioni è il fatto che si tratta di casi in cui le forze di sicurezza cantonali sono sovraccariche. La Confederazione è tenuta a garantire che i conflitti politici nei Cantoni e le relazioni tra i Cantoni si svolgano entro i limiti del quadro costituzionale. In questo modo contribuisce a evitare che i conflitti cantonali possano arrivare al punto di destabilizzare la stessa Confederazione.

A tal fine **non è necessario che l'ordine pubblico sia compromesso in tutto il Cantone**; è sufficiente che una situazione del genere si verifichi in qualsiasi punto del territorio cantonale. È difficile tracciare la linea di demarcazione rispetto allo stato di emergenza, non contemplato dall'art. 52 Cost., che coinvolge più Cantoni e consente l'applicazione del diritto d'eccezione. Ciò è dovuto non da ultimo al fatto che lo stato di emergenza o il diritto d'eccezione non sono espressamente disciplinati, ma si deducono implicitamente dagli art. 165, 184 e 185 Cost. L'art. 52 Cost. trova applicazione, per come è concepito, ogni volta che sono coinvolti solo uno o al massimo due Cantoni. Se invece il conflitto diventa un problema a livello nazionale, si dovrebbe procedere sulla base del diritto di urgenza previsto dalla Costituzione. 11

L'art. 52 cpv. 1 Cost. – a differenza del cpv. 2 – non si pronuncia affatto sulla questione di **quando la Confederazione debba agire**. In virtù della loro ampia autonomia organizzativa, i Cantoni sono in linea di principio responsabili di garantire la tutela del proprio ordinamento costituzionale cantonale. Di conseguenza, gli obblighi di tutela derivanti dall'art. 52 Cost. rappresentano solo imposizioni federali sussidiarie con scarso effetto pratico. Se un Cantone non è in grado di scongiurare autonomamente il pericolo o la lesione imminenti, entra in gioco l'obbligo di tutela di cui all'art. 52 cpv. 1 Cost. e si applica il diritto di intervento della Confederazione di cui all'art. 52 cpv. 2 Cost. 12

Le **misure** con cui la Confederazione può adempiere al proprio obbligo di garanzia sono molteplici e non sono elencate nell'art. 52 Cost. (sul rapporto con l'intervento federale cfr. N. 15 e sulla delimitazione rispetto alla vigilanza federale cfr. N. 16). Un'opzione importante è la via giudiziaria, che rimane aperta anche in caso di disordini e crisi costituzionali. Contro gli atti di sovranità dei tribunali cantonali di ultima istanza è possibile presentare ricorso in materia di diritto pubblico (o, a seconda dei casi, ricorso 13

costituzionale sussidiario) al Tribunale federale. I privati possono denunciare la violazione dei diritti costituzionali e del principio della separazione dei poteri. Come misura ai sensi dell'art. 52 Cost., questo passo è tuttavia idoneo solo in misura limitata, poiché il Tribunale federale può adottare solo una prospettiva caso per caso. Tuttavia, nell'ambito del controllo astratto delle norme, il Tribunale federale può applicare una prospettiva più ampia rispetto all'esame di singoli atti. Un'ulteriore relativizzazione del ricorso giurisdizionale deriva dal fatto che l'ordinamento giuridico federale non prevede un procedimento contenzioso per le controversie tra organi all'interno di un cantone, che sono regolarmente alla base dei casi di applicazione dell'art. 52 Cost. Il ricorso delle autorità federali può essere attribuito alla vigilanza federale (cfr. a questo proposito N. 16). Nella scelta delle misure volte ad adempiere all'obbligo di garanzia, occorre rispettare i principi generali dello Stato di diritto.

14 I Cantoni devono in linea di principio provvedere a che l'ordine costituzionale sia mantenuto, se necessario con mezzi di polizia. Se i mezzi cantonali falliscono o si rivelano sin dall'inizio insufficienti, occorre richiedere l'aiuto degli altri Cantoni. Se anche questi non bastano, il Cantone può chiedere alla Confederazione di mobilitare **le truppe per il servizio d'ordine**. In questo caso, spetta sempre alla Confederazione decidere in merito alla mobilitazione e alla conduzione. Il servizio d'ordine ha tuttavia una scarsa rilevanza pratica. L'impiego dell'esercito avviene oggi sotto forma di servizio d'assistenza, come è stato recentemente utilizzato durante la pandemia di Covid-19. Il ruolo dell'esercito è limitato al fatto di assistere le autorità civili su loro richiesta. La mobilitazione e l'assegnazione ai Cantoni sono di competenza della Confederazione.

## B. Obbligo di intervento (art. 52 cpv. 2 Cost.)

15 L'art. 52 cpv. 2 dedica un paragrafo specifico all'intervento della Confederazione. In esso si manifesta un caso di applicazione storicamente importante delle misure di garanzia. Con «intervento della Confederazione» (o anche «intervento federale»; «Intervention de la Confédération»; «Intervento della Confederazione») si intende l'**intervento della Confederazione in caso di turbativa o di minaccia immediata dell'ordine pubblico** in un Cantone. L'intervento della Confederazione ha lo scopo di ripristinare l'ordine pubblico turbato in un Cantone. Il rapporto con le altre misure volte

all'adempimento dell'obbligo di garanzia è talvolta poco chiaro e non viene nemmeno espressamente affrontato. Mentre alcune misure ai sensi dell'art. 52 cpv. 1 Cost. possono avere carattere preventivo (ad es. servizio di assistenza dell'esercito o ricorso al Tribunale federale), l'intervento federale, a causa dei suoi requisiti aggiuntivi (N. 17), ha in linea di principio un carattere repressivo. Ciò non esclude tuttavia che, nell'ambito di un intervento federale, possano essere disposte contemporaneamente anche altre misure (più lievi).

16 È inoltre discutibile la delimitazione rispetto alla vigilanza federale di cui all'art. 49 cpv. 2 Cost. Secondo l'art. 49 cpv. 2 Cost., la Confederazione vigila sul rispetto del diritto federale da parte dei Cantoni. Per Schweizer/Müller, la vigilanza federale costituisce uno strumento della Confederazione per adempiere alla garanzia federale ai sensi dell'art. 52 Cost. Biaggini distingue invece tra l'agire nell'ambito della vigilanza federale e l'esecuzione federale ai sensi dell'art. 49 Cost., anche se ammette che i campi di applicazione possono sovrapporsi. A differenza dell'**esecuzione federale**, che si dedica all'applicazione del diritto federale, l'intervento federale mira a proteggere le autorità fedeli alla Confederazione ma sovraccariche di lavoro. Mentre le misure di intervento federale hanno in linea di principio un effetto a favore di un Cantone, l'esecuzione federale comporta invece l'intervento della Confederazione nell'ambito della sua vigilanza su un Cantone. I confini possono essere fluidi.

17 L'intervento federale è subordinato a due presupposti cumulativi: in primo luogo, deve sussistere un **disturbo o una minaccia, imminente o già verificatisi, all'ordine costituzionale dei Cantoni**. La perturbazione deve essere intesa in senso qualificato; sono compresi eventi difficilmente controllabili (tentativi di colpo di Stato, rivolte o addirittura gravi minacce alle infrastrutture critiche) che possono destabilizzare il Cantone come istituzione (cfr. N. 10).

18 In secondo luogo, deve essere rispettata la **sussidiarietà**; un intervento federale è ipotizzabile solo se il Cantone interessato non è in grado di eliminare il disturbo da solo o con l'aiuto di altri Cantoni. L'aiuto di altri Cantoni può significare ricorrere alle forze di polizia di altri Cantoni tramite concordati o l'IKAPOL. I Cantoni devono fare tutto il possibile per evitare un disturbo e per ripristinare l'ordine pubblico in caso di disturbo. Alla Confederazione spetta solo una responsabilità sussidiaria di ultima istanza.

19 L'intervento federale può essere disposto sia dall'Assemblea federale che dal Consiglio federale (art. 173 cpv. 1 lett. b Cost. e art. 185 cpv. 2 Cost.). La **competenza** del Consiglio federale è rilevante soprattutto al di fuori delle sessioni parlamentari e in caso di urgenza. La decisione di intervento viene presa d'ufficio o su richiesta di un Cantone.

20 Sono molte le misure di intervento che possono essere prese in considerazione – tali possibilità sono limitate in particolare dal principio di proporzionalità. Le autorità competenti dispongono di un margine di discrezionalità. Ciò ha implicazioni di vasta portata: nella letteratura – per quanto risulta – non è stato affrontato il tema se un intervento federale autorizzi anche a **aggirare l'ordinamento costituzionale delle competenze**. In altre parole, la Confederazione può fare di più perché soddisfa i presupposti di un intervento federale? A favore di questa tesi depone certamente il fatto che proprio il presupposto di un intervento federale è quello di intervenire in ambiti di autonomia dei Cantoni. Un governo cantonale che non funziona più (ad esempio in caso di inattività o di dimissioni di tutti i membri senza successione) è, in linea di principio, una questione cantonale. Se in un caso del genere la Confederazione interviene, dal punto di vista formale viola l'ordinamento costituzionale delle competenze. Questa problematica è tuttavia relativizzata dal fatto che l'intervento federale, nel senso più ampio del termine, avviene a favore del Cantone interessato ed è vincolato a presupposti che rispettano l'ordinamento delle competenze e consigliano un approccio prudente. Il Cantone ha quindi interesse a che la Confederazione intervenga. In teoria, tuttavia, la scelta e l'attuazione delle misure di intervento restano soggette ad abusi.

21 Come misure di intervento si propongono in primo luogo l'**invio di un commissario o di una commissaria** o un intervento dell'esercito. Il mandato rimane lo stesso, ovvero ripristinare l'ordine nel Cantone. Questa persona inviata rappresenta il Consiglio federale sul posto e può emanare tutte le disposizioni che si rivelano necessarie in base alle circostanze. Questa disposizione le concede un margine di discrezionalità quasi illimitato. La flessibilità va a scapito della verificabilità: senza direttive chiare, non è possibile controllare la legittimità dell'operato.

22 In caso di **impiego dell'esercito su ordine della Confederazione** nell'ambito di un intervento federale, occorre tenere conto delle competenze

specifiche esistenti in questo ambito: per la mobilitazione delle truppe è competente in primo luogo l'Assemblea federale ai sensi dell'art. 173 cpv. 1 lett. d Cost. In casi urgenti, la Costituzione federale attribuisce questa competenza al Consiglio federale (art. 185 cpv. 4 frase 1 Cost.). Se vengono mobilitati più di 4'000 militari o se si profila che l'impiego durerà più di tre settimane, il Consiglio federale deve convocare l'Assemblea federale e lasciarle decidere (art. 185 cpv. 4, seconda frase, Cost.).

L'Assemblea federale decide in merito al trasferimento dei **costi** dell'intervento federale effettuato. A differenza dell'art. 43 del progetto di 1996 e delle sue versioni precedenti, il cpv. 2 rinuncia a una regolamentazione esplicita della copertura dei costi. Nel dibattito parlamentare, la regolamentazione della copertura dei costi è stata giudicata incostituzionale. 23

Mentre la Confederazione deve intervenire in presenza dei presupposti, non è chiaro a partire da quando la Confederazione possa intervenire (**diritto di intervento vs. obbligo di intervento**). I principi di proporzionalità possono eventualmente deporre anche a favore di un potere di intervento anticipato. Uno sguardo alla versione precedente dell'art. 52 cpv. 2 Cost. (art. 16 Cost. 1848 e 1874) mostra tuttavia che la norma deve rispettare anche il sistema di ripartizione delle competenze, motivo per cui un intervento prematuro potrebbe non essere compatibile con il primato cantonale. Con la revisione costituzionale del 1999, il Costituente ha notevolmente semplificato l'articolo sull'intervento rispetto alla versione precedente, motivo per cui ora sono in linea di principio possibili misure preventive. Ai sensi dell'art. 44 cpv. 1 Cost. (collaborazione tra Confederazione e Cantoni), che comprende in particolare il principio dell'esercizio moderato delle competenze, la Confederazione non interverrà tuttavia prima di aver chiarito con i Cantoni la situazione e le possibilità di intervento. Alla luce delle ampie possibilità, si dovrebbe fare uso del diritto di intervento solo con moderazione. 24

È controverso anche **contro chi** possa essere diretto un intervento federale. Per realizzare il carattere protettivo dell'art. 52 cpv. 2 Cost., non dovrebbe applicarsi qui una prassi restrittiva. Dovrebbero essere incluse anche persone che, indipendentemente dalla loro funzione, mettono in pericolo l'ordine costituzionale (ad esempio gruppi terroristici o ex titolari di cariche pubbliche). D'altra parte, dovrebbe essere chiaro che anche in caso di intervento federale la tutela dei diritti fondamentali rimane garantita. In caso di atti materiali illegali o di decisioni errate adottate nell'ambito di interventi 25

federali, eventuali richieste di risarcimento danni devono essere trattate ai sensi degli art. 135 segg. della legge sulle forze armate e, in via sussidiaria, ai sensi della legge sulla responsabilità.

*L'autrice*

La dott.ssa Renata Trajkova è docente di diritto pubblico e amministrativo presso l'Università di Scienze Applicate di Zurigo (School of Management and Law) e svolge attività di ricerca presso l'Istituto per la regolamentazione e la concorrenza in diversi progetti di ricerca su questioni di diritto urbanistico, edilizio e ambientale. È copresidente del gruppo di esperti in diritto urbanistico e sta redigendo una tesi di abilitazione in materia di diritto urbanistico presso l'Università di San Gallo. È inoltre avvocato indipendente e docente incaricata presso l'Università di Zurigo.

## LETTURE CONSIGLIATE

Bernard Frédéric, État de droit et situations extraordinaires, in: Diggelmann Oliver et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 979 ff.

Eichenberger Kurt, Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, ZBl 1977,
S. 433 ff.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 30, S. 473 ff.

Lienhard Andreas/Häsler Philipp, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008,
S. 95 ff.

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Diss. Basel, Egg 2009.

Ruch Alexander, Äussere und innere Sicherheit, VRdCH, S. 889 ff.

Trajkova Renata, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv51, Version 08.06.2026.

Vez Jean-Luc, Le pouvoir de disposer des moyens stratégiques dans la défense générale, Diss., Freiburg 1985.

Zeller René, Ruhe und Ordnung in der Schweiz, Diss., Zürich 1990.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.).

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar,2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 52 BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft VE 1996).

Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).

Macheret Augustin, Kommentierung zu Art. 16 aBV, in: Aubert Jean-François et. al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Loseblatt, Basel et. al. 1987–1996 (zit. Komm. aBV).

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Diss. Basel, Egg 2009.

Rechsteiner David, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss., St. Gallen 2016.

Ruch Alexander, § 56 Äussere und innere Sicherheit, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 889 ff.

Schweizer Rainer/Müller Reto Patrick, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et. al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 55 Cost.

Un commentario di Simon Mazidi

CITAZIONE SUGGERITA

Simon Mazidi, Commentario all'art. 55 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Mazidi, art. 55 Cost. N. XXX.

**Art. 55 Participation des cantons aux décisions de politique extérieure**

[1] Les cantons sont associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels.

[2] La Confédération informe les cantons en temps utile et de manière détaillée et elle les consulte.

[3] L'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées. Dans ces cas, les cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales.

# STRUTTURA

I. Storia dell'origine ..... 729
II. Contesto ..... 730
A. Importanza ..... 730
B. Scopo ..... 732
C. Barriera ..... 733
D. Attuazione ..... 733
E. Protezione giuridica ..... 734
F. Integrazione europea ..... 736
III. Diritti specifici di partecipazione dei Cantoni alle decisioni di politica estera ..... 738
A. Principio di partecipazione (cpv. 1) ..... 738
1. Destinatari e titolari dei diritti di partecipazione ..... 738
2. Decisioni di politica estera ..... 739
3. Incidenza sulle competenze o sugli interessi essenziali ..... 740
4. Preparazione delle decisioni ..... 741
B. Forme di partecipazione (cpv. 2) ..... 743
1. Diritto all'informazione ..... 743
2. Consultazione dei Cantoni ..... 744
C. Diritti speciali di partecipazione (cpv. 3) ..... 746
1. Diritto di considerazione qualificato ..... 746
2. Diritto di partecipazione ai negoziati ..... 748
Letture consigliate ..... 749
Bibliografia ..... 750
I materiali ..... 755

## I. STORIA DELL'ORIGINE

L'accelerazione del processo di integrazione europea e, in particolare, i negoziati per l'adesione della Svizzera allo Spazio economico europeo (SEE) hanno messo chiaramente in evidenza quanto le competenze dei Cantoni possano essere influenzate dai trattati internazionali. Nell'ambito dei negoziati sullo SEE, il coinvolgimento dei Cantoni è stato quindi rafforzato utilizzando il comitato di contatto federale-cantonale allora esistente a fini di coordinamento. Tuttavia, la stretta interdipendenza ha reso evidente la necessità di una maggiore istituzionalizzazione del coinvolgimento dei Cantoni. Di conseguenza, ai Cantoni sarebbero stati concessi diritti di informazione e partecipazione ai sensi del diritto costituzionale al momento dell'adesione e per quanto riguarda l'attuazione e l'ulteriore sviluppo del diritto SEE. In questo modo, l'informazione e la consultazione a breve termine e un maggiore coinvolgimento dei Cantoni nella politica europea della Confederazione sarebbero stati garantiti dal diritto costituzionale. Tuttavia, nel suo messaggio sull'adesione allo SEE, il Consiglio federale aveva già affermato che il coinvolgimento dei Cantoni era comunque ovvio. Di conseguenza, ha ritenuto "opportuna, per motivi politici e non giuridici [...], una disposizione costituzionale sui diritti di consultazione dei Cantoni". 1

Dopo il fallimento dell'adesione allo SEE alle urne, il Consiglio federale e i governi cantonali hanno concordato di continuare la cooperazione secondo la disposizione costituzionale proposta all'epoca nel decreto federale sullo SEE del 9 ottobre 1992. Il Consiglio federale ha poi deciso di esaminare la creazione di una base giuridica per la partecipazione dei Cantoni alla politica estera. Nel farlo, ha seguito la proposta della Conferenza dei Governi cantonali (KdK), che era stata costituita nel frattempo e ha suggerito di istituire un gruppo di lavoro con una rappresentanza paritaria della Confederazione e dei Cantoni a questo scopo. Con l'aiuto dell'Istituto per il Federalismo dell'Università di Friburgo, il gruppo di lavoro congiunto sulla partecipazione cantonale ha quindi elaborato un progetto di legge federale sulla partecipazione cantonale alla politica estera. Su richiesta della KdK, lo spirito del progetto è stato applicato provvisoriamente a partire dall'autunno 1996, quindi prima della sua entrata in vigore. L'Assemblea federale ha approvato la legge federale solo nel 1999, dopo ampie discussioni. Al centro del dibattito parlamentare c'era la dubbia necessità della legge federale. Sulla 2

base del detto di Montesquieu secondo cui "[...] les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires [...]", si sosteneva che la cooperazione funzionava già bene nella pratica sulla base della legge esistente e che il nuovo articolo costituzionale conteneva già tutti i punti importanti sulla partecipazione. Nella votazione finale del 22 dicembre 1999, tuttavia, sia il Consiglio nazionale che il Consiglio degli Stati si sono espressi chiaramente a favore del progetto di legge. La Legge federale sulla partecipazione dei Cantoni alla politica estera (LFPC) è entrata in vigore il 1° luglio 2000.

3 Nell'ambito della revisione totale della Costituzione federale, i diritti di partecipazione dei Cantoni erano stati inizialmente introdotti come variante della disposizione generale sulla competenza in materia di affari esteri. La variante proposta corrispondeva in larga misura alla disposizione costituzionale contenuta nel Decreto federale sullo SEE del 9 ottobre 1992. Nel progetto di Costituzione del 1996, i diritti di partecipazione dei Cantoni sono stati trasferiti in una disposizione costituzionale indipendente. Trattandosi di una prassi esistente che doveva essere sancita nella Costituzione, la proposta nella sua forma non rappresentava un'innovazione di politica legale. I dibattiti parlamentari hanno mostrato un alto livello di approvazione per il progetto del Consiglio federale. L'unica modifica sostanziale è stata la cancellazione dell'art. 50 cpv. 3 VE (1996), secondo il quale i Cantoni devono attuare gli obblighi internazionali della Svizzera che rientrano nella loro area di competenza. L'eliminazione è stata giustificata dal fatto che il dovere generale dei Cantoni di attuare il diritto federale, che comprende anche il diritto internazionale, era già sancito altrove e in linea di principio nel progetto di Costituzione.

## II. CONTESTO

### A. Importanza

4 L'ampia competenza della Confederazione in materia di affari esteri è oggi indiscussa, poiché è sancita dal diritto positivo nell'art. 54 cpv. 1 Cost. Nei primi anni dello Stato federale, tuttavia, questo settore era ancora oggetto di una disputa ampiamente irrisolta sulle competenze. La Confederazione seguiva il principio di "unità dei membri della Confederazione all'esterno, indipendenza degli stessi all'interno", motivo per cui concluse numerosi accordi in settori che erano di competenza dei Cantoni all'interno. Tuttavia, i

singoli cantoni non erano disposti ad accettare una competenza federale così ampia: "I cantoni periferici di Ticino, Basilea e Ginevra, in particolare, fecero ripetutamente pressione contro la punta federale". La resistenza dei singoli cantoni fu chiaramente dimostrata dal trattato del 1864 tra la Svizzera e la Francia, in cui la Confederazione disattese l'ordine costituzionale delle competenze applicabili alle relazioni interne, concedendo la libertà di stabilimento a tutti i cittadini francesi senza distinzioni e includendo disposizioni per proteggere la proprietà intellettuale degli artisti francesi. In seguito, sia il governo del Cantone di Basilea Campagna ha presentato un reclamo, sia una petizione del Cantone di Ginevra ha denunciato una violazione del sistema di competenze costituzionalmente garantito. Ciò ha messo in discussione l'applicabilità dei trattati internazionali in questione. Questi sforzi di nullificazione, attraverso i quali i Cantoni, ad esempio, hanno criticato l'incostituzionalità dei trattati internazionali, sono stati l'effettivo innesco del primato del diritto internazionale così come si trova oggi nell'art. 190 della Cost.

A seguito della notevole espansione dei poteri legislativi a livello federale nel corso del XX secolo, l'asimmetria tra poteri di elaborazione dei trattati e poteri legislativi si è indebolita. I trattati internazionali hanno inciso sempre più spesso su aree direttamente collegate alle competenze federali. Ad eccezione del diritto processuale civile e penale, che sono stati armonizzati solo nel nuovo millennio, vi erano ancora riferimenti sostanziali alle competenze cantonali nei settori della (doppia) tassazione, della cultura, dell'istruzione e del perseguimento penale. La tensione federale è tornata a farsi sentire solo nel corso dell'aumento qualitativo e quantitativo dell'importanza del diritto internazionale. L'attenzione si è concentrata sulla crescente integrazione europea, che ha avuto un impatto su numerose aree di competenza cantonali. Come spiegato all'inizio (cfr. n. 1 e segg.), ciò ha portato all'istituzionalizzazione e alla costituzionalizzazione dei diritti di partecipazione cantonali, oggi sanciti dall'art. 55 Cost. e dalla LFPC. 5

Il contesto storico-costituzionale dimostra che la genesi dell'art. 55 Cost. è strettamente legata allo sviluppo di una competenza federale completa per la conclusione di trattati internazionali. Dimostra inoltre che l'importanza dei diritti di partecipazione risiede in una parziale compensazione della competenza globale della Confederazione in materia di affari esteri. Infatti, l'accentramento del potere estero attualmente sancito dall'art. 54 cpv. 1 Cost. 6

e la relativa competenza globale a concludere trattati consentono alla Confederazione di andare oltre ciò che le è costituzionalmente concesso in materia interna attraverso i suoi poteri legislativi. Da un punto di vista federalista, c'è il rischio che la distribuzione interna delle competenze venga gradualmente compromessa dalle deviazioni dei trattati internazionali. Per questo motivo, la Confederazione ha sempre esercitato una moderazione federalista quando i trattati internazionali influiscono sulle competenze dei Cantoni. Oggi, l'art. 54 cpv. 3 Cost. la obbliga espressamente a esercitare questa cortesia federale. L'art. 55 Cost. fornisce poi gli strumenti con cui realizzare concretamente il dovere di considerazione della Confederazione di cui all'art. 54 cpv. 3 Cost. In questo modo, gli strumenti previsti dall'art. 55 Cost. e dalla LFPC fungono da organizzazione concreta di un contrappeso federale al potere globale di concludere trattati.

## B. Scopo

7 Lo scopo dei diritti di partecipazione cantonali è definito espressamente - ma non esaustivamente - nell'art. 2 LFPC. La partecipazione è volta a garantire che gli interessi cantonali siano presi in considerazione nella preparazione e nell'attuazione delle decisioni di politica estera della Confederazione (lett. a). In questo modo si intende garantire che gli interessi cantonali siano inclusi in una fase iniziale nei progetti di politica estera della Confederazione che sono importanti per i Cantoni.

8 La partecipazione dovrebbe inoltre contribuire a garantire che le competenze dei Cantoni siano salvaguardate il più possibile in occasione della conclusione, della modifica o dell'estinzione di trattati internazionali (lett. b). In questo modo si vuole evitare o almeno ridurre al minimo il rischio che i Cantoni perdano la loro competenza a causa della crescente interdipendenza internazionale.

9 Oltre a salvaguardare efficacemente gli interessi e le responsabilità cantonali, le strutture di partecipazione dovrebbero anche garantire un migliore sostegno interno alla politica estera della Confederazione (lett. c). Uno stretto coordinamento con i Cantoni nella preparazione delle decisioni è opportuno, anche perché essi sono generalmente responsabili dell'attuazione dei trattati internazionali con disposizioni legislative.

## C. Barriera

La soluzione scelta nell'art. 55 Cost. per il coinvolgimento dei Cantoni nella politica estera della Confederazione non può compensare completamente la competenza globale della Confederazione in materia di affari esteri. La compensazione esiste solo nella misura in cui ai Cantoni vengono riconosciuti i diritti costituzionali di partecipazione alla politica estera della Confederazione. L'art. 1 cpv. 3 LFPC stabilisce quindi come limite che la partecipazione non deve compromettere la capacità della Confederazione di agire in politica estera. In linea di principio, ciò deriva già dalla ripartizione costituzionale delle competenze in materia di affari esteri. Tuttavia, menzionando questa restrizione, la LFPC definisce espressamente il quadro di ciò che è giuridicamente ammissibile. 10

I Cantoni non hanno il diritto di impartire istruzioni né di codecidere su decisioni di politica estera che riguardano le loro competenze o i loro interessi essenziali. La Confederazione può quindi "[...] se necessario, prendere anche decisioni che non corrispondono alle idee dei Cantoni". La funzione dell'art. 55 Cost. è quindi limitata alla creazione di strutture di partecipazione nella preparazione delle decisioni di politica estera. In definitiva, ciò esprime una concezione cooperativa del federalismo che si basa meno su una rigida delimitazione delle competenze e più sulla cooperazione in uno spirito di partenariato. 11

## D. Attuazione

Con la promulgazione della LFPC, i principi costituzionali di partecipazione proposti nel corso dei negoziati sullo SEE, che sono poi confluiti nell'art. 55 Cost. Tuttavia, l'attuazione a livello legislativo difficilmente va oltre le garanzie costituzionali di partecipazione dell'art. 55 Cost. Di conseguenza, le disposizioni di legge hanno uno scarso contenuto normativo indipendente. Alcune concretizzazioni dell'art. 55 Cost. possono essere viste nel fatto che il sostegno politico interno della politica estera della Confederazione è elencato come scopo aggiuntivo (art. 2 lett. c LFPC) e che la Confederazione ha l'obbligo di motivare se si discosta dai pareri dei Cantoni nell'ambito della ponderazione speciale ai sensi dell'art. 55 cpv. 3 Cost. Altre differenze sono che l'LFPC stabilisce espressamente che la capacità della Confederazione di agire in materia di politica estera costituisce un ostacolo alla partecipazione 12

dei Cantoni (art. 1 cpv. 3 LFPC) e che è previsto un obbligo reciproco di informazione (art. 3 cpv. 1 LFPC).

13 L'accordo tra la Confederazione e i Cantoni sull'attuazione, l'applicazione e lo sviluppo dell'acquis di Schengen/Dublino fornisce un esempio più concreto di questo aspetto nella pratica (cfr. n. 17). In una valutazione generale, tuttavia, va notato che le formulazioni aperte e vaghe dei diritti di partecipazione nell'art. 55 Cost. e nella LFPC difficilmente consentono di ricavare specifiche concrete per l'organizzazione normativa dei diritti di partecipazione. Sia l'art. 55 Cost. che la sua attuale concretizzazione nella LFPC stabiliscono solo forme di partecipazione debolmente formalizzate. Questa apertura consente di organizzare in modo flessibile il grado di coinvolgimento dei Cantoni in relazione alla specifica decisione di politica estera e di effettuare rapidi aggiustamenti in caso di cambiamento della situazione di politica estera. Tuttavia, l'apertura va a scapito di una struttura differenziata che potrebbe regolare in modo più sostanziale la portata e i tempi dell'informazione, il coinvolgimento precoce nell'esplorazione e un termine sufficiente per la presentazione e l'effetto vincolante dei pareri. La misura in cui la partecipazione alla preparazione delle decisioni è sufficiente per tutelare efficacemente gli interessi cantonali dipende quindi principalmente dall'organizzazione specifica della cooperazione nella pratica.

## E. Protezione giuridica

14 L'art. 55 Cost. non è un mandato al legislatore per l'emanazione di disposizioni di attuazione. Nonostante la loro formulazione aperta, i diritti costituzionali di partecipazione sotto forma di informazione e consultazione costituiscono rivendicazioni giuridiche giustiziabili, motivo per cui possono essere contestati anche senza un'attuazione legislativa. Le controversie relative ai diritti di partecipazione cantonali (portata, contenuto o modalità) rientrano nella procedura di azione ai sensi dell'art. 120 LTF. Ciò significa che è possibile ricorrere direttamente al Tribunale federale ai sensi dell'art. 189 cpv. 2 Cost.

15 Tuttavia, ciò non garantisce una protezione giuridica efficace per l'applicazione dei diritti di partecipazione cantonali:

- In primo luogo, la procedura di reclamo è notevolmente limitata dall'art. 190 Cost. Nella misura in cui la decisione di politica estera contestata è

diventata vincolante per il diritto internazionale, essa è soggetta al primato del diritto internazionale. Anche se è incostituzionale, il Tribunale federale è obbligato ad applicare il diritto internazionale. In questo caso, l'art. 190 Cost. soddisfa ancora il suo scopo federale originario (cfr. n. 4).

- In secondo luogo, la procedura d'azione è ampiamente compromessa se una decisione di politica estera non è ancora vincolante ai sensi del diritto internazionale o si basa su un'altra forma di azione di politica estera. È vero che la priorità di applicazione dell'art. 190 Cost. non si applica, per cui la procedura d'azione è aperta in linea di principio. Tuttavia, è discutibile se la durata del procedimento legale offra una protezione giuridica efficace in considerazione della natura autonoma della politica estera. Le decisioni in politica estera richiedono spesso - almeno al di fuori della procedura ordinaria di conclusione dei trattati - un rapido processo di formazione delle opinioni interne. Anche l'adozione di misure cautelari spesso fallisce, perché le decisioni di politica estera in genere non consentono alcun ritardo giuridico o fattuale.
- In terzo luogo, sarà sempre difficile valutare in modo definitivo se la portata, il contenuto o le modalità dei diritti di partecipazione cantonali sono stati violati nella pratica a causa dei termini giuridici indefiniti utilizzati nell'art. 55 Cost. Ciò è stato dimostrato nel cosiddetto caso Libia: la crisi diplomatica è stata innescata dall'arresto di Hannibal Gheddafi, figlio dell'allora leader rivoluzionario libico, e di sua moglie da parte della polizia di Ginevra. Di conseguenza, due cittadini svizzeri sono stati trattenuti in Libia per mesi. Nell'ambito degli sforzi per ottenere il rilascio dell'ultimo cittadino svizzero detenuto in Libia, il 20 agosto 2009 l'allora Presidente della Confederazione elvetica ha firmato un accordo con la Libia a nome della Confederazione elvetica che, tra le altre cose, prevedeva che le circostanze dell'arresto a Ginevra fossero esaminate da un tribunale internazionale di arbitrato. Mentre la KdK riteneva che i diritti costituzionali di partecipazione del Cantone di Ginevra interessato fossero stati violati dall'azione unilaterale dell'allora Presidente della Confederazione svizzera, il Comitato di controllo del Consiglio degli Stati ha lasciato aperta la questione facendo riferimento a due pareri legali che giungevano alla conclusione opposta.

De lege ferenda, il modo più probabile per rafforzare la protezione legale sarebbe quello di introdurre una procedura di presentazione e di revisione 16

preliminare davanti al Tribunale federale. Nel frattempo, sembra più ovvio che le controversie tra la Confederazione e i Cantoni in materia di diritti di partecipazione debbano essere risolte attraverso negoziati e mediazioni selettive, anche se ciò non garantisce in alcun modo il rispetto dei diritti di partecipazione in futuro.

## F. Integrazione europea

17 Per quanto riguarda l'Accordo di associazione a Schengen e l'Accordo di associazione a Dublino, la Confederazione e i Cantoni hanno stabilito i diritti di partecipazione in un accordo quadro. L'accordo concretizza i principi di partecipazione dell'art. 55 Cost. e dell'LFPC per quanto riguarda l'attuazione e l'adozione di ulteriori sviluppi dell'acquis di Schengen/Dublino. Da un lato, questo passo si è reso necessario per la natura particolare degli accordi: gli accordi richiedono un'adozione dinamica degli ulteriori sviluppi, motivo per cui concedono anche alla Svizzera la possibilità di avere voce in capitolo (decision shaping) nell'elaborazione di nuovi atti giuridici da parte dell'Unione europea. D'altra parte, la cooperazione Schengen incide principalmente sulle competenze cantonali, come la sovranità giudiziaria e di polizia. Ciò ha reso necessario organizzare la cooperazione e le procedure tra la Confederazione e i Cantoni in questo settore in modo efficiente e trasparente. Ad esempio, l'accordo quadro regola la trasmissione immediata delle informazioni, il coordinamento interno dei pareri, la partecipazione dei Cantoni ai comitati misti e ai gruppi di lavoro dell'UE, nonché la risoluzione dei conflitti in caso di controversie derivanti dall'accordo quadro.

18 Gli sforzi per rendere trasparente e coordinata la cooperazione generale nella politica europea hanno portato all'accordo sul dialogo europeo nel 2012. Questo accordo regola il dialogo politico tra la Confederazione e i Cantoni sulle questioni europee e istituisce un organo politico permanente di riferimento per lo scambio di informazioni. L'accordo può contribuire a un migliore coordinamento strategico a livello politico, ma non rafforza i diritti specifici di partecipazione previsti dall'art. 55 Cost. per quanto riguarda le decisioni specifiche di politica estera.

19 Se l'accordo quadro istituzionale con l'UE fosse stato concluso, il Consiglio federale avrebbe richiesto l'adozione di due mozioni con lo stesso testo. Queste chiedevano la creazione di una base giuridica che garantisse la partecipazione dei Cantoni all'adozione dinamica del diritto dell'UE. In

seguito alla decisione del Consiglio federale di non firmare l'accordo quadro istituzionale, un postulato chiedeva al Consiglio federale di continuare a esaminare le opzioni generali per una partecipazione vincolante dei Cantoni alle decisioni di politica estera. Tuttavia, in riferimento agli articoli 54 e 55 della Cost. il Consiglio federale ha chiesto di respingere il postulato; il Consiglio degli Stati ha seguito questa richiesta.

I vari accordi e le iniziative politiche dimostrano che le relazioni con l'UE 20
rappresentano una sfida costante per la tutela dei diritti di partecipazione dei Cantoni. Le competenze e gli interessi cantonali sono permanentemente e fortemente influenzati; la cooperazione e il coordinamento devono avvenire sotto una forte pressione di adattamento in termini di contenuti e tempistica, il che è particolarmente evidente nel caso dell'adozione dinamica. Sulla base dell'art. 55 Cost. e della LFPC, questa sfida può essere affrontata concretizzando la cooperazione e le procedure. Tale concretizzazione - come nel caso di Schengen/Dublino con l'accordo quadro - consente un coordinamento stretto, trasparente e rapido tra la Confederazione e i Cantoni. Soprattutto in relazione all'UE, tuttavia, ci si chiede se i diritti di partecipazione previsti dalla Costituzione e dalla LFPC consentano di salvaguardare efficacemente le responsabilità e gli interessi dei Cantoni. I Cantoni devono essere effettivamente e legalmente autorizzati a introdurre efficacemente le loro preoccupazioni nel processo decisionale di politica estera. Se la divisione delle competenze cantonali rischia di essere limitata dalla crescente integrazione istituzionale e sovranazionale, l'equilibrio federalista deve essere ripristinato adattando dinamicamente i meccanismi e le strutture di partecipazione stabiliti. Tale adeguamento richiederebbe, ad esempio, un maggiore coinvolgimento dei Cantoni in termini di competenze e personale o la creazione di nuove forme di partecipazione. Se la semplice partecipazione alla preparazione delle decisioni non è più sufficiente a salvaguardare efficacemente gli interessi, un adeguamento del quadro giuridico non è escluso, anzi è necessario. Richieste come la creazione di una nuova base giuridica o una partecipazione più vincolante dei Cantoni, che sono state sollevate durante e dopo il fallimento dell'accordo quadro istituzionale, potrebbero quindi tornare ad essere importanti in futuro.

# III. DIRITTI SPECIFICI DI PARTECIPAZIONE DEI CANTONI ALLE DECISIONI DI POLITICA ESTERA

## A. Principio di partecipazione (cpv. 1)

21 L'art. 55 cpv. 1 Cost. sancisce il principio costituzionale secondo cui i Cantoni possono partecipare alla preparazione delle decisioni di politica estera nella misura in cui queste riguardano le loro competenze o toccano i loro interessi essenziali. Oltre al gruppo di destinatari e all'organo responsabile, il cpv. 1 definisce anche l'ambito materiale della partecipazione, specificando l'oggetto (le decisioni di politica estera) e le condizioni di partecipazione (se sono interessate le competenze o gli interessi essenziali). Infine, l'ambito temporale di applicazione della disposizione costituzionale è definito specificando che i Cantoni sono coinvolti nella preparazione delle decisioni.

### 1. Destinatari e titolari dei diritti di partecipazione

22 I destinatari dell'art. 55 Cost. sono gli organi federali che prendono decisioni di politica estera. In virtù della sua funzione generale di gestione della politica estera ai sensi dell'art. 184 Cost. il destinatario principale è il Consiglio federale. Il Consiglio federale e l'Amministrazione federale sotto la sua autorità sono pertanto tenuti a coinvolgere i Cantoni informandoli e consultandoli nella preparazione delle decisioni di politica estera che riguardano la competenza dei Cantoni o i loro interessi essenziali. Anche l'Assemblea federale è un destinatario della norma se prende una decisione di politica estera nel suo ambito di competenza. Ad esempio, l'Assemblea federale può adottare risoluzioni di principio e decisioni di pianificazione in materia di politica estera (art. 28 cpv. 2 e 3 LParl). In generale, va notato che i Cantoni sono spesso coinvolti prima dell'avvio della procedura parlamentare. Di conseguenza, di solito hanno la possibilità di esprimersi su una specifica questione di politica estera nella fase di preparazione di una decisione per il Consiglio federale. Biaggini sottolinea quindi che l'obbligo di essere consultati nella procedura parlamentare si aggiorna in particolare se ci sono più di piccole modifiche rispetto alle proposte iniziali del Consiglio federale.

23 I diritti di partecipazione sono di competenza dei singoli Cantoni. Il progetto di Costituzione del 1996 prevedeva ancora che la Confederazione informasse i Cantoni o le loro organizzazioni comuni in modo esaustivo e tempestivo e che ottenesse il loro parere. Tuttavia, l'Assemblea federale ha eliminato dal

progetto di Costituzione il riferimento alle organizzazioni comuni. Il motivo principale era che queste organizzazioni comuni - in primo luogo la KdK - non dovevano essere costituzionalizzate. Spetta piuttosto all'autonomia organizzativa dei Cantoni stabilire se e in quale forma sia opportuno il ricorso a strutture comuni per garantire un'efficace tutela degli interessi nella preparazione delle decisioni di politica estera.

## 2. Decisioni di politica estera

L'espressione "decisioni di politica estera" si riferisce alla partecipazione alla 24
politica estera della Confederazione. La politica estera rappresenta il nucleo degli affari esteri. Gli affari esteri comprendono tutte le attività transfrontaliere tra le autorità svizzere e i soggetti stranieri, internazionali o sovranazionali di diritto internazionale, nonché altri attori della comunità internazionale; la politica estera, invece, è definita in modo più ristretto. Si riferisce al perseguimento degli obiettivi e degli interessi politici della Svizzera. L'orientamento della politica estera è determinato in modo non esaustivo dagli obiettivi stabiliti dall'art. 54 cpv. 2 della Cost. Di conseguenza, la partecipazione dei Cantoni si estende solo al concetto più ristretto di politica estera ed è quindi limitata alle decisioni in relazione al perseguimento degli obiettivi e degli interessi di politica estera della Svizzera. Altri atti o forme di azione negli affari esteri, come il mantenimento dei contatti internazionali, gli affari consolari o le attività amministrative, non sono coperti.

Il termine "decisione" non è ulteriormente definito né nella Costituzione 25
federale né nella LFPC. Non esistono quindi requisiti specifici sulla sua natura materiale o formale. Waldmann precisa inoltre che il termine non deve essere inteso in senso tecnico. Oltre alla partecipazione alla preparazione e alla negoziazione di trattati internazionali, anche tutte le altre misure che mirano a raggiungere una decisione di politica estera sono soggette al diritto di partecipazione cantonale. Si tratta, ad esempio, dell'adozione di risoluzioni da parte di organizzazioni internazionali o dell'adozione di atti giuridici unilaterali. L'art. 55 della Cost. conferisce ai Cantoni il diritto costituzionale di partecipare al processo di formazione delle opinioni e al processo decisionale per tutte le decisioni di politica estera. Questo diritto deve quindi essere garantito anche al di fuori delle procedure tradizionali incentrate sui trattati internazionali. Ad esempio, la partecipazione ad altre forme di accordi

internazionali, come la soft law, è appropriata se vengono toccate le competenze o gli interessi essenziali dei Cantoni.

### 3. Incidenza sulle competenze o sugli interessi essenziali

26 I diritti di partecipazione ai sensi dell'art. 55 Cost. entrano in gioco se le decisioni di politica estera riguardano competenze cantonali o interessi cantonali essenziali. In caso contrario, i Cantoni non hanno diritto di partecipazione ai sensi dell'art. 55 Cost. Tuttavia, la Confederazione è libera di applicare i diritti di partecipazione di cui all'art. 55 Cost. in questi casi, se lo ritiene opportuno. L'art. 55 Cost. rappresenta una garanzia minima costituzionale, motivo per cui la Confederazione può estendere i diritti di partecipazione oltre l'art. 55 Cost.

27 Per quanto riguarda le competenze cantonali, l'art. 2 lett. b LFPC stabilisce che la partecipazione dei Cantoni deve contribuire a salvaguardare, per quanto possibile, le competenze dei Cantoni nella conclusione, modifica e risoluzione dei trattati internazionali. Questa formulazione dell'LFPC è troppo incentrata sui trattati, anche se i trattati internazionali possono essere il principale caso di applicazione. La garanzia di partecipazione si applica sempre se una decisione di politica estera può influire sulle competenze cantonali in termini di contenuto o impatto. La determinazione delle competenze cantonali si basa sull'art. 3 della Cost. Se la Costituzione non assegna espressamente un'area di competenza alla Confederazione, sono interessate le competenze legislative cantonali originarie. Inoltre, anche le competenze attribuite dalla legge federale, come l'esecuzione e la "politica estera minore" ai sensi dell'art. 56 Cost. La misura in cui una decisione di politica estera influisce sulle competenze cantonali non è sempre chiara fin dall'inizio. Se solo nel corso della preparazione della decisione risulta evidente che le competenze cantonali sono interessate, i Cantoni devono essere coinvolti senza indugio nel processo.

28 Il coinvolgimento nella preparazione della decisione non richiede che siano interessate le competenze cantonali. È sufficiente che una decisione di politica estera incida sugli interessi essenziali dei Cantoni. Questa costellazione si applica ai casi in cui una decisione di politica estera incide sulle competenze della Confederazione, ma allo stesso tempo sugli interessi essenziali dei Cantoni. In ogni caso, la partecipazione è giustificata se la decisione di politica estera può minare, danneggiare o compromettere la

posizione costituzionale dei Cantoni. Questo è il caso se lo status costituzionale dei Cantoni è compromesso o se le responsabilità organizzative, materiali e finanziarie essenziali dei Cantoni sono interferite. L'art. 1 cpv. 2 LFPC specifica inoltre, in modo esemplare, che gli interessi essenziali sono lesi se la decisione di politica estera influisce su importanti compiti di attuazione dei Cantoni.

Il concetto di interessi essenziali ha bisogno di essere concretizzato. A differenza del legame con le competenze cantonali, lascia spazio a considerazioni di opportunità. A questo proposito, il messaggio sulla LFPC afferma che la definizione lascia spazio alla partecipazione dei Cantoni in altri ambiti per loro essenziali, che devono essere individuati attraverso il dialogo e la cooperazione pratica tra Confederazione e Cantoni. Poiché in pratica spetta alla Confederazione decidere sulla rilevanza degli interessi cantonali, essa decide di fatto anche sulla loro inclusione nella preparazione delle decisioni. 29

## 4. Preparazione delle decisioni

Secondo la sua formulazione, l'art. 55 cpv. 1 Cost. si riferisce alla fase di preparazione delle decisioni di politica estera. Ciò include la preparazione e la definizione dei mandati negoziali, nonché la preparazione dei negoziati e i negoziati stessi. Tuttavia, la preparazione delle decisioni comprende anche tutti gli altri processi che precedono una decisione di politica estera. Pertanto, anche le decisioni strategiche di principio, i contatti informali e i colloqui esplorativi con partner stranieri sull'avvio dei negoziati rientrano nei diritti di partecipazione. La limitazione temporale dei diritti di partecipazione dei Cantoni alla preparazione delle decisioni è inoltre compatibile con lo scopo della legge, che richiede un coinvolgimento precoce per garantire l'effettiva tutela degli interessi (cfr. n. 40). Sturny fa derivare la restrizione temporale anche dalla formulazione dell'art. 4 cpv. 3 LFPC, secondo cui il Consiglio federale deve tenere conto dei pareri dei Cantoni. L'attenzione al Consiglio federale chiarisce che il Consiglio federale è l'effettivo destinatario dei diritti di partecipazione dei Cantoni e che i diritti di partecipazione dei Cantoni si estendono di conseguenza agli atti preparatori fino alla conclusione dei negoziati del trattato. A causa di questa limitazione temporale, l'autorizzazione nazionale, ad esempio, non fa parte della preparazione della decisione e quindi non rientra nel campo di applicazione dell'art. 55 Cost. La 30

partecipazione dei Cantoni al processo di approvazione nazionale si basa sui consueti diritti di partecipazione (cfr. n. 32).

31 La fase di preparazione della decisione può essere distinta in due modi. È preceduta dalla formazione di opinioni interne al Governo federale su questioni generali di politica estera, che non sono già orientate verso una decisione di politica estera. Allo stesso modo, i diritti di partecipazione dei Cantoni non costituiscono un potere di codecisione. Pertanto, non si applicano se la Confederazione prende una decisione nella fase decisionale come parte dei suoi poteri federali globali ai sensi dell'art. 54 della Cost. L'art. 55 Cost. non conferisce ai Cantoni un diritto di veto. Di conseguenza, l'art. 1 cpv. 3 LFPC stabilisce che la partecipazione dei Cantoni non deve pregiudicare la capacità della Confederazione di agire in materia di politica estera.

32 Nel caso di decisioni con implicazioni di politica estera, possono essere applicate diverse forme di partecipazione cantonale ai sensi del diritto costituzionale. Queste forme di partecipazione si completano a vicenda. Nel caso di atti giuridici interni, si applicano i consueti diritti di partecipazione previsti dall'art. 45 Cost. Questi garantiscono la partecipazione dei Cantoni alla legislazione e ad altri progetti federali. Ad esempio, la partecipazione dei Cantoni all'approvazione o alla promulgazione di una legge federale che attua un trattato internazionale è disciplinata dall'art. 45 Cost. L'art. 147 Cost. consente inoltre ai Cantoni di partecipare a importanti trattati internazionali nell'ambito della procedura di consultazione, anche se gli interessi dei Cantoni non sono toccati. La procedura di consultazione si svolge solitamente dopo la conclusione dei negoziati. In questo caso, i Cantoni hanno un'altra opportunità di commentare. Tuttavia, né l'art. 45 della Cost. né la procedura di consultazione prevedono una particolare ponderazione del parere dei Cantoni. Entrambe le forme di partecipazione cantonale sono pareri selettivi che non possono più essere utilizzati per influenzare l'esito dei negoziati o il contenuto del trattato. L'art. 55 Cost. integra queste forme di partecipazione selettiva concedendo ai Cantoni diritti di partecipazione anticipata - per tutta la durata del processo decisionale in materia di politica estera - nella misura in cui sono interessate le loro competenze o i loro interessi essenziali. Sia il tempo di coinvolgimento che i diritti speciali di partecipazione di cui al cpv. 3 consentono ai Cantoni di influenzare le decisioni di politica estera in un modo che va oltre le altre forme di partecipazione.

## B. Forme di partecipazione (cpv. 2)

Se una decisione di politica estera riguarda le competenze o gli interessi essenziali dei Cantoni, essi possono parteciparvi. I Cantoni hanno diritto alla partecipazione direttamente in base alla Costituzione. L'esercizio effettivo dei diritti di partecipazione è garantito in particolare dalle forme previste dall'art. 55 cpv. 2 Cost. La Confederazione è tenuta a informare i Cantoni in modo esaustivo e tempestivo e a ottenere il loro parere. Il contenuto può essere concretizzato in una legge federale (vedi LFPC) o in accordi comuni. 33

### 1. Diritto all'informazione

L'art. 3 cpv. 1 LFPC concretizza l'obbligo di informazione della Confederazione di cui all'art. 55 cpv. 2 Cost. La disposizione legale stabilisce che la base della cooperazione è l'informazione reciproca. L'art. 3 cpv. 2 LFPC stabilisce inoltre che la Confederazione informa i Cantoni in modo tempestivo e completo sui progetti di politica estera che riguardano le competenze dei Cantoni o che incidono sui loro interessi essenziali. Un'informazione tempestiva e completa è di importanza cruciale, poiché è l'unico modo per garantire una cooperazione efficace. 34

Il principio guida è sempre l'effettiva tutela degli interessi. In questo senso, per tempestività si intende che le informazioni vengono fornite con sufficiente anticipo affinché i Cantoni possano integrare efficacemente i loro interessi e le loro preoccupazioni nel processo decisionale. Le informazioni devono essere trasmesse direttamente e costantemente ai Cantoni. Dal punto di vista dell'effettiva tutela degli interessi, non è opportuno trattenere le informazioni fino a un certo momento per motivi strategici. Sebbene all'inizio dei diritti di partecipazione istituzionalizzati possa essersi verificata una certa diffidenza nei confronti della generosa divulgazione di informazioni, dopo molti anni di pratica consolidata questo non dovrebbe più costituire un ostacolo. Inoltre, l'art. 6 LFPC garantisce una sufficiente riservatezza delle informazioni. 35

Anche la definizione della portata delle informazioni è orientata all'effettiva tutela degli interessi. A questo proposito, l'art. 55 cpv. 2 Cost. stabilisce che la Confederazione deve fornire ai Cantoni informazioni complete. Ciò comprende, tra l'altro, lo scambio di dati rilevanti, analisi politiche e informazioni aggiornate sui negoziati in corso e sugli accordi internazionali. 36

Nella versione in lingua francese, in questo contesto viene utilizzata l'espressione "[...] de manière détaillée [...]", che esprime il fatto che l'informazione completa comprende anche i dettagli. Di conseguenza, l'ambito di applicazione deve includere tutte le informazioni, i documenti e i dati pertinenti che sono importanti per un'effettiva partecipazione e per la salvaguardia degli interessi.

37 Per integrare efficacemente gli interessi dei Cantoni nel processo decisionale, non è necessaria solo la quantità di informazioni necessarie, ma anche la capacità di valutare ed elaborare le informazioni. La Confederazione non dovrebbe sovraccaricare i Cantoni di troppe informazioni. Tuttavia, spetta ai Cantoni creare (congiuntamente) i canali e gli organi appropriati per garantire una partecipazione effettiva sulla base delle informazioni ricevute. In questo contesto, i diritti di partecipazione possono essere intesi non solo come una conseguenza della centralizzazione della politica estera, ma anche come un riflesso della spinta verso la centralizzazione dal livello parlamentare a quello esecutivo. Questo perché la KdK è responsabile dei progetti di politica estera. Le informazioni e le consultazioni vengono solitamente convogliate attraverso di essa. La KdK assicura anche l'informazione e il coordinamento tra i governi cantonali e le conferenze dei direttori. Inoltre, i responsabili dell'informazione dei Cantoni presso la Divisione Europa della Segreteria di Stato del DFAE e presso la Missione svizzera presso l'UE assicurano il flusso quotidiano di informazioni. In pratica, queste interfacce sono importanti per un coordinamento tempestivo e stretto e per un indispensabile flusso reciproco di informazioni tra la Confederazione e i Cantoni e tra i Cantoni.

## 2. Consultazione dei Cantoni

38 Ai sensi dell'art. 55 cpv. 2 Cost. la Confederazione è tenuta a chiedere il parere dei Cantoni se le decisioni di politica estera riguardano le loro competenze o interessi essenziali. Se i Cantoni sono interessati ai sensi del cpv. 1, la Confederazione deve ottenere il parere dei Cantoni attraverso consultazioni di propria iniziativa. Se non lo fa, i Cantoni possono chiedere una consultazione in qualsiasi momento o presentare una dichiarazione senza che venga loro richiesto. Tuttavia, non sono obbligati a presentare una dichiarazione. A livello legislativo, l'art. 4 cpv. 1 LFPC stabilisce che la Confederazione consulta i Cantoni su loro richiesta quando prepara decisioni di politica estera che riguardano le competenze cantonali o hanno un impatto

significativo sugli interessi cantonali (frase 1). Inoltre, la Confederazione può anche consultare i Cantoni di propria iniziativa (frase 2) se lo ritiene opportuno, come indicato nel messaggio. Secondo Fassbender, l'art. 4 cpv. 1 LFPC con questa formulazione "[...] non è conforme alla disposizione costituzionale [...]". Waldmann afferma inoltre che "la concretizzazione [...] ha già un effetto restrittivo alla luce dell'Art. 55 Cost. Da un punto di vista costituzionale, la formulazione dell'art. 4 cpv. 1 LFPC è effettivamente discutibile. Non appena il presupposto giuridico è soddisfatto (competenze o interessi essenziali toccati), la Confederazione è tenuta a concedere ai Cantoni la partecipazione ai sensi dell'art. 55 Cost. La disposizione legale non esclude la partecipazione. Tuttavia, indica che i Cantoni saranno consultati solo se necessario ("[...] se lo richiedono [...]") o sulla base di considerazioni di opportunità (convenienza). Questa formulazione è troppo restrittiva rispetto al requisito costituzionale dell'art. 55 Cost.

Come per i tempi e la portata dell'obbligo di informazione, la forma specifica dell'obbligo di consultazione è determinata dall'effettiva salvaguardia degli interessi. Ai Cantoni deve essere concesso un tempo sufficiente per presentare le loro osservazioni. Una scadenza ravvicinata dovuta a una forte urgenza di politica estera deve essere un'eccezione. Un termine breve non deve significare che i Cantoni non siano più in grado di presentare osservazioni. Nel determinare la scadenza, si deve tenere conto della complessità del progetto di politica estera e del fatto che il consolidamento attraverso gli organi istituzionali comuni richiede tempo. 39

Un'efficace tutela degli interessi richiede una consultazione aperta sui contenuti, in un momento in cui i Cantoni possono ancora far valere la loro influenza e le loro critiche nei confronti delle decisioni di politica estera. Se i piani di politica estera prevedono negoziati, la consultazione dovrebbe avvenire in genere prima dell'inizio dei negoziati, ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 LFPC. Ciò consente di integrare le opinioni dei Cantoni nella definizione del mandato negoziale e nei negoziati. Una consultazione esclusivamente al momento della procedura di autorizzazione nazionale non sarebbe sufficiente a tutelare efficacemente gli interessi. Il testo dell'accordo è quindi già vincolante e non è più possibile modificarne il contenuto. A questo punto, il governo federale non può più tenere conto degli interessi dei Cantoni. Solo la consultazione prima dell'inizio dei negoziati consente ai Cantoni di esercitare la loro influenza in modo mirato sulle decisioni di politica estera che 40

riguardano le loro competenze o i loro interessi essenziali. Inoltre, questa procedura consente alla Confederazione di adattare il mandato in modo che sia più ampio in termini di politica interna e sostenuto anche dai Cantoni (art. 2 lett. c LFPC). Infine, la tempestività garantisce che le preoccupazioni dei Cantoni non siano ascoltate solo a livello politico, ma siano effettivamente prese in considerazione anche a livello tecnico e quindi a livello amministrativo della Confederazione.

41 Per quanto riguarda l'effetto vincolante, l'obbligo di prendere atto può essere desunto dall'art. 55 Cost. Ciò è confermato dall'art. 4 cpv. 3 LFPC, secondo cui il Consiglio federale tiene conto dei pareri dei Cantoni. L'effetto vincolante equivale a un obbligo di massima, che impone alla Confederazione di prendere in considerazione i pareri cantonali nel processo decisionale, senza che ciò si traduca in un obbligo sostanziale di conformità. L'obbligo di prendere atto deriva dal fatto che la partecipazione dei Cantoni non costituisce un diritto di impartire istruzioni o di codecidere, come invece sarebbe se vi fosse un obbligo di conformità al contenuto. Non può quindi anticipare alcuna decisione sostanziale in materia di politica estera. L'ordine costituzionale delle competenze in materia di politica estera, che attribuisce alla Confederazione una competenza globale e assegna al Consiglio federale la funzione di gestione generale della politica estera, concede alla Confederazione, in quanto organo decisionale, un corrispondente margine di discrezionalità.

## C. Diritti speciali di partecipazione (cpv. 3)

42 L'art. 55 cpv. 3 Cost. prevede diritti speciali di partecipazione se una decisione di politica estera riguarda le competenze dei Cantoni. In questi casi, la Costituzione richiede, in primo luogo, che il parere dei Cantoni abbia un peso particolare e, in secondo luogo, che i Cantoni partecipino ai negoziati in modo adeguato. Questi diritti speciali di partecipazione, invece, non si applicano se una decisione di politica estera riguarda solo gli interessi essenziali dei Cantoni.

### 1. Diritto di considerazione qualificato

43 I pareri hanno un peso particolare se una decisione di politica estera riguarda le competenze costituzionali dei Cantoni. La ponderazione speciale può essere dovuta a diverse ragioni: Da un lato, la ponderazione speciale può

essere indicata dal grado di coinvolgimento: Più le competenze cantonali sono interessate da una decisione, più peso deve essere dato alle opinioni dei Cantoni. D'altra parte, la ponderazione speciale deriva anche dal grado di unità: se i Cantoni parlano con una sola voce o se un parere è sostenuto da un'ampia maggioranza dei Cantoni, deve essere attribuito un peso speciale. Un parere congiunto a nome dei governi cantonali viene emesso se è sostenuto da almeno 18 governi cantonali. Il peso particolare dei pareri cantonali si riflette nel fatto che essi devono essere presi in considerazione nel processo decisionale in relazione agli interessi di politica estera della Confederazione. Le opinioni dei Cantoni devono avere un peso particolare anche nei confronti di altri attori e parti interessate che si esprimono nel contesto del processo decisionale di politica estera.

Questa particolare ponderazione non si traduce in un obbligo sostanziale di conformità. Non costituisce un obligation de résultat che obbliga la Confederazione a rispettare il contenuto dei pareri dei Cantoni. Tuttavia, la Confederazione ha il dovere costituzionale di prendere atto dei pareri e di attribuire loro grande peso quando prende decisioni. Tuttavia, può discostarsi dai pareri in quanto non sono vincolanti. Durante la revisione totale della Costituzione federale, la KdK ha chiesto un obbligo sostanziale di conformità nel caso in cui i Cantoni esprimano un parere uniforme nell'ambito di una dichiarazione. Tale effetto vincolante non è stato incluso nella disposizione costituzionale. Attribuendo un peso particolare ai pareri cantonali, la Costituzione non impone alcuna restrizione al processo decisionale in materia di politica estera, ma fornisce piuttosto alla Confederazione un criterio qualificato per l'esercizio della sua discrezionalità. L'art. 4 cpv. 3 LFPC prevede che la Confederazione informi i Cantoni dei motivi per cui si discosta dai pareri nell'ambito della ponderazione speciale ai sensi dell'art. 55 cpv. 3 Cost. Ciò serve a spiegare in modo trasparente i motivi della decisione della Confederazione e consente di verificare successivamente l'adeguatezza delle ragioni che hanno spinto la Confederazione a prendere una determinata decisione di politica estera. 44

Per quanto riguarda la partecipazione dei Cantoni agli affari europei, la KdK continua a chiedere un maggiore effetto vincolante nella sua presa di posizione del 2013. Secondo la proposta, la Confederazione dovrebbe potersi discostare da un parere uniforme o maggioritario solo per motivi di politica estera di primaria importanza. Una norma simile è presente in Germania (art. 45

23 cpv. 5 GG) e in Austria (art. 23d cpv. 2 B-VG) per quanto riguarda la politica europea. Un simile effetto vincolante relativo non deriva attualmente né dall'art. 55 Cost. né dalla LFPC. Waldmann sottolinea tuttavia, a ragione, che un tale effetto vincolante sarebbe compatibile con il significato e il contenuto dell'art. 55 Cost. Non porterebbe ancora a un potere di codecisione cantonale o a un diritto di veto. Inoltre, non ridurrebbe la capacità d'azione della Confederazione in politica estera, in quanto essa può continuare ad agire rapidamente in caso di urgenza di politica estera e per motivi di politica estera prioritari, e può discostarsi dalle posizioni cantonali. Tuttavia, un relativo effetto vincolante dovrebbe prima essere introdotto attraverso una concretizzazione legale.

## 2. Diritto di partecipazione ai negoziati

46 Se una decisione di politica estera incide sulle competenze costituzionali dei Cantoni, questi ultimi possono partecipare ai negoziati internazionali in modo appropriato ai sensi dell'art. 55 cpv. 3 frase 2 Cost. A seconda dell'oggetto, il mandato negoziale deve essere formulato in modo flessibile e aperto. In questi casi, non è sufficiente tutelare efficacemente le preoccupazioni dei Cantoni coinvolgendoli nella definizione del mandato negoziale. Piuttosto, i Cantoni devono avere la possibilità di integrare direttamente le loro preoccupazioni nei negoziati. I rappresentanti cantonali possono apportare l'esperienza e la competenza dei Cantoni ai negoziati, che in ultima analisi portano a soluzioni negoziate più saldamente ancorate alla politica interna e che consentono una più facile attuazione.

47 L'art. 55 cpv. 3 Cost. fa riferimento alla partecipazione ai negoziati in modo appropriato. Ciò si riferisce sia alle modalità e alla forma che all'intensità della partecipazione. Si tratta di aspetti quali il numero di rappresentanti dei Cantoni che partecipano alla delegazione negoziale, le modalità di selezione di tali rappresentanti, la delega ai Cantoni della guida della delegazione e, infine, la durata del coinvolgimento e quindi la questione se i rappresentanti debbano partecipare a ogni singola sessione negoziale o solo selettivamente. La forma e l'intensità della partecipazione devono, in ultima analisi, consentire un'efficace difesa degli interessi.

48 Al contrario, il diritto alla partecipazione in sé e per sé non è una questione di idoneità. Sia il testo costituzionale che il testo giuridico sono troppo restrittivi a questo proposito. L'art. 5 cpv. 1 LFPC specifica che nel caso di progetti di

politica estera che riguardano le competenze dei Cantoni, la Confederazione deve "[...] di norma [...]" consultare i rappresentanti dei Cantoni. Tuttavia, la partecipazione dei Cantoni può essere rifiutata solo in casi eccezionali. L'art. 5 cpv. 2 LFPC consente inoltre alla Confederazione di coinvolgere i Cantoni, anche se le loro competenze non sono interessate. In questi casi, tuttavia, i Cantoni non hanno diritto a partecipare.

Ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LFPC, la Confederazione nomina i rappresentanti su proposta dei Cantoni. La procedura di selezione garantisce che gli interessi della Confederazione e dei Cantoni siano presi in considerazione nel processo di selezione. Poiché la partecipazione deve avvenire in modo adeguato, i Cantoni non hanno diritto a un rappresentante per Cantone. Una delegazione negoziale troppo numerosa avrebbe un impatto negativo sull'efficienza dei negoziati. I Cantoni devono quindi coordinarsi strettamente in modo che singoli rappresentanti o un piccolo gruppo possano rappresentare più Cantoni o addirittura tutti. Per il coordinamento e la definizione della proposta, i Cantoni possono avvalersi delle strutture istituzionali esistenti e di organizzazioni comuni come la KdK. A quanto pare, questo è anche il caso, come si evince dal rapporto sulle relazioni esterne 2019-2022 del Cantone di Zurigo. In esso si legge che i rappresentanti sono incaricati dalla KdK. Ad esempio, il Cantone di Zurigo è il rappresentante cantonale nel comitato misto per l'accordo sul trasporto aereo con l'UE. 49

*L'autore*

*Dottorando e docente di diritto pubblico presso l'Università di Friburgo.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 2151–2182.

Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik, Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der

schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2014, Zürich 2015.

Pfisterer Thomas, Die Kantone mit dem Bund in der EU-Zusammenarbeit, Art. 54 Abs. 3, Art. 55 und 56 BV und deren Anwendung auf die bilateralen Verträge, Zürich/St. Gallen 2014.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland, in: Bradley Curtis A. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, New York 2019, S. 297–313.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg 1998.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, S. 153–220.

## BIBLIOGRAFIA

Ambühl Michael/Scherer Daniela, Zu den Verfahren rund um die Aushandlung und Genehmigung von internationalen Verträgen, LeGes 3 (2014), S. 375–382.

Aubert Jean-François, Mitwirkung der Kantone an der europäischen Politik im Falle eines Beitritts der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Europäischen Union, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts, Bericht der Arbeitsgruppe «Europa-Reform der Kantone», Zürich 2001, S. 159–208.

Biaggini Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, AJP 1999, S. 722–729.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bonjour, Edgar, Bündnisfreiheit und Bündnisverbot in der alten Eidgenossenschaft und in der neuen Schweiz, in: Berding Helmut/Düwell Kurt/Wehler Hans-Ulrich/Mommsen Wolfgang J./Gall Lothar (Hrsg.), Vom

Staat des Ancien Régime zum modernen Parteienstaat, Festschrift für Theodor Schieder zu seinem 70. Geburtstag, München/Wien 1987, S. 145–153.

Breitenmoser Stephan, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 639–666.

ch Stiftung, Monitoringbericht 2014–2016 vom 30.6.2017, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/foederalimus/monitoringbericht_foderalismus_2014-2016_version_pdf-d.pdf [https://perma.cc/GQS4-U7AW], besucht am 7.3.2024 (zit. Monitoringbericht 2014–2016).

ch Stiftung, Monitoringbericht 2017–2021 vom 18.8.2022, Politischer Synthesebericht, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Synthesepapier_Monitoring_2017-2021-DE-Print.pdf [https://perma.cc/5QV3-8WLL], besucht am 7.3.2024 (zit. Synthesebericht 2017–2021).

Conférence des gouvernements cantonaux, Réforme de la Constitution comme réforme du fédéralisme, Le projet de Constitution 1995 du point de vue des cantons, Zürich 1997 (zit. CdC, projet de Constitution 1995).

Cottier Thomas/Liechti Rahel, Schweizer Spezifika: Direkte Demokratie, Konkordanz, Föderalismus und Neutralität als politische Gestaltungsfaktoren, in: Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graf Peter-Christian (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 39–61.

Egli Patricia, Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Egli Patricia, Art. 45 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Ehrenzeller Bernhard, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung, Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Cremer Hans-Joachim/Giegerich Thomas/Richter Dagmar/Zimmermann Andreas (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, S. 703–731 (zit. Ehrenzeller, Handlungsfähigkeit).

Ehrenzeller Bernhard, Art. 54 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Epiney Astrid, Art. 54 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 2151–2182.

Fassbender Bardo, Art. 166 BV (Rz. 40–87), in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Fassbender Bardo, Art. 55 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

His Eduard, Die Kompetenz der Kantone zum Abschluss von internationalen Verträgen, (besonders Doppelbesteuerungsverträgen), ZSR 48 (1929), S. 31–87.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik, Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2014, Zürich 2015.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, Diss. Bern 2019, Zürich/St. Gallen 2020.

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen, Diss. Freiburg 2021, Bern 2022.

Mahon Pascal, Art. 55 Cst., in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la constitution fédérale de la confédération Suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Maissen Sandra/Mayer Roland/Gobbo Luca, Die Kantone und die Europapolitik, Die Stärkung der europapolitischen Mitsprache als notwendiger Schritt zur Erhaltung des Föderalismus, in: Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zürich 2015, S. 107–114.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Art. 55 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Montesquieu, De l'Esprit des lois, Tome II, Paris 1995 (éd. établie par Laurent Versini).

Oesch Matthias, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 137–160.

Pfisterer Thomas, Von der Rolle der Kantone in der Aussenpolitik Ein Beitrag zur aktuellen politischen Diskussion, ZBl 97 (1996), S. 544–557.

Pfisterer Thomas, Auslandbeziehungen der Kantone, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 525–546 (zit. Pfisterer, Auslandbeziehungen).

Pfisterer Thomas, Der bilaterale Weg, Verbesserungsansätze und die Kantone – primär rechtlich-institutionelle Fragen, ZBl 112 (2011), S. 285–328.

Pfisterer Thomas, Aspekte von Europapolitik und Föderalismus, SZIER (2011), S. 129–134.

Pfisterer Thomas, Art. 55 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Pfisterer Thomas, Die Kantone mit dem Bund in der EU-Zusammenarbeit, Art. 54 Abs. 3, 55 und 56 BV und deren Anwendung auf die bilateralen Verträge, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Pfisterer, EU-Zusammenarbeit).

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Schindler (Sen.) Dietrich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, ZSR 44 (1925), S. 19–62.

Schindler Dietrich, Art. 8 BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg 1998.

Sturny Thiemo/Thalmann Urs, Rechtsvergleich: Die Rolle der Gliedstaaten in der Aussenpolitik, in: Peter Hänni (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 151–195.

Thürer Daniel, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 93 (1992), S. 49–73.

Waldmann Bernhard, Art. 55 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, S. 153–220 (zit. Waldmann, Schranken).

Wildhaber Luzius, Treaty-Making Power and Constitution, An International and Comparative Study, Habil. Basel 1968, Basel/Stuttgart 1971.

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Berücksichtigung der Stellungnahmen des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Art. 23 Abs. 5 GG, WD 3-3000-002/24.

Zellweger Valentin, Völkerrecht und Bundesstaat, Mittel des Völkerrechts zur Vereinbarung von Staatsvertrags- und Bundesstaatsrecht, Diss. Basel 1991, Berlin 1992.

Zimmerli Ulrich, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 35–62.

## I MATERIALI

Aus den Verhandlungen des schweiz. Bundesrates (Bundesbeschluss der vereinigten Bundesversammlung in Sachen der Einsprache der Regierung von Basel-Landschaft gegen die Vollziehung des Niederlassungsvertrags mit Frankreich gefassten Beschluss des Bundesrates), BBl 1865 III 945 ff. (zit. Beschluss der Bundesversammlung i.S. Basel-Landschaft 1865).

Bericht der nationalrätlichen Petitionskommission, betreffend eine Petition in Sachen der schweizerisch-französischen Uebereinkunft zum Schuze des literarischen, künstlerischen und industriellen Eigenthums, BBl 1867 II 705 ff. (zit. Bericht Petitionskommission betreffen den Staatsvertrag zum Schutz des geistigen Eigentums 1867).

Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977), https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ber-expkomm-d.pdf.download.pdf/ber-expkomm-d.pdf, besucht am 7.3.2024 (zit. Begleitbericht VE 1977).

Bericht des Bundesrats, Die europäische Integration und ihre Auswirkungen auf den schweizerischen Föderalismus, VPB 1989 Nr. 55 (zit. Bericht Auswirkungen 1989).

Bericht über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik vom 7.3.1994, BBl 1994 II 620 ff. (zit. Bericht Mitwirkung der Kantone 1994).

Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz (in Erfüllung des Postulates Pfisterer [01.3160] «Föderalismusbericht. Erhaltung des Föderalismus bei den verschiedenen europapolitischen Optionen»), BBl 2007 5907 ff. (zit. Föderalismusbericht 2007).

Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560] «Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrationsschritte»), BBl 2010 7239 ff. (zit. Evaluationsbericht 2010).

Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen, BBl 2011 4215 ff. (zit. Libyen-Bericht GPK-S 2011).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1.10.2010. Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs, BBl 2013 6319 ff. (zit. Schengen-Bericht 2013).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Verträge mit Frankreich, BBl 1864 II 253 ff. (zit. Botschaft Verträge mit Frankreich 1864).

Botschaft des Bundesrates an die vereinigte Bundesversammlung, betreffend die von der Regierung von Basel-Landschaft an französische Israeliten verweigerte Niederlassung, BBl 1865 III 801 ff. (zit. Botschaft Basel-Landschaft 1865).

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18.5.1992, BBl 1992 IV 1 ff. (zit. Botschaft EWR).

Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993, BBl 1993 I 805 ff. (zit. Botschaft Folgeprogramm 1993).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 15.12.1997, BBl 1998 II 1163 ff. (zit. Botschaft BGMK).

Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 ff. (zit. Botschaft Bilaterale II).

Bundesbeschluss über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vom 9.10.1992, BBl 1992 VI 56 f. (zit. Bundesbeschluss EWR).

Bundesbeschluss über den UNO-Migrationspakt (Entwurf), BBl 2021 360 (zit. Entwurf Bundesbeschluss UNO-Migrationspakt).

Europabericht 2006, BBl 2006 6815 ff. (zit. Europabericht 2006).

KdK, Innerstaatliche Reformen zur Festigung der föderalistischen und demokratischen Staatsorganisation im Rahmen der Europapolitik des Bundes, Positionsbezug der Kantonsregierungen, 24.6.2011, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/themen/europapolitik/standortbestimmung/2_positionsbezug_vom_24_juni_2011.pdf [https://perma.cc/HD5E-6FRJ], besucht am 7.3.2024 (zit. KdK, Positionsbezug 2011).

KdK, Positionsbezug zu den innerstaatlichen Reformen, Stellungnahme vom 13.12.2013, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/aktuell/stellungnahmen/stelg-innere_reformen-20131213.pdf [https://perma.cc/Q5N5-KV4R], besucht am 7.3.2024 (zit. KdK, Positionsbezug 2013).

Reform der Bundesverfassung, Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber-d.pdf [https://perma.cc/43WZ-GQQ9], besucht am 7.3.2024 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Regierungsrat des Kantons Zürich, Bericht Aussenbeziehungen 2019–2022, Februar 2023, https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/organisation/staatskanzlei/aussenbeziehungen/Bericht_Aussenbeziehungen%202019-2022.pdf [https://perma.cc/Z45Q-R74U], besucht am 7.3.2024 (zit. Kanton Zürich, Aussenbeziehungen 2019–2022).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 56 Cost.

Un commentario di Constance Kaempfer

CITAZIONE SUGGERITA

Constance Kaempfer, Commentary of art. 56 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Kaempfer, art. 56 FC N XXX.

**Art. 56 Relazioni dei Cantoni con l'estero**

[1] I Cantoni possono concludere con l'estero trattati nei settori di loro competenza.

[2] Tali trattati non devono contraddire al diritto federale e agli interessi della Confederazione né ai diritti di altri Cantoni. Prima di concluderli, i Cantoni devono informare la Confederazione.

[3] I Cantoni possono corrispondere direttamente con autorità estere subordinate; negli altri casi le relazioni dei Cantoni con l'estero si svolgono per il tramite della Confederazione.

# STRUTTURA

I. Sistematica e genesi della norma ..... 761
II. Contesto ..... 762
III. La competenza dei Cantoni a concludere trattati internazionali (cpv. 1) ..... 763
A. I trattati internazionali cantonali nel diritto internazionale ..... 764
B. Trattati internazionali cantonali nel diritto interno ..... 765
1. Conclusione, emendamento e denuncia ..... 765
2. Rango ..... 766
3. Attuazione ..... 766
IV. Limitazioni (cpv. 2) ..... 767
A. Requisito della conformità al diritto federale e cantonale e agli interessi della Confederazione ..... 767
B. Obbligo di informare la Confederazione ..... 768
V. Trattati internazionali conclusi direttamente dai Cantoni (cpv. 3) ..... 769
Letture consigliate ..... 769
L'autore ..... 771
Bibliografia ..... 771

## I. SISTEMATICA E GENESI DELLA NORMA

L'articolo 56 della Costituzione fa parte di un capitolo il cui scopo principale è quello di elencare i poteri della Confederazione. All'interno di questo capitolo, fa parte della sezione "Relazioni con l'estero" (artt. 54-56), che riguarda sia le relazioni della Confederazione sia le relazioni dei Cantoni con l'estero. La definizione delle competenze in questo settore solleva questioni complesse e non si basa sulla tradizionale divisione delle competenze di cui agli articoli 3 e 42 cpv. 1. Secondo l'articolo 54 cpv. 1, "gli affari esteri sono di competenza della Confederazione". Questo articolo stabilisce una competenza globale della Confederazione nel campo degli affari esteri. Secondo l'articolo 56, tuttavia, questa competenza è parzialmente revocata nelle aree di competenza dei Cantoni. L'articolo 56 qualifica quindi l'articolo 54 cpv. 1 consentendo una competenza cantonale individuale nel settore degli affari esteri. Esiste quindi un'interdipendenza tra queste due disposizioni. La dottrina utilizza il termine "piccola politica estera" per descrivere la competenza cantonale residua in materia di politica estera. Gli effetti di questa competenza cantonale sono descritti di seguito (N. 7). 1

In considerazione dell'ampia prassi dei Cantoni in materia di trattati prima della nascita dello Stato federale, la loro competenza residua a concludere trattati internazionali è stata riconosciuta dal diritto costituzionale federale fin dal 1848. L'equivalente dell'art. 56 si trova quindi negli artt. 9 e 10 dell'ex Costituzione federale del 29 maggio 1874 (Cost.), a loro volta equivalenti agli artt. 9 e 10 dell'ex Costituzione federale del 12 settembre 1848 (Cost. 1848). 2

A differenza delle due precedenti versioni della Costituzione, tuttavia, la competenza dei Cantoni a concludere trattati non è più limitata ad alcuni ambiti definiti (economia pubblica, rapporti di vicinato e polizia). L'articolo 56 si applica quindi a tutti i settori "di loro competenza" (art. 56 cpv. 1). Inoltre, l'art. 56 abbandona la prassi dell'approvazione federale dei trattati internazionali cantonali, prevista dall'art. 9 Cost. e la sostituisce con un semplice obbligo di informazione (art. 56 cpv. 2), abbinato a una procedura di reclamo (n. 18-20). 3

## II. CONTESTO

4 La possibilità per le entità federate di concludere trattati internazionali esiste anche in Germania, Austria e Belgio, tanto che la dottrina utilizza la nozione di "Stato federale aperto" per descrivere questo tipo di organizzazione interna. In Svizzera, la cooperazione transfrontaliera è di grande importanza pratica per i Cantoni, dato che quindici Cantoni confinano con almeno uno Stato estero.

5 Secondo uno studio di Bardo Fassbender e Raffael Gübeli, al 25 settembre 2017 in Svizzera erano in vigore 436 trattati cantonali internazionali. Gli autori sottolineano, tuttavia, che questo elenco non è esaustivo, in quanto è impossibile prendere in considerazione tutti i trattati non pubblicati. È vero che l'art. 56 comma 2 Cost. prevede un obbligo di informazione da parte della Confederazione (N. 18-20). Tuttavia, secondo l'art. 61c cpv. 2 LOGA, tale obbligo di informazione non si applica agli accordi "a. che hanno per oggetto l'esecuzione di accordi di cui la Confederazione è già a conoscenza; b. che si rivolgono principalmente alle autorità o che disciplinano questioni tecniche o amministrative". Inoltre, Fassbender e Gübeli sottolineano che la Confederazione non ha i mezzi per far rispettare ai Cantoni l'obbligo di informazione. In queste condizioni, l'esistenza di un obbligo di informazione non consente alla Confederazione di pubblicare tutti i trattati internazionali conclusi dai Cantoni. Lo studio mostra anche che la conclusione di trattati internazionali da parte dei Cantoni è aumentata negli ultimi 35 anni, soprattutto a causa dell'incremento della cooperazione transfrontaliera. Tuttavia, sembra che i trattati internazionali cantonali esistenti non riflettano la portata dell'azione esterna dei Cantoni. Infatti, analogamente al fenomeno della "stanchezza da trattati" evidenziato da diversi autori a livello internazionale, l'azione esterna dei Cantoni si svolge sempre più attraverso accordi informali (soft law), più flessibili e che non devono essere approvati dalla Confederazione o dai parlamenti cantonali.

La cooperazione transfrontaliera dei Cantoni svizzeri è regolata, nel diritto internazionale e nazionale, da diverse convenzioni che mirano a facilitare questa cooperazione tra entità federate. Si tratta dei seguenti testi: 6

- La Convenzione quadro europea sulla cooperazione transfrontaliera tra comunità o autorità territoriali, entrata in vigore per la Svizzera il 4 giugno 1982 (Convenzione di Madrid);
- I tre protocolli aggiuntivi alla Convenzione di Madrid;
- L'accordo quadro tra la Svizzera e la Repubblica italiana sulla cooperazione transfrontaliera tra autorità regionali e locali, entrato in vigore per la Svizzera il 26 aprile 1993;
- l'Accordo tra il Consiglio federale svizzero, il Governo della Repubblica federale di Germania e il Governo della Repubblica francese sulla cooperazione transfrontaliera nella regione dell'Alto Reno, entrato in vigore per la Svizzera il 1° giugno 2001;
- l'Accordo del 23 gennaio 1996 tra il Governo della Repubblica Federale di Germania, il Governo della Repubblica Francese, il Governo del Granducato di Lussemburgo e il Consiglio Federale Svizzero, a nome dei Cantoni di Soletta, Basilea Città, Basilea Campagna, Argovia e Giura, sulla cooperazione transfrontaliera tra autorità territoriali ed enti pubblici locali (Accordo di Karlsruhe);
- la Convenzione sulla partecipazione dei Parlamenti cantonali alla preparazione, alla ratifica, all'esecuzione e alla modifica di accordi e trattati intercantonali dei Cantoni con l'estero.

## III. LA COMPETENZA DEI CANTONI A CONCLUDERE TRATTATI INTERNAZIONALI (CPV. 1)

Ai sensi dell'articolo 56 cpv. 1, i Cantoni possono condurre la propria politica estera nei settori in cui sono competenti, conformemente alla ripartizione dei poteri stabilita dalla Costituzione. La competenza dei Cantoni a concludere trattati internazionali è tuttavia sussidiaria rispetto a quella della Confederazione. Pertanto, i Cantoni possono esercitare questa competenza solo se la Confederazione non ha già concluso un trattato nell'area interessata. Se la Confederazione conclude un trattato internazionale in un determinato 7

settore, qualsiasi competenza cantonale in questo campo diventa nulla nella misura in cui il trattato internazionale contiene norme complete ed esaustive. Ad esempio, il Tribunale federale ha ritenuto che la Confederazione avesse esercitato la propria competenza nel settore della viticoltura e delle DOC (denominazioni d'origine controllata) concludendo l'Accordo bilaterale sul commercio dei prodotti agricoli con l'Unione europea. Ha quindi concluso che il Cantone di Ginevra non è autorizzato a concludere trattati internazionali in questo campo.

8 In alcuni Cantoni, i Comuni hanno la possibilità di concludere accordi di cooperazione con autorità straniere. Il già citato Accordo di Karlsruhe fornisce un quadro di riferimento per queste diverse forme di cooperazione tra i comuni. Tuttavia, in letteratura non c'è accordo su come qualificare questi accordi. Secondo l'opinione maggioritaria, i comuni non sono autorizzati a concludere trattati internazionali; la cooperazione transfrontaliera comunale è quindi esclusivamente una questione di diritto privato. Pfisterer, invece, ritiene che i Comuni possano concludere accordi internazionali se il diritto cantonale lo consente. Concordiamo con l'opinione della maggioranza secondo cui gli accordi conclusi dai Comuni sono soggetti al diritto privato. A nostro avviso, questa posizione è giustificata dal fatto che gli obblighi contrattuali contenuti negli accordi di cooperazione conclusi dai comuni non possono impegnare la responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 7 comma 1 dell'Accordo di Karlsruhe. Tuttavia, se questi accordi fossero considerati trattati internazionali ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la loro inosservanza comporterebbe la responsabilità dello Stato.

## A. I trattati internazionali cantonali nel diritto internazionale

9 Ai sensi del diritto internazionale, i trattati conclusi dai Cantoni sono trattati come tutti gli altri, ossia, secondo la definizione dell'art. 2 comma 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, accordi conclusi "per iscritto tra Stati e disciplinati dal diritto internazionale, siano essi contenuti in un unico strumento o in due o più strumenti collegati, e qualunque sia la loro denominazione particolare". I Cantoni possono anche concludere trattati non scritti e legarsi a organizzazioni internazionali.

10 Dal punto di vista del diritto internazionale, tuttavia, non sono i Cantoni a essere vincolati, ma la Svizzera come Stato. Pertanto, da un punto di vista

formale, le relazioni dei Cantoni con gli Stati esteri avvengono attraverso la Confederazione. Ciò significa che la conduzione dei negoziati, la firma e la ratifica sono di competenza della Confederazione, che agisce per conto dei Cantoni interessati. In caso di mancato rispetto del trattato, la Confederazione è l'unica responsabile a livello internazionale.

Oltre ai trattati internazionali, i Cantoni possono stabilire una cooperazione con altri Paesi attraverso una cooperazione informale. La nota marginale all'articolo 56 fa riferimento alle "relazioni dei Cantoni con altri Paesi", che offre ai Cantoni altre forme di cooperazione. La dottrina osserva che questa cooperazione informale è più importante, nella pratica, della conclusione di trattati internazionali. Questa cooperazione informale è particolarmente utilizzata nei cantoni che condividono un confine con uno Stato confinante. Può assumere la forma, ad esempio, di contatti, discussioni e accordi in seno a commissioni e forum regionali transfrontalieri. 11

## B. Trattati internazionali cantonali nel diritto interno

### 1. Conclusione, emendamento e denuncia

Nel diritto interno svizzero esistono tre procedure per la conclusione di trattati internazionali da parte dei Cantoni. Come già menzionato, il Consiglio federale è generalmente competente a concludere i trattati a nome dei Cantoni (art. 184 cpv. 2 Cost.). Più raramente, la Confederazione può anche concludere un trattato in nome proprio e per conto del Cantone. Infine, ai sensi dell'art. 56, comma 3, Cost. i Cantoni possono concludere trattati a proprio nome se comunicano direttamente con le autorità inferiori degli Stati esteri (N. 21-22). In ogni caso, in tutti e tre i casi, il trattato internazionale cantonale così concluso è vincolante per la Confederazione a livello internazionale (nn. 9-10). 12

All'interno del Cantone, la legge cantonale stabilisce quale autorità è responsabile della cooperazione con l'estero. In generale, l'esecutivo è responsabile dell'elaborazione e della firma dei trattati internazionali e i parlamenti hanno il potere di approvare il contenuto dei trattati, se necessario con un referendum. In alcuni casi, è previsto che il Parlamento cantonale partecipi alla preparazione di importanti trattati sottoposti alla sua approvazione. In generale, tuttavia, la preponderanza del ruolo dell'esecutivo nella preparazione dei trattati internazionali causa inevitabilmente un certo 13

deficit democratico. Così, nelle relazioni intergovernative, i parlamentari si trovano spesso di fronte alla scelta binaria di accettare o meno disposizioni che non hanno avuto la possibilità di discutere. In queste circostanze, la partecipazione dei parlamenti attraverso la procedura di approvazione non è a nostro avviso sufficiente a garantire la legittimità democratica dei trattati in questione. Inoltre, il crescente utilizzo di strumenti di cooperazione informale (N. 11) può avere effetti negativi sul principio democratico, poiché questi strumenti non richiedono l'approvazione parlamentare. Per ridurre questo deficit, il coinvolgimento dei parlamenti nell'elaborazione di queste convenzioni dovrebbe essere aumentato in una fase iniziale, cioè durante i negoziati. In una seconda fase, i parlamentari dovrebbero avere la possibilità di discutere e modificare le disposizioni proposte dall'esecutivo prima di approvarle. La sfida consiste nel trovare un equilibrio tra l'aumento della legittimità democratica e la garanzia di efficienza.

## 2. Rango

14 La questione del rango nel diritto interno dei trattati internazionali conclusi dai Cantoni solleva questioni complesse. Alcuni studiosi ritengono che i trattati internazionali conclusi dai Cantoni facciano parte del diritto cantonale a livello interno. Altri autori, con i quali concordiamo, ritengono che questi trattati appartengano al diritto internazionale. In effetti, ci sembra logico che i trattati conclusi con l'estero - sia attraverso la Confederazione che dai Cantoni autonomamente - facciano parte del diritto internazionale. Se i trattati internazionali conclusi dai Cantoni facessero parte del diritto cantonale, non potrebbero essere applicati in presenza di leggi federali contrarie, secondo il principio della forza derogatoria del diritto federale. Tuttavia, la dottrina riconosce unanimemente che questi trattati derogano alle leggi federali successive e contrarie. Inoltre, diversi autori ritengono che l'articolo 190 della Costituzione si applichi ai trattati internazionali cantonali, il che depone a favore dell'appartenenza di queste convenzioni al diritto internazionale.

## 3. Attuazione

15 Il modo in cui i trattati internazionali devono essere attuati nell'ordinamento giuridico svizzero non è determinato dal diritto internazionale. Al contrario, le autorità nazionali sono libere di decidere come attuare gli obblighi dei trattati internazionali a livello nazionale. Ciò vale anche per i trattati conclusi

dai Cantoni. D'altra parte, come già detto (n. 10), la Confederazione è responsabile dell'osservanza e della corretta attuazione di questi trattati a livello internazionale. Pertanto, se un Cantone non rispetta un trattato che ha concluso o non lo attua, la Confederazione ha il diritto - almeno in teoria - di agire al suo posto attraverso l'esecuzione federale. In pratica, tuttavia, la Confederazione interferisce raramente con la competenza dei Cantoni ad attuare i loro obblighi per loro conto.

## IV. LIMITAZIONI (CPV. 2)

### A. Requisito della conformità al diritto federale e cantonale e agli interessi della Confederazione

16 Al momento della loro stipula, i trattati internazionali conclusi dai Cantoni non devono essere in contrasto né con il diritto federale né con il diritto degli altri Cantoni. D'altra parte, come abbiamo visto, una volta ratificati, tali trattati prevalgono sulle leggi federali o cantonali successive che potrebbero essere in conflitto con essi, in conformità con il principio del primato del diritto internazionale previsto dall'art. 5 comma 4 della Costituzione (cfr. nota 14).

17 Inoltre, i trattati conclusi dai Cantoni devono rispettare gli "interessi della Confederazione". Questa formula è identica a quella dell'art. 48 cpv. 3 e deve essere interpretata allo stesso modo, cioè in senso lato. Si riferisce agli interessi nazionali - come il mantenimento di buone relazioni con gli Stati esteri o le organizzazioni internazionali - e non solo agli interessi politici della Berna federale. Il Tribunale federale non esclude completamente i contatti diretti tra i Cantoni e le organizzazioni internazionali. Tuttavia, il rispetto degli interessi della Confederazione "vieta qualsiasi misura da parte di un Cantone che possa ostacolare o impedire le relazioni della Svizzera con altri Stati, come ad esempio le risoluzioni dei parlamenti cantonali su eventi all'estero". I Cantoni hanno quindi un certo margine di manovra nella conduzione della loro politica estera, ma devono tenere conto di questioni di opportunità politica. Il margine di manovra dei Cantoni è ulteriormente limitato dall'obbligo di lealtà confederale di cui all'art. 44 comma 2 secondo cui i Cantoni non possono esercitare i loro poteri in modo abusivo.

## B. Obbligo di informare la Confederazione

18 Prima della revisione totale della Costituzione nel 1999, i trattati internazionali conclusi dai Cantoni dovevano essere approvati dal Consiglio federale (N. 3). Con l'adozione della nuova Costituzione, questa competenza della Confederazione ad approvare i trattati è stata sostituita da un obbligo di informazione a priori e dall'istituzione di una procedura di reclamo. Questa limitazione all'obbligo di informazione, insieme alla possibilità di presentare un reclamo, si spiega pragmaticamente con il fatto che il precedente obbligo di approvazione non era ben rispettato dai Cantoni. Questo requisito è stato percepito da diversi cantoni come un ostacolo burocratico alla cooperazione transfrontaliera.

19 Tuttavia, questa modifica non significa che i Cantoni siano liberi di concludere qualsiasi accordo con un Paese straniero. Al contrario, i Cantoni sono tenuti a informare la Confederazione anche prima della conclusione di un trattato (art. 61c cpv. 1 LOGA; art. 27o cpv. 2 lett. b OLOGA). La Confederazione informa poi gli altri Cantoni tramite il Foglio federale (art. 62 cpv. 1 LOGA). In caso di obiezione, si cerca una soluzione amichevole (art. 62 cpv. 3 LOGA). Se non è possibile raggiungere un accordo, il Consiglio federale e i Cantoni terzi possono presentare un'obiezione all'Assemblea federale entro sei mesi dalla pubblicazione (art. 186 cpv. 3 e 172 cpv. 3 Cost.). L'Assemblea federale decide quindi se approvare o meno il trattato contestato (art. 172 cpv. 3 Cost.). In pratica, finora non è mai stato necessario ricorrere alla procedura di reclamo. Sebbene non sia possibile verificarle, si possono avanzare diverse ipotesi per spiegare questo risultato: 1) la procedura di informazione a priori funziona bene, 2) la procedura di reclamo non è sufficientemente sviluppata per garantire un controllo efficace, 3) la procedura di reclamo non viene applicata perché i Cantoni collaborano principalmente su base informale.

20 La procedura a due livelli (obbligo di informazione e procedura di reclamo) che prevale ora fa parte di un approccio più consensuale, il cui scopo è ridurre le possibili obiezioni e discrepanze interne al Paese prima della conclusione del trattato (art. 61c cpv. 1 e art. 62 cpv. 3 LOGA). Offre una maggiore flessibilità ai Cantoni e mira quindi a facilitare le loro relazioni con l'estero. L'obiettivo è quello di raggiungere un consenso risolvendo le controversie attraverso la negoziazione o la mediazione.

## V. TRATTATI INTERNAZIONALI CONCLUSI DIRETTAMENTE DAI CANTONI (CPV. 3)

Di norma, abbiamo visto che la conclusione di trattati internazionali da parte dei Cantoni avviene attraverso l'intermediazione della Confederazione (N. 12). Tuttavia, l'art. 56 cpv. 3 consente ai Cantoni di concludere direttamente trattati con autorità straniere di rango inferiore. In tali situazioni, i Cantoni agiscono indipendentemente da tali autorità. 21

La nozione di "autorità inferiori" deve essere intesa in senso ampio. Si riferisce a tutte le autorità territoriali o locali, ad esclusione delle autorità centrali. Secondo l'art. 2 comma 2 della Convenzione di Madrid (N. 6), si tratta di "comunità, autorità o enti che esercitano funzioni locali e regionali e che sono considerati tali nel diritto interno di ciascuno Stato". Secondo il testo della disposizione costituzionale, i Cantoni possono "trattare direttamente" con queste autorità. In pratica, ciò significa che possono comunicare e negoziare con loro, ma anche firmare e ratificare accordi (si veda ad esempio la Convenzione sulla cooperazione transfrontaliera nel campo delle cure d'emergenza stipulata nel 2011 tra il Cantone di Ginevra e i dipartimenti dell'Ain e dell'Alta Savoia). In pratica, questo tipo di accordi rappresenta la maggior parte dei trattati internazionali conclusi dai Cantoni. 22

## LETTURE CONSIGLIATE

Abderhalden Ursula, Die Kompetenzen von Bund und Kantonen in der Aussenpolitik, in : Hänni Peter (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zurich 2000, p. 118 ss.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

Biaggini Giovanni/Haas Julia, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der Schweiz, in : Tschudi Hans Martin/Schindler Benjamin/Ruch Alexander/Jakob Eric/Friesecke Manuel (éd.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zurich 2014, p. 139 ss.

Breitenmoser Stephan, Regionalismus – insbesondere grenzüberschreitende Zusammenarbeit, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, p. 507 ss.

Bühler Othmar, Die Staatsverträge der Kantone, LeGes 10 (1999) 3, p. 75 ss.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2020, p. 2151 ss.

Fassbender Bardo/Gübeli Raffael, Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone, ZBl 119 (2018), p. 107 ss.

Filliez Fabrice, La participation des Cantons à la politique extérieure de la Suisse in : Massart-Piérard (éd.), L'action extérieure des entités subétatiques : Pour une approche comparée Europe Amérique du Nord, Louvain-la-Neuve 2008, p. 83 ss.

Hänni Peter/Börter Emanuel, Kommentierung zu Art. 56 BV, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015.

Mägli Patrick, Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Ausland, LeGes 1 (2004), p. 189 ss.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Commentaire de l'art. 54, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Martenet Vincent, La conclusion des conventions internationales et intercantonales au regard de la séparation des pouvoirs, spécialement dans le canton de Genève, ZBl 112 (2011), p. 173 ss.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland, in : Bradley Curtis A. (éd.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford 2019, p. 297 ss.

Schaffter Roger, La compétence des cantons dans la politique extérieure, Annuaire suisse de science politique 24/1984, p. 213 ss.

Schmitt Nicolas, La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères in : Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (éd.), Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse : Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle 2000.

Thürer Daniel, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik : Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 93 (1992), p. 49 ss.

## L'AUTORE

Constance Kaempfer, avvocato e titolare dell'esame di stato, è ricercatrice presso l'Università di Losanna nell'ambito di un progetto di ricerca finanziato dal FNS e co-diretto dalla professoressa Evelyne Schmid e dal professor Martino Maggetti (https://wp.unil.ch/ilsp/). Si ringrazia questa istituzione per il suo sostegno. L'autrice ha difeso la sua tesi di dottorato dal titolo "Les mécanismes de mise en oeuvre du droit international par les cantons suisses" il 6 maggio 2022 ed è stata premiata summa cum laude. La tesi sarà presto pubblicata dalla casa editrice sui generis. Nel corso delle sue ricerche, l'autrice ha anche pubblicato diversi articoli sull'attuazione del diritto internazionale a livello subnazionale in Svizzera.

## BIBLIOGRAFIA

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zurich 2017.

Bolleyer Nicole, Why Legislatures Organise. Inter-Parliamentary Activism in Federal Systems and Its Consequences, The Journal of Legislative Studies 16 (2010), p. 411 ss.

Buser Denise, Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, Bâle 2011.

Cassese Antonio, International Law, Oxford et al. 2005.

Conseil fédéral, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1.

Denza Eileen, The relationship between international and national law, in : Evans Malcolm D. (éd.), International law, Oxford 2018.

Fassbender Bardo/Gübeli Raffael, Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone, ZBl 119 (2018), p. 107 ss.

Filliez Fabrice, La participation des Cantons à la politique extérieure de la Suisse in : Massart-Piérard (éd.), L'action extérieure des entités subétatiques : Pour une approche comparée Europe Amérique du Nord, Louvain-la-Neuve 2008, p. 83 ss.

Hänni Peter/Börter Emanuel, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015.

Jeannerat Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse : questions choisies de collaboration intercantonale et intercommunale, Bâle 2018.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik. Die Völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Zurich 2014.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik. Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, Zurich et al. 2020.

Mahon Pascal, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zurich 2003.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 60 Cost.

Un commentario di Jan Imhof

CITAZIONE SUGGERITA

Jan Imhof, Commentary of art. 60 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Imhof, N. XXX zu Art. 60 BV.

**Art. 60 Organizzazione, istruzione e equipaggiamento dell'esercito**

[1] La legislazione militare nonché l'organizzazione, l'istruzione e l'equipaggiamento dell'esercito competono alla Confederazione.

[2] ...

[3] La Confederazione può, contro equa indennità, assumere in proprio installazioni militari cantonali.

# STRUTTURA

I. Generalità ..... 775
A. Storia delle origini ..... 775
B. L'odierna ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni ..... 777
II. Paragrafo 1: Legislazione militare, organizzazione, formazione ed equipaggiamento delle forze armate ..... 779
A. Legislazione militare ..... 779
B. Organizzazione ..... 779
1. Le forze armate ..... 780
2. Il Gruppo Difesa ..... 780
3. Altre autorità militari ..... 780
C. Addestramento ..... 781
1. Obbligo di formazione ..... 782
2. Servizio di formazione ..... 783
3. Cooperazione internazionale in materia di formazione ..... 785
D. Attrezzature ..... 786
1. Approvvigionamento ..... 786
2. Materiale dell'esercito ..... 788
III. Paragrafo 3: Strutture militari dei Cantoni ..... 790
Letture consigliate ..... 791
Bibliografia e i Materiali ..... 792

# I. GENERALITÀ

## A. Storia delle origini

La Costituzione federale del 1874 prevedeva una costituzione militare relativamente dettagliata negli articoli da 8 a 22 dell'AVS. Si basava sull'idea che la sovranità militare della Confederazione avesse la precedenza su quella dei Cantoni. La sovranità dei Cantoni, ai quali erano garantite le proprie truppe, doveva entrare in gioco solo se non ostacolava lo scopo della Confederazione. 1

La Costituzione sulle forze armate stabiliva che la legislazione sull'esercito era di competenza della Confederazione (art. 20 cpv. 1 prima frase dell'AVS). L'attuazione delle "leggi pertinenti", cioè la loro esecuzione, doveva essere effettuata dalle autorità cantonali entro i limiti stabiliti dalla legislazione federale e sotto la supervisione della Confederazione (art. 20 cpv. 1 seconda frase aBV). 2

L'art. 20 cpv. 2 dell'AVS stabiliva la competenza federale per tutta l'istruzione militare e l'armamento, mentre nella Costituzione federale del 1848 era proprio l'istruzione militare a essere ancora divisa tra Confederazione e Cantoni. L'acquisto di vestiario e di altri equipaggiamenti e la loro manutenzione erano di competenza dei Cantoni. Secondo il paragrafo 3, tuttavia, i costi sostenuti erano a carico della Confederazione. I coscritti dovevano inoltre ricevere gratuitamente il primo equipaggiamento, il vestiario e l'armamento (art. 18 cpv. 3 aBV). Questa disposizione è stata inserita nella Costituzione dopo che alcuni Cantoni avevano parzialmente scaricato i costi di approvvigionamento sui coscritti. La competenza cantonale nel settore dell'equipaggiamento era una concessione non secondaria da parte della Confederazione, dopo che il progetto del 5 marzo 1872 aveva previsto la competenza federale esclusiva in questo settore e il trasferimento della proprietà di tutto il materiale bellico alla Confederazione. 3

Infine, alla Confederazione fu concesso il diritto di rilevare i siti militari cantonali e gli edifici militari per uso o proprietà in cambio di un'equa (adeguata) compensazione (art. 22 cpv. 1 BV). 4

Con la revisione totale della Cost. del 1999, la costituzione della difesa è stata concentrata in pochi articoli. L'art. 20 e l'art. 22 Cost. sono stati fusi nell'art. 5

60 cpv. 1-3 Cost. All'inizio, questo articolo contiene la competenza legislativa della Confederazione nel campo degli affari militari e stabilisce la competenza per l'equipaggiamento e l'addestramento. Viene ora menzionata anche l'organizzazione delle forze armate. La competenza cantonale di emanare leggi di attuazione non è più esplicitamente menzionata. Essa deriva dal federalismo esecutivo. Il paragrafo 2 descrive la competenza condivisa nel settore delle truppe cantonali e dell'approvvigionamento. Il diritto di rilevare i siti militari cantonali e gli edifici militari per l'uso o la proprietà dietro compenso è stato riunito nel paragrafo 3 in un generico "diritto di rilevare" dietro compenso.

6 Con la Riforma delle Forze Armate XXI del 2002, in vigore dal 1° gennaio 2004, il legislatore ha abolito le truppe cantonali. L'ordine costituzionale delle competenze è rimasto inalterato, poiché la revisione totale del 1999 garantiva già l'eliminazione delle truppe cantonali. Allo stesso tempo, il legislatore ha rivisto l'art. 118 della LM ("L'esercito è di competenza dei Cantoni nella misura in cui è loro assegnato. [...]"). Ora viene chiarito quanto segue: "L'esercito è di competenza della Confederazione e dei Cantoni, nella misura in cui è loro affidato. [...]". La nuova formulazione non intendeva modificare il contenuto. Il suo unico scopo era quello di sottolineare la responsabilità originaria della Confederazione, senza però esonerare i Cantoni dalla loro responsabilità condivisa.

7 La ripartizione delle competenze ha subito il massimo cambiamento nel 2004 con l'adozione del decreto federale sulla riorganizzazione della perequazione finanziaria e la ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NFA). L'NFA mirava a garantire una corretta ripartizione dei compiti e delle competenze tra Confederazione e Cantoni nel lungo periodo e a eliminare falsi incentivi e doppioni. Di conseguenza, il paragrafo 2 dell'art. 60 della Cost. è stato eliminato senza alcuna sostituzione il 1° gennaio 2008. Ora, la responsabilità dell'esecuzione in ambito logistico (cioè il materiale dell'esercito) spettava esclusivamente alla Confederazione. La centralizzazione era una necessità economica, soprattutto in considerazione delle dimensioni notevolmente ridotte delle forze armate. Dal punto di vista della politica statale, la responsabilità congiunta dei Cantoni non venne meno (cfr. la seguente descrizione al punto I.B.).

## B. L'odierna ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni

L'articolo 60 cpv. 1 della Cost. dichiara la legislazione militare, l'organizzazione, l'equipaggiamento e l'addestramento una questione federale e quindi una responsabilità federale completa ed esclusiva per l'esercito. L'enumerazione - organizzazione, equipaggiamento, addestramento - secondo l'opinione qui espressa, è oggi puramente dichiarativa e non ha più alcun significato indipendente, poiché oltre alla legislazione (art. 60 cpv. 1 Cost.), anche l'esecuzione (art. 118 LM) è di competenza della Confederazione. Deve quindi essere compresa in un contesto storico. 8

Di conseguenza, solo i compiti di esecuzione esplicitamente previsti dalla legislazione federale restano ai Cantoni. In particolare, a titolo esemplificativo, vanno menzionati i seguenti compiti di esecuzione: 9

- Riunione di preorientamento e orientamento (art. 11 cpv. 2 LM, art. 97 cpv. 1 OOPSM);
- Emissione di ordini di marcia (art. 87 cpv. 4 lett. a OOPSM) e valutazione delle richieste di trasferimento di servizio (art. 91 cpv. 1 OOPSM in combinato disposto con l'Allegato 6) per il reclutamento, ma non per

l'esecuzione del reclutamento (art. 11 cpv. 3 LM in combinato disposto con l'art. 98 OOPSM);

- Controllo militare (art. 102 OOPSM), in particolare la gestione delle domande di congedo all'estero (art. 43 e segg. OOPSM);
- Ricezione, ma non approvazione, delle domande di trasferimento per i servizi di formazione di base e per i quadri fino agli ufficiali subalterni (art. 90 cpv. 2 VMDP in combinato disposto con l'Allegato 6);
- tiro fuori servizio (art. 125 MAG e art. 34 e segg. Ordinanza sul tiro), ad esempio la gestione dei poligoni di tiro, il riconoscimento delle società di tiro e la loro assegnazione ai poligoni;
- riscossione della tassa sul servizio militare (art. 22 LTEO);
- gestione dei centri di informazione in caso di mobilitazione per il servizio attivo (art. 13 OMob);
- Autorità disciplinare nel percorso verso l'arruolamento e il congedo (art. 195 cpv. 2 e 4 MStG); rilevante nella pratica è anche l'autorità disciplinare in caso di inosservanza del tiro obbligatorio e di inosservanza dell'ordine di partecipare alla giornata di orientamento o di reclutamento;
- la detenzione (disciplinare) al di fuori del servizio (art. 191 cpv. 5 MStG) e l'esecuzione di sentenze emesse dalla giustizia militare (art. 211 e segg. PPM).

10 In casi isolati, il legislatore federale si rivolge direttamente ai Comuni per l'esecuzione - ad esempio quando annuncia la mobilitazione per il servizio attivo (art. 14 cpv. 1 MStP) - o impone loro oneri militari (art. 132 MStP):

- Messa a disposizione di locali in caso di mobilitazione per il servizio attivo o di assistenza (art. 14 cpv. 3 e 4 OMob);
- Messa a disposizione gratuita di poligoni di tiro per il tiro fuori servizio (art. 133 LM). I comuni hanno un diritto di scelta discrezionale. Possono gestire direttamente un poligono di tiro o partecipare a un poligono di un altro comune (poligono comunale). Prima di costruire un nuovo poligono di tiro, è necessario chiarire se una struttura comunale è un'opzione. In alternativa, i Comuni possono assicurarsi un diritto di tiro presso un poligono privato. In questo caso, pagano al proprietario privato la

manutenzione e la ristrutturazione del poligono, in conformità con la legge sui sussidi (SuG). Tuttavia, questo diritto sussiste solo se il poligono privato non si trova sul terreno del Comune (art. 8 dell'ordinanza sui poligoni di tiro) - una differenziazione che appare difficilmente sostenibile da un punto di vista fattuale.

## II. PARAGRAFO 1: LEGISLAZIONE MILITARE, ORGANIZZAZIONE, FORMAZIONE ED EQUIPAGGIAMENTO DELLE FORZE ARMATE

### A. Legislazione militare

La legislazione militare è di competenza della Confederazione, che può quindi disciplinare tutte le questioni di fatto relative all'esercito. La legislazione militare è costituita dalle seguenti leggi formali: Legge militare (LM), Legge federale sui sistemi d'informazione militari (LSIM), Legge penale militare (LM), Procedura penale militare (PPM), Legge sull'assicurazione militare (LTEO), Legge federale sull'imposta obbligatoria sul servizio militare (LIPG) e parti della Legge sul risarcimento degli acquisiti (LIPG). La legislazione militare formale è completata da numerose ordinanze del Consiglio federale, del DDPS e occasionalmente dell'Assemblea federale, nonché da un numero sempre crescente di trattati internazionali nell'ambito della cooperazione in materia di formazione, promozione della pace e cooperazione in materia di armamenti. 11

I Cantoni non hanno l'autorità di emanare il diritto militare sostanziale. Hanno solo la responsabilità di emanare le necessarie disposizioni esecutive (cfr. ad es. art. 22 cpv. 4 LTEO). Le disposizioni esecutive cantonali si trovano talvolta nelle loro leggi introduttive, ma più spesso nella legge cantonale sull'organizzazione amministrativa. 12

### B. Organizzazione

Secondo l'art. 60 cpv. 1 della Cost. l'organizzazione dell'esercito è di competenza della Confederazione. Il sistema militare è suddiviso nei due settori dell'esercito e del gruppo di difesa (amministrazione militare della Confederazione). Tuttavia, essi non hanno basi giuridiche separate. 13

## 1. Le forze armate

14 Le forze armate sono un'organizzazione statale sui generis. Deve basarsi sul principio della milizia (art. 94 LM). L'Assemblea federale si riserva l'autorità fondamentale di determinare l'organizzazione delle forze armate (art. 93 LM). In un'ordinanza separata ha disciplinato la struttura, l'obiettivo e il numero effettivo di truppe (artt. 1 e 2 OEs) e ha autorizzato il Consiglio federale a determinare le strutture e il Gruppo V ad attuare l'organizzazione dettagliata (artt. 4 e 5 OEs). Scegliendo questa forma di promulgazione, l'Assemblea federale ha deliberatamente sottratto al referendum la sua decisione sull'organizzazione delle forze armate.

## 2. Il Gruppo Difesa

15 Il V Gruppo appartiene all'amministrazione centrale della Confederazione. È suddiviso in cinque unità amministrative secondo i principi dell'art. 8 LOGA (art. 11 OV-VBS). Il V Gruppo deve garantire la prontezza e l'ulteriore sviluppo delle forze armate (art. 10 cpv. 2 OV-VBS). Di conseguenza, il V Gruppo è strutturato come un'immagine speculare dell'organizzazione delle forze armate. A causa dell'organizzazione quasi congruente e sovrapposta, il personale militare professionale ha di fatto un duplice ruolo: quello di membro delle forze armate e quello di impiegato amministrativo, con quest'ultimo che prevale al di fuori del servizio attivo. D'altra parte, alcune funzioni delle forze armate e dell'amministrazione militare sono deliberatamente ricoperte in unione di personale o de iure come un doppio cappello. Ad esempio, il Capo delle Forze Armate è a capo sia del V Gruppo (art. 10 OV-VBS) che delle Forze Armate (art. 2 lett. a AO): "Egli costituisce il collegamento tra il capo del DDPS (funzione politica) e le forze armate".

16 Solo in caso di grande dispiegamento di truppe in servizio attivo, l'Assemblea federale elegge un generale (art. 85 LM).

## 3. Altre autorità militari

17 Le seguenti autorità sono strettamente legate al V Gruppo e all'esercito:

- Le autorità penali militari (art. 4a e segg. PPM) sono costituite dal Revisore capo come parte dell'Amministrazione centrale e dalla giustizia militare. Analogamente alla ripartizione dei compiti tra il V Gruppo e le forze armate, il Revisore capo assicura condizioni quadro favorevoli affinché la

giustizia militare possa adempiere al proprio mandato (art. 9 OV-VBS). L'Ufficio del revisore capo figura nell'ordinanza sull'organizzazione del DDPS come unità amministrativa indipendente e non è subordinata al Gruppo V. Di conseguenza, i membri del sistema giudiziario militare sono subordinati al Gruppo V. Di conseguenza, i membri della giustizia militare non sono soggetti al comando delle forze armate (art. 3 cpv. 1 OEs). L'autorità disciplinare spetta al capo revisore (art. 8 cpv. 1 O-GM). Questa separazione in base al diritto dell'organizzazione amministrativa e la disgiunzione tra comando e autorità disciplinare contribuiscono all'indipendenza gerarchico-istituzionale della giustizia militare. Tale indipendenza è già richiesta dal diritto internazionale per un'indagine efficace su presunte violazioni del diritto alla vita o del divieto di tortura (artt. 2 e 3 CEDU). I tribunali militari sono composti da membri della giustizia militare e delle forze armate (i cosiddetti giudici militari). Sono eletti dal Consiglio federale o dall'Assemblea federale (cfr. artt. 7, 11 e 14 MStG). Un'elezione da parte dell'esercito/Gruppo V non sarebbe ammissibile e violerebbe il diritto a un tribunale indipendente (art. 6 cpv. 1 CEDU).

- L'Ufficio federale degli armamenti (armasuisse) funge, tra l'altro, da agenzia centrale di approvvigionamento per il V Gruppo e le Forze armate (responsabilità secondo l'Allegato 1 Org-VöB). Partecipa inoltre alla cooperazione internazionale in materia di armamenti (art. 109b LM). Infine, è responsabile della gestione immobiliare del DDPS (art. 8 cpv. 1 lett. b VILB e VAI) e dell'esecuzione del materiale in disuso (art. 16 cpv. 1 MatV). La disattivazione di grandi sistemi d'arma deve essere approvata dall'Assemblea federale (art. 109a cpv. 4 LM); ad esempio, la disattivazione dell'aereo da combattimento F-5 Tiger.
- A livello cantonale, vi sono i comandi distrettuali o le autorità militari cantonali, che sono responsabili dell'esecuzione dei compiti loro assegnati.

## C. Addestramento

Secondo l'art. 60 cpv. 1 della Cost. la Confederazione è responsabile e quindi anche obbligata a formare il personale dell'esercito. Un'accurata formazione è un prerequisito per il funzionamento dell'esercito come strumento di politica di sicurezza. Dal punto di vista giuridico, l'obbligo di formazione può essere ricondotto al diritto internazionale della guerra e, nell'ambito dell'uso delle 18

armi da fuoco (di polizia), ai diritti umani (cfr. II.C.1.). La Confederazione addestra i propri membri delle forze armate sia in patria che all'estero, in alcuni casi trasferendo la formazione a terzi (cfr. II.C.2./3.).

## 1. Obbligo di formazione

19 Il contenuto della formazione si basa sui compiti dell'esercito (art. 46, art. 66 cpv. 2 [per il servizio di sostegno alla pace] e art. 93 cpv. 1 LM). Nell'ambito della sua competenza principale, la difesa, la Svizzera si è impegnata, con la ratifica delle Convenzioni di Ginevra e dei Protocolli aggiuntivi, a formare i propri membri delle forze armate in materia di diritto bellico. Questo impegno è (quasi) unanime in tutti gli accordi e protocolli aggiuntivi: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent [...] notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire [...], de telle manière que les principes en soient connus de l'ensemble de leurs forces armées [...]".

20 Si tratta di un obbligo giuridico. Tuttavia, le Convenzioni di Ginevra non spiegano quale forma debba assumere l'addestramento. In pratica, il diritto internazionale della guerra viene insegnato attraverso regolamenti e moduli di formazione teorica e pratica. Inoltre, le regole del diritto internazionale di guerra devono essere integrate in tutte le esercitazioni militari. Inoltre, l'art. 7 cpv. 1 della Convenzione dell'Aia del 14.5.1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (RS 0.520.3) obbliga l'esercito a formare le proprie truppe alla protezione dei beni culturali.

21 Anche l'esercizio dei poteri di polizia dell'esercito (art. 92 f. LM e art. 5 ss. LCoe) richiede un'accurata formazione. Quanto più grave è la potenziale violazione dei diritti fondamentali, tanto più intensa deve essere la formazione. L'articolo 2 della CEDU impone un "dovere positivo" agli Stati contraenti, secondo il quale l'uso delle armi da fuoco deve essere addestrato ("addestrato all'uso delle armi da fuoco"). La Corte europea dei diritti dell'uomo richiede "linee guida e criteri chiari che disciplinino l'uso della forza". Questo requisito deve essere soddisfatto con l'emanazione di regole di ingaggio (ROE), che specificano l'uso della forza e sono riassunte in schede tascabili.

22 Per quanto riguarda il sistema di milizia dell'Esercito svizzero, occorre prestare particolare attenzione alla formazione affinché i membri dell'Esercito

possano (ri)agire in modo legittimo e appropriato in caso di uso della forza, sia nel quadro dei poteri di polizia che del diritto internazionale di guerra.

## 2. Servizio di formazione

Il servizio di formazione è disciplinato dagli artt. 41-64 LM. Consiste nella formazione volontaria pre-servizio (art. 64 LM), nella formazione di base (art. 49 LM), nella formazione dei quadri (art. 55 LM) e nella formazione (art. 51 LM): 23

- La formazione pre-servizio volontaria è offerta a partire dai 15 anni di età e in settori specialistici selezionati (ad esempio, medicina, informatica, musica militare, aviazione [SPHAIR]; art. 3 cpv. 1 VAusb). I partecipanti non sono ancora integrati funzionalmente nelle forze armate, il che significa che la formazione è in linea con il Protocollo opzionale sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati. L'attuazione della formazione pre-servizio può essere affidata a terzi mediante un contratto di diritto pubblico (art. 64 cpv. 2 LM in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 2 e 3 VAusb-VBS).
- La formazione di base comprende la scuola reclute (art. 49 LM) e i corsi di specializzazione (art. 50 LM). La scuola reclute dura 18 settimane e deve essere iniziata entro dodici mesi dall'assunzione. In linea di principio, viene completata senza interruzioni. In via eccezionale, può essere "frazionata" (art. 57 OOPSM). Inoltre, è possibile completare volontariamente l'intero servizio di formazione in una sola volta (art. 54a VMDP, cosiddetto "Durchdiener"). Tuttavia, la percentuale di coloro che prestano servizio è limitata al fine di preservare il principio di milizia e garantire il funzionamento del sistema.
- Il servizio di formazione delle formazioni comprende i corsi di aggiornamento (WK), compresi i lavori di preparazione e di congedo (artt. 51 e 53 LM).

Il servizio di formazione comprende anche i servizi di supporto a favore di terzi, ad esempio grandi eventi sportivi nazionali e internazionali in Svizzera o eventi culturali, nonché l'assistenza spontanea. Originariamente, l'assistenza spontanea era trattata nel capitolo sui servizi di assistenza (art. 67 e segg. LM). Nell'ambito della WEA 2014, questo aspetto è stato corretto e l'assistenza spontanea è stata trasferita al servizio di formazione delle formazioni. Dalla 24

revisione 2021/2022, non solo i membri dell'esercito possono essere impiegati nel servizio di formazione delle formazioni, ma anche nella formazione di base per i servizi di supporto e l'assistenza spontanea (art. 48d LM). Allo stesso tempo, si sottolinea che l'utilità dell'addestramento deve essere in primo piano, per cui possono essere concesse eccezioni per grandi eventi sportivi e culturali di rilevanza nazionale o internazionale (il cosiddetto articolo Lauberhorn). Le richieste di sostegno a grandi eventi civili devono essere approvate in modo restrittivo, al fine di preservare il principio della neutralità competitiva (art. 94 cpv. 1 Cost.).

25 Il servizio di formazione può essere svolto anche nell'amministrazione militare (art. 59 LM). Anche in questo caso, l'attenzione deve essere rivolta all'utilità della formazione. Secondo l'opinione espressa in questa sede, anche in questo caso le domande devono essere approvate in modo restrittivo, poiché i membri delle forze armate sono in concorrenza con i civili in cerca di lavoro. Con l'aggiunta del paragrafo 4, il legislatore ha già contrastato il falso incentivo a far prestare servizio al proprio personale nell'amministrazione militare, al fine di ridurre i costi del personale guadagnando un'indennità per il mancato guadagno.

26 L'addestramento comprende anche il tiro fuori servizio (art. 63 LM). Le esercitazioni di tiro annuali sono svolte da società di tiro riconosciute (art. 63 cpv. 2 LM in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 1 Ordinanza sul tiro). Le società di tiro autorizzate ricevono per questo un'indennità in base alla SuG (art. 38 Ordinanza sul tiro).

27 Nella misura in cui le società militari e le organizzazioni mantello organizzano attività di formazione volontarie, il DDPS le sostiene con pagamenti in natura e in denaro. Il sostegno di queste attività di formazione autogestite è, secondo il DDPS, un aiuto finanziario ai sensi della LSP, per il quale esiste un diritto corrispondente (art. 10 e segg. dell'IVA). L'amministrazione militare competente ha il potere discrezionale di riconoscere le società di tiro, le società militari e le organizzazioni mantello. Nel farlo, deve rispettare il principio di uguaglianza giuridica, il dovere di salvaguardare gli interessi pubblici e il principio di proporzionalità. Se il riconoscimento di una nuova associazione presuppone una necessità/esigenza militare, l'amministrazione militare non può evitare di esaminare le attività delle associazioni già riconosciute e di tenerne conto nella sua decisione (cfr. art. 2 cpv. 2 dell'IVA e art. 19 cpv. 2 lett. c dell'ordinanza sul tiro).

La formazione militare dovrebbe essere sempre più riconosciuta dalle istituzioni civili, come ad esempio la formazione alla leadership militare o la patente di guida militare. 28

## 3. Cooperazione internazionale in materia di formazione

I progetti e le esercitazioni di formazione militare si svolgono sempre più spesso con partner stranieri. Altri Stati, l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), l'Agenzia Europea per la Difesa (AED) e la NATO nell'ambito dell'iniziativa politica "Partnership for Peace (PfP)" possono essere considerati partner di cooperazione. La decisione del Consiglio federale in materia di politica estera di accettare l'invito ad aderire al PfP è stata portata invano davanti al Parlamento e al popolo. Con l'emergere di conflitti armati nell'area europea, sono state avanzate ripetute richieste, da un lato di rafforzamento e dall'altro (per motivi di politica di neutralità) di ritiro dal PfP. In termini di neutralità, la partecipazione al PfP e alla cooperazione internazionale in materia di formazione in generale non è discutibile, purché non sia accompagnata da un obbligo di assistenza. A causa della posizione geografica e delle dimensioni ridotte della Svizzera, la cooperazione internazionale in materia di addestramento è importante per l'Esercito svizzero, ad esempio per le esercitazioni delle forze aeree e in generale per la capacità di cooperazione militare (interoperabilità) e lo scambio di conoscenze. 29

Il Consiglio federale può concludere accordi di attuazione con partner stranieri per progetti di addestramento ed esercitazioni specifici o negoziare un accordo quadro generale (art. 48a MA). In quest'ultimo caso, determina i parametri chiave come l'ambito della cooperazione in materia di formazione, la responsabilità dello Stato, ecc. Il Gruppo V può realizzare progetti di formazione internazionale di dimensioni ridotte direttamente sulla base di un accordo quadro. I progetti di formazione e le esercitazioni più grandi richiedono un accordo tecnico, che il Gruppo V può concludere autonomamente se esiste un accordo quadro (sottodelega generale di cui all'art. 106 cpv. 3 OOPSM). In assenza di un accordo quadro, il Gruppo V chiede al Consiglio federale l'autorizzazione a concludere accordi di attuazione specifici (art. 48a cpv. 1 LOGA). In pratica, la facoltà di concludere accordi viene concessa una volta all'anno mediante un'autorizzazione collettiva. 30

31 Come nel caso del servizio di sostegno alla pace o di assistenza all'estero, il Consiglio federale deve disciplinare lo status dei membri dell'esercito da impiegare mediante un "accordo sullo status delle forze" (SOFA) e, se necessario, la protezione delle informazioni ai sensi del diritto internazionale dei trattati. I poteri necessari per concludere accordi sono stati delegati dal Parlamento su base settoriale (art. 150a e 150 cpv. 4 LM). Per la cooperazione in materia di addestramento, le parti dichiarano regolarmente applicabile lo statuto delle truppe del PfP; in singoli casi, tuttavia, si deve verificare se siano necessarie concretizzazioni nel rispettivo accordo di attuazione (ad esempio per quanto riguarda le competenze per le indagini tecniche o penali nello Stato destinatario).

## D. Attrezzature

### 1. Approvvigionamento

32 La Confederazione è responsabile dell'approvvigionamento dell'equipaggiamento dell'esercito (art. 60 cpv. 1 Cost.). La ripetizione nell'art. 106 cpv. 1 LM è puramente dichiarativa in considerazione dell'attuale ordine di competenze. Inoltre, la competenza di procurare il materiale necessario deriva dall'amministrazione del fabbisogno e non richiederebbe una base giuridica speciale: l'amministrazione procura ciò che le serve per adempiere ai suoi compiti legali.

33 La linea guida per l'approvvigionamento è l'articolo 93 della LM, secondo il quale le forze armate devono essere equipaggiate in modo da poter svolgere i loro compiti in modo tempestivo e completo. A causa delle implicazioni di vasta portata, il Consiglio federale ha ottenuto il mandato per l'acquisto di nuovi aerei da combattimento tramite un decreto federale ai sensi dell'art. 28 par. 1bis lett. c e par. 3 ParlG (il cosiddetto decreto di pianificazione). Il decreto federale è stato confermato dal referendum del 27 settembre 2020.

34 Il principio di proporzionalità richiede inoltre che, nell'esercizio dei poteri di polizia, le task force debbano essere equipaggiate in modo tale che l'uso delle armi da fuoco non sia l'unico, ma l'ultimo mezzo efficace di coercizione (ultima ratio); ad esempio, attraverso un equipaggiamento aggiuntivo con spray irritanti o dispositivi di destabilizzazione. L'equipaggiamento individuale dipende dalla missione specifica.

L'Ufficio federale degli armamenti (armasuisse) è il principale responsabile dell'approvvigionamento (art. 12 OV-VBS). Per garantire l'equipaggiamento, la Confederazione può anche partecipare a società di armamento (art. 1 e segg. BGRB). Essa definisce gli obiettivi strategici che le aziende di difesa devono raggiungere per un periodo di quattro anni (art. 3 cpv. 1bis BGRB). Ad esempio, gli obiettivi strategici di RUAG MRO comprendono il supporto alla manutenzione dei sistemi dell'Esercito svizzero (manutenzione, ispezione, riparazione). In determinate circostanze, la partecipazione a società di difesa consente di effettuare appalti quasi interni, che sono esclusi dal campo di applicazione materiale della legge sugli appalti (art. 10 cpv. 3 lett. d SOA). Inoltre, a queste società si applicano diverse disposizioni di esenzione per quanto riguarda le licenze ai sensi della legge sul materiale bellico (WMO). Durante il servizio attivo, il Consiglio federale può ordinare l'impiego militare di imprese private incaricate di compiti pubblici, come le imprese ai sensi dell'Ordinanza federale sull'equipaggiamento militare (art. 81 LM). 35

L'Assemblea federale decide il quadro dei pagamenti per le risorse finanziarie dell'esercito per quattro anni alla volta (art. 148j LM; art. 20 LF). Ciò segnala solo la volontà del Parlamento di approvare questo importo nel quadro delle decisioni sul budget. Il Consiglio federale presenta annualmente all'Assemblea federale le richieste concrete di credito con il messaggio sulle forze armate. Il quadro dei pagamenti e l'approvazione dei crediti sono emessi con un semplice decreto federale (art. 148j MG e art. 25 cpv. 2 ParlG). Non è soggetto a referendum (art. 141 cpv. 1 lett. c in combinato disposto con l'art. 163 cpv. 2 Cost.). 36

L'acquisto di equipaggiamento militare è soggetto ad alcune peculiarità legali: 37

- Secondo l'art. III del CAP, le parti contraenti possono adottare le misure necessarie alla tutela dei loro interessi essenziali di sicurezza per l'acquisto di armi, munizioni e materiale bellico o per gli acquisti indispensabili alla difesa nazionale. Il legislatore svizzero ha generalmente escluso questi acquisti dall'ambito di applicazione del Trattato sullo Stato (Allegato 5 cpv. 1 lett. c BoES). A discrezione dell'amministrazione aggiudicatrice, si può rinunciare del tutto a una procedura di aggiudicazione o scegliere la procedura a invito se gli obiettivi di protezione lo consentono (art. 10 cpv. 4 lett. a SOA). Se si sceglie la procedura a invito, l'amministrazione aggiudicatrice non è vincolata da valori soglia (art. 20 cpv. 3 SOA). Il ricorso legale è escluso per motivi di sicurezza (Art. 52 cpv. 5 SOA). Le

operazioni di compensazione (offsets) sono ammesse al di fuori del campo di applicazione del Trattato sullo Stato (art. IV n. 6 GPA e contrario).

- Se armi, mezzi e metodi di guerra (sistemi d'arma) vengono acquistati di recente, modificati o destinati a un uso diverso, devono essere esaminati per verificarne la conformità al diritto internazionale (art. 36 CCP I in combinato disposto con l'art. 11 MatV). Il V Gruppo sottopone l'oggetto dell'approvvigionamento a un esame amministrativo interno indipendente e valuta se l'oggetto dell'approvvigionamento e l'uso previsto sono compatibili con i principi fondamentali e le disposizioni speciali del diritto internazionale della guerra. A tal fine, può ordinare prove di tiro e ulteriori test. L'approvazione finale può essere legata a requisiti e condizioni (ad esempio, la limitazione dell'uso di spray irritanti nei conflitti armati internazionali).

## 2. Materiale dell'esercito

38 Il materiale dell'esercito comprende l'equipaggiamento personale (armamento, abbigliamento, bagaglio ed equipaggiamento speciale ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LPAA) e l'altro materiale dell'esercito (art. 105 lett. b LM). L'equipaggiamento personale rimane di proprietà della Confederazione e, in linea di principio, non può essere utilizzato per scopi privati (art. 114 LM).

39 Il materiale dell'esercito è di proprietà dell'amministrazione. Secondo l'opinione espressa in questa sede, ciò vale anche se il Gruppo V fornisce servizi commerciali e trasferisce materiale dell'esercito a terzi dietro pagamento (art. 41 LF in combinato disposto con l'art. 148i LM). Ciò si riflette anche nel fatto che i servizi commerciali sono forniti solo se non interferiscono con il compito principale delle forze armate. Il prelievo non è un compito vero e proprio, ma un'opportunità per affittare a terzi, ad esempio, materiale dell'esercito temporaneamente inutilizzato. Il requisito della neutralità concorrenziale deve essere sempre tenuto in considerazione (art. 94 cpv. 1 Cost.). In determinate circostanze, vengono concessi sconti o riduzioni di prezzo, il che significa che il materiale dell'esercito viene dato quasi come aiuto finanziario. Il costo, nella misura in cui non si tratta di un aiuto finanziario, è concordato in un contratto di diritto civile.

40 I membri delle forze armate hanno il dovere di prendersi cura del materiale dell'esercito. Essi sono responsabili del loro equipaggiamento personale e del

materiale (dell'esercito) loro affidato durante il servizio in caso di perdita o danneggiamento (art. 139 cpv. 2 LM; responsabilità causale attenuata) o, in generale, per i danni derivanti da violazione intenzionale o gravemente negligente del dovere (art. 139 cpv. 1 LM; responsabilità per colpa). Sono riservate disposizioni speciali in materia di responsabilità (art. 135 cpv. 2 MG), come ad esempio l'art. 75 SVG per i danni causati dalla guida senza ordini/permessi (la cosiddetta "guida pericolosa").

41 Il materiale dell'esercito è particolarmente protetto dal diritto penale e disciplinare (art. 73 MStG, uso improprio e sperpero di materiale dell'esercito). A differenza del diritto penale civile, è punito anche chi danneggia, deteriora o lascia perire per negligenza un oggetto affidatogli nell'esercizio delle sue funzioni. Anche l'uso non autorizzato dell'uniforme dell'Esercito svizzero da parte di persone non appartenenti all'esercito è stato esplicitamente reso un reato punibile (art. 331 CP). Lo stesso vale per le persone soggette al servizio militare (art. 73 MStG), per le quali l'art. 22 VPAA specifica le occasioni in cui possono indossare l'uniforme senza autorizzazione. Per indossare l'uniforme all'estero è necessaria l'autorizzazione del protocollo militare (art. 4 Ordinanza sull'uso di uniformi straniere in Svizzera e di uniformi militari svizzere all'estero). Quest'ultima richiede inoltre il consenso dello Stato ricevente, poiché indossare l'uniforme dell'esercito svizzero all'estero potrebbe altrimenti essere percepito come un atto ostile.

42 Al momento del congedo dall'esercito, alcuni elementi dell'equipaggiamento possono essere ceduti ai membri dell'esercito come proprietà (art. 26 e segg. LPAA; ad esempio l'equipaggiamento senza stampa mimetica e l'arma personale). Lo scopo principale della cessione dell'arma personale è quello di consentire ai membri dell'esercito di continuare a sparare con l'arma dell'esercito anche dopo aver lasciato l'esercito. L'ordinanza richiede un ulteriore certificato di tiro (ad esempio per il tiro da campagna) e non solo l'adempimento dell'obbligo legale di tiro. Inoltre, è necessario un certificato di acquisizione di armi da fuoco (art. 29 f. VPAA).

43 Se vi sono indizi concreti di pericolo con l'arma personale o di un suo uso improprio da parte del personale di servizio, il comando distrettuale deve ordinare la rimozione cautelativa dell'arma personale (art. 17 VPAA). Il Tribunale amministrativo federale ha inoltre affermato la responsabilità della Confederazione (e non del comando distrettuale cantonale, che non era a

conoscenza delle circostanze specifiche) dopo che un membro dell'esercito, dichiarato non idoneo, aveva sparato a un poliziotto con la sua pistola militare e ne aveva ferito un altro durante lo sfratto del suo appartamento.

44 Nel 2011, la popolazione svizzera ha respinto l'iniziativa popolare "Per la protezione dalla violenza delle armi". Secondo questa iniziativa, l'arma avrebbe dovuto essere conservata dall'esercito fuori servizio. Un successivo trasferimento di proprietà sarebbe stato fondamentalmente escluso.

## III. PARAGRAFO 3: STRUTTURE MILITARI DEI CANTONI

45 Numerose installazioni militari sono ancora di proprietà dei Cantoni. La Confederazione può rilevarle (unilateralmente) nella misura necessaria, ossia tenendo conto dell'interesse pubblico e della proporzionalità. Questo diritto di acquisizione è rivolto esclusivamente ai Cantoni e non a soggetti privati. Nell'esercizio del diritto di rilevamento, la Confederazione deve ai Cantoni un indennizzo adeguato (equo) ma non completo. In questo senso, il paragrafo 3 non è un titolo di esproprio (ordinario), ma un diritto di esproprio speciale costituzionale.

46 Finora, la Confederazione e i Cantoni hanno raggiunto un consenso sull'uso dei campi di addestramento militare cantonali e hanno concluso un accordo di diritto pubblico (art. 6 VWS). Al cosiddetto contratto di armeria tra il Consiglio federale e un governo cantonale seguono contratti di utilizzo e altri accordi più specifici a livello di dipartimenti e uffici.

47 Dal 2018, l'indennizzo si basa sul modello dell'affittuario (art. 7 VWS). La Confederazione ha quindi abbandonato il modello di indennizzo di vecchia data, che consisteva in interessi, ammortamenti e spese di manutenzione, oltre a un indennizzo giornaliero per persona e veicolo.

48 Come per la valutazione del sito di un nuovo edificio, quando si decide di prendere in consegna una struttura cantonale, da un lato si devono consultare le disposizioni di diritto pubblico sull'uso, in modo che l'uso militare previsto possa essere effettivamente realizzato. Dall'altro lato, nel processo decisionale si deve tenere conto delle disposizioni speciali del diritto internazionale di guerra. In particolare, gli obiettivi militari non possono essere collocati, per quanto possibile, all'interno o in prossimità di aree densamente popolate (art. 58 lett. b CP I), in prossimità di installazioni e strutture contenenti forze pericolose (art. 56 par. 5 CP I) e in prossimità di beni culturali (art. 8 lett. b

Secondo Protocollo del 26.3.1999 alla Convenzione dell'Aia del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, RS 0.520.33).

*L'autore*

*Jan Imhof ha studiato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Berna (MLaw con specializzazione in diritto della pubblica amministrazione) ed è stato successivamente ammesso all'albo degli avvocati di Berna. Dal 2020 al 2022 ha lavorato come assistente di ricerca presso il Servizio giuridico internazionale di guerra (KVR) dello Stato maggiore dell'esercito, Dipartimento federale della difesa, della protezione della popolazione e dello sport (DDPS). È membro della giustizia militare nel dipartimento degli affari esteri e attualmente lavora come cancelliere presso la divisione penale del tribunale regionale di Berna-Mittelland.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Albertini Gianfranco/Armbruster Thomas/Spörri Beat, Militärisches Einsatzrecht, Zürich 2016.

Freiburghaus Dieter/Buchli Felix/Honegger Edith, Das Duopol der legitimen Gewalt im schweizerischen Bundesstaat, Cahier de l'IDHEAP 223/ 2005.

Griffel Alain, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991.

Häner Isabelle/Lienhard Andreas/Uhlmann Felix/Vogel Stefan/Kern Markus/ Achermann Alberto, Besonderes Bundesverwaltungsrecht, 9. Aufl., Basel 2021, S. 517-523.

Lienhard Andreas/Häsler Philipp, Verfassungsmässigkeit des Entwicklungsschrittes 2008/11 der Schweizer Armee, VPB 2007.2 S. 9-75.

Meyer Hansjörg, Grundaufgabe der Armee und weitere Aufgaben des Staates, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III/1, Basel 2008.

Moeckli Daniel, Sicherheitsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 629-651.

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Basel 2009.

Müller Reto Patrick/Greuter Stéphanie, Der grundrechtliche Rahmen für Anti-Terror-Operationen in Europa, Bern 2021.

Rechsteiner David, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Zürich et al. 2016.

Saladin Gerhard M., Einsatz der Armee zur Unterstützung ziviler Sicherheitsorgane des Bundes, in: Schindler Benjamin/Kiener Regina/Bühler René (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III/2, Basel 2018, S. 315-366.

## BIBLIOGRAFIA E I MATERIALI

Armeebotschaft 2021 vom 17.2.2021, BBl 2021 S. 372 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/372/de, besucht am 24.5.2023.

Armeebotschaft 2022 vom 16.2.2022, BBl 2022 S. 615 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/615/de, besucht am 24.5.2023.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birke Rainer, Strafverfolgung nach dem NATO-Truppenstatut, Dresden 2003.

Blumer Patrick/Wildt Anna, Änderung des Militärgesetzes und der Armeeorganisation 2022: Reform der Reform?, S&R 2/2022, S. 80-92.

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung vom 20.5.1874, betreffend die Abstimmung vom 19. April 1874 über die abgeänderte Bundesverfassung, BBl 1874 I S. 699 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1874/1_699__/de besucht am 24.5.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I S. 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft über das Fakultativprotokoll von 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 5.9.2001, BBl 2001 S. 6339 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/1081/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zu einem Planungsbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge vom 26.6.2019, BBl 2019 S. 5081 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1777/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee vom 3.9.2014, BBl 2014 S. 6955 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/1566/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Änderung des Militärgesetzes und der Armeeorganisation vom 1.9.2021, BBl 2021 S. 2198 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2198/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Armeereform XXI und zur Revision der Militärgesetzgebung vom 24.10.2001, BBl 2002 S. 858 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/118/de, besucht am besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund
und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 S. 2291 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/316/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.2.2017, BBl 2017 S. 1851 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/417/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz vor Waffengewalt» vom 16.12.2009, BBl 2010 S. 137 ff., aufrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/37/de, besucht am 24.5.2023.

Die Sicherheitspolitik der Schweiz. Bericht des Bundesrates (SIPOL-B 21) vom 24.11.2021, BBl 2021 S. 2895 ff.; abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2895/de, besucht am 24.5.2023.

Diggelmann Oliver/Altwicker Tilmann, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Flachsmann Stefan/Fluri Patrick/Isenring Bernhard/Philippin Edgar/Röthlisberger Jean-Marie, Disziplinarstrafordnung. Das militärische Disziplinarstrafrecht, 6. Aufl., Zürich et al. 2022.

Flachsmann Stefan/Immenhauser Martin, Die Unabhängigkeit der Militärjustiz, Jusletter 13. Mai 2019.

Gill Terry et al., Leuven Manual on the International Law Applicable to Peace Operations, Cambridge 2017.

Imhof Jan, Subdelegation von Vertragsabschlusskompetenzen an Verwaltungseinheiten, Umsetzung und Entwicklung am Beispiel der internationalen militärischen Ausbildungszusammenarbeit, LeGes 32 (2021) 1.

International Committee of the Red Cross, Commentaries on the Geneva Conventions and Additional Protocols, https://ihl-databases.icrc.org, besucht am 24.5.2023.

Kolb Robert/Hyde Richard, An Introduction to the International Law of Armed Conflict, Oxford 2008.

Krage Philipp, Teilrevision des Militärgesetzes durch die WEA und ihre Auswirkungen auf die Aufgaben der Armee, S&R 2/2017, S. 79-96.

Lang Christoph Ignaz, Umweltschutzrecht und Militär, Zürich 1997.

Lampert Michael/Stauffer Thomas, Organisation der Gruppe Verteidigung – Dilemma zwischen Militärverwaltung und Armee?, Bern 2017.

Lazzarini Claudio, Die anerkannten militärischen Schiessvereine, Zürich 1985.

Lubishtani Kastriot, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Meyer Hansjörg/Reto Patrick Müller, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Saladin Gerhard M., Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Milizprinzips der Schweizer Armee, Zürich et al. 2012.

Schindler Benjamin, Schusswaffeneinsätze der Armee in Friedensförderungsdienst: Rahmenbedingungen des Schweizer Rechts, S&R 2/2008, S. 94-102.

Spring Alexander, The International Law Concept of Neutrality in the 21st Century. An Analysis of Contemporary Neutrality with a Focus on Switzerland, Zürich et al. 2014.

Strategische Ziele des Bundesrates für die RUAG MRO Holding AG in den Jahren 2020-2023 vom 23.10.2019, BBl 2020 S. 1316, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1316/de, besucht am 24.5.2023.

Timm Donald A., Supplement Arrangements, in: Fleck Dieter (Hrsg.), The Handbook of the Law of Visiting Forces, 2. Aufl., Oxford 2018, S. 408-412.

Voetelink Joop, Military Law Enforcement, in: Fleck Dieter (Hrsg.), The Handbook of the Law of Visiting Forces, 2. Aufl., Oxford 2018, S. 261-274.

Wirz Heinrich L./Strahm Florian A., Armee, Bund und Kantonale Militärhoheit. Die verfassungsrechtliche Zentralisierung des schweizerischen Wehrwesens und ihre Folgen, Schriftenreihe BiG Nr. 45, 2010.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 68 Cost.

Un commentario di Marco Zollinger

CITAZIONE SUGGERITA

Marco Zollinger, Commentary of art. 68 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Zollinger, art. 68 FC N. XXX.

**Art. 68 Cost. Sport**

[1] La Confederazione promuove lo sport, in particolare l'educazione sportiva.

[2] Gestisce una scuola di sport.

[3] Può emanare prescrizioni sullo sport giovanile e dichiarare obbligatorio l'insegnamento dello sport nelle scuole.

# STRUTTURA

I. Generale ..... 799
A. Storia delle origini ..... 799
B. Definizione costituzionale di sport ..... 801
II. Promozione dello sport e dell'attività fisica ..... 802
A. Paragrafo 1: Promozione dello sport ..... 802
1. La competenza del governo federale nella promozione dello sport ..... 803
2. Misure di promozione dello sport a livello federale ..... 804
3. Impegno finanziario della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni nel settore dello sport ..... 806
B. Paragrafo 2: Scuola dello sport ..... 807
C. Paragrafo 3: Sport giovanile e scolastico ..... 808
1. Sport giovanile ..... 808
2. Sport scolastico ..... 809
III. letture consigliate ..... 812
IV. L'autore ..... 813

# I. GENERALE

## A. Storia delle origini

I primi inizi di una promozione e di una regolamentazione dello sport da parte dello Stato (federale) sono stati percepiti in Svizzera intorno all'anno 1874. All'epoca non esisteva una disposizione costituzionale specifica per lo sport. La Confederazione affrontò per la prima volta la questione della ginnastica e dello sport nel contesto della revisione costituzionale del 1874. Tuttavia, il discorso in questa prima fase della copertura costituzionale federale della ginnastica e dello sport era in gran parte plasmato da considerazioni di politica di difesa: sulla base degli articoli sulla difesa della vecchia costituzione federale del 29 maggio 1874 (art. 18 e segg. aBV), l'istruzione preliminare obbligatoria per i ragazzi dai 10 ai 20 anni fu introdotta come parte dell'organizzazione militare del 1874. Questo serviva come preparazione al servizio militare. 1

A causa dell'insoddisfacente attuazione dell'istruzione preliminare obbligatoria nei cantoni, furono apportati vari aggiustamenti all'organizzazione militare del 1907: Le lezioni di ginnastica sono state dichiarate obbligatorie nelle scuole per i ragazzi a partire dal settimo anno scolastico e integrate con lezioni preliminari volontarie dopo la fine della scuola. L'ordinanza del 1909 sulle lezioni preliminari fu rivista nel 1928 e infine trasferita nell'ordinanza del 7 gennaio 1947 sulla promozione della ginnastica e dello sport. In quest'ultimo caso, l'obbligo di praticare sport a scuola è stato fissato a tre ore settimanali ed è stato ancorato il funzionamento della Scuola federale di ginnastica e sport creata a Macolin durante la Seconda guerra mondiale. A livello federale, i regolamenti sulla ginnastica e sullo sport - così come il programma sportivo scolastico obbligatorio - erano rivolti solo ai ragazzi e agli uomini fino al 1970. Entro la seconda guerra mondiale, tuttavia, 15 cantoni avevano dichiarato la ginnastica obbligatoria anche per le ragazze e le giovani donne. 2

La seconda fase della copertura costituzionale federale dello sport in Svizzera è iniziata nella seconda metà del XX secolo. A causa della ridotta attività fisica della popolazione, gli aspetti positivi per la salute associati alla ginnastica e allo sport sono passati sempre più in primo piano nelle considerazioni (politiche). Inoltre, fino al 1970 gli articoli di difesa della vecchia Costituzione 3

federale costituivano la base costituzionale, che limitava la competenza della Confederazione a promuovere la ginnastica e lo sport in relazione all'età e al sesso. Questa restrizione ha portato a risultati insoddisfacenti, soprattutto per quanto riguarda la parità di genere e la salute dell'intera popolazione. Nel 1967 si iniziò quindi a lavorare a un articolo costituzionale e a una legge federale sulla promozione della ginnastica e dello sport. Il nuovo Art. 27quinquies aBV è stato approvato a larga maggioranza nel referendum del 27 settembre 1970. Tra le altre cose, ciò ha dato una base costituzionale al programma sportivo scolastico obbligatorio e alla Scuola federale di ginnastica e sport di Macolin e ha conferito alla Confederazione l'autorità di emanare regolamenti sulla ginnastica e sullo sport con effetto per tutta la popolazione. L'integrazione sistematica dell'articolo costituzionale nell'art. 27 e segg. aBV sull'istruzione ha sottolineato anche il "distacco dalla difesa nazionale".

4 In base all'art. 27quinquies dell'AVS, la Legge federale del 17 marzo 1972 sulla promozione della ginnastica e dello sport (RS 415.0) e l'Ordinanza del 26 giugno 1972 sulla Legge federale sulla promozione della ginnastica e dello sport (RS 415.01) sono entrate in vigore il 1° luglio 1972. Lo scopo della legge era quello di promuovere la ginnastica e lo sport nell'interesse dello sviluppo dei giovani, della salute pubblica e della forma fisica. Le "preoccupazioni di politica sanitaria, sociale e sportiva" del legislatore federale sono state chiaramente espresse in esso. In particolare, la legge federale ha dichiarato la ginnastica e l'educazione fisica obbligatorie per tutti gli alunni di tutte le scuole elementari, secondarie e professionali, compresi i seminari e le scuole di formazione per insegnanti. L'istruzione militare preliminare volontaria è stata trasferita a "un'istituzione moderna", Gioventù e Sport.

5 Mentre nelle prime due fasi le preoccupazioni specifiche erano legate alla promozione della ginnastica e dello sport, dalla terza fase in poi la competenza costituzionale federale è stata caratterizzata dalla promozione olistica dello sport. Il contenuto dell'art. 27quinquies aBV è stato trasferito senza modifiche all'art. 68 BV nel corso della revisione totale della Costituzione federale. Tuttavia, dal relativo messaggio si evince chiaramente che l'articolo costituzionale è stato rivisto in senso redazionale nel senso delle associazioni sportive e che "ora" è stata inserita una competenza federale per la promozione olistica dello sport. In questo senso, il Consiglio federale ha attuato questo cambiamento di rotta nell'anno in cui è entrata in vigore la nuova Costituzione federale con l'adozione del concetto del 30 novembre

2000 per una politica sportiva in Svizzera. Il concetto di politica sportiva si basava sulle cinque aree della salute, dell'istruzione, delle prestazioni, dell'economia e della sostenibilità, per cui la politica sportiva era "incorporata negli obiettivi statali prioritari" sulla base di un principio guida generale dello sport e di cinque obiettivi principali. Di conseguenza, non si può dire che in questa fase la Confederazione abbia perseguito un obiettivo statale indipendente con la promozione dello sport. Piuttosto, il Consiglio federale ha cercato di "dare un contributo politico [alla] nascita di un´ampia cultura del movimento, uno ´Spirito dello Sport´, che può anche contribuire alla coesione e all´identità della nostra società".

In base all'art. 68 della Costituzione federale, la Legge federale del 17 giugno 2011 sulla promozione dello sport e dell'attività fisica (Legge sulla promozione dello sport, SpoFöG; RS 415.0) e l'Ordinanza del 23 maggio 2012 sulla promozione dello sport e dell'attività fisica (Ordinanza sulla promozione dello sport, SpoFöV; RS 415.01) sono entrate in vigore il 1° ottobre 2012. Le linee guida collaudate ed essenziali del concetto di politica sportiva sono state incorporate nella nuova legge sulla promozione dello sport. Tuttavia, il passaggio a un approccio olistico alla promozione dello sport non ha avuto un impatto sostanziale sulla portata della promozione sportiva statale. In seguito, la promozione dello sport in Svizzera è rimasta caratterizzata dal primato del coinvolgimento dei privati, come espressione del principio di sussidiarietà. 6

Attualmente, il Piano d'azione federale per la promozione dello sport del 26 ottobre 2016 definisce la politica sportiva federale. Il piano d'azione è stato elaborato in risposta alla mozione 13.3369 della Commissione per la scienza, l'educazione e la cultura del Consiglio nazionale e fornisce una panoramica concettuale e finanziaria del futuro sviluppo della promozione sportiva federale. Il piano d'azione comprende un concetto per lo sport di massa e uno per lo sport agonistico, nonché un concetto immobiliare per lo sport. 7

## B. Definizione costituzionale di sport

Il concetto di sport non è definito nella Costituzione federale. Né può essere ricavato dalla sistematica della Costituzione federale o da qualsiasi altra disposizione costituzionale. Il concetto di sport si trova solo nell'art. 68 della Costituzione federale e nell'art. 106 comma 6 della Costituzione federale (sull'utilizzo dei proventi netti dei giochi in denaro). Non esiste inoltre un'altra definizione giuridica riconosciuta del termine. Tuttavia, a causa dello sforzo di 8

promuovere lo sport nel suo complesso, si può ipotizzare una definizione costituzionale ampia di sport. In questo contesto, si può utilizzare la definizione di sport del Consiglio d'Europa, che gode di una certa accettazione internazionale e, a differenza di altre definizioni comuni, di una formulazione meno restrittiva e aperta. Secondo questa definizione, lo sport comprende "tutte le forme di attività fisica che, attraverso la partecipazione organizzata o non organizzata, hanno per oggetto l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e mentale, lo sviluppo delle relazioni sociali o il conseguimento di risultati in competizioni a tutti i livelli". Nel senso di questo concetto, la Confederazione promuove anche lo sport e l'attività fisica nell'interesse del rendimento fisico e della salute della popolazione, dell'educazione olistica e della coesione sociale.

## II. PROMOZIONE DELLO SPORT E DELL'ATTIVITÀ FISICA

9 L'art. 68 della Costituzione federale si trova nella terza sezione sull'istruzione, la ricerca e la cultura nella distribuzione dei compiti e delle competenze tra la Confederazione e i Cantoni. Da un punto di vista sistematico, l'articolo fa quindi parte della Costituzione sull'istruzione, anche se non è stato oggetto della riorganizzazione delle disposizioni costituzionali sull'istruzione nel 2006. A causa della sua posizione sistematica, il contenuto dell'art. 68 FC, che è specifico del diritto dell'istruzione e dello sport scolastico - in particolare l'art. 68 comma 3 FC - è concettualmente un elemento dello spazio educativo svizzero (cfr. art. 61a FC). Tuttavia, la disposizione ha un "significato indipendente" più ampio, nella misura in cui è dedicata alla promozione dello sport al di là dell'educazione (in modo olistico). Dall'art. 68 BV derivano tre diversi tipi di competenze federali. Mentre l'art. 68 cpv. 1 BV, in quanto competenza di promozione parallela e limitata della Confederazione, non esclude una promozione simultanea dello sport e dell'attività fisica da parte dei Cantoni, l'art. 68 cpv. 2 BV sancisce un mandato d'azione della Confederazione per la gestione di una scuola sportiva. L'art. 68 par. 3 BV contiene una competenza legislativa concorrente e successivamente derogatoria nel settore dello sport giovanile e scolastico.

### A. Paragrafo 1: Promozione dello sport

10 Ai sensi dell'art. 68 comma 1 BV, la Confederazione promuove lo sport, in particolare l'istruzione. Il primo paragrafo dell'articolo costituzionale

stabilisce una competenza federale e allo stesso tempo incarica la Confederazione di agire in qualità di promotore. Costituisce la base costituzionale per la promozione dello sport e dell'attività fisica da parte della Confederazione.

## 1. La competenza del governo federale nella promozione dello sport

La competenza a promuovere lo sport esiste parallelamente a quella dei Cantoni. Non include alcuna competenza normativa, perché altrimenti il secondo e il terzo comma della disposizione costituzionale sarebbero superflui per considerazioni sistematiche. In assenza di tale competenza, la Confederazione non può stabilire regolamenti sullo sport in sé o sui singoli sport. Di conseguenza, il potere di cui all'art. 68 par. 1 FC è una competenza puramente promozionale, limitata a questo. D'altra parte, l'art. 68 cpv. 1 Cost. non limita il modo in cui la Confederazione promuove lo sport. La competenza a promuovere va quindi intesa in modo olistico e può estendersi a tutti i tipi di sport e a tutta la popolazione. L'uso del termine "promozione" indica anche la forma di sostegno. La promozione è caratterizzata principalmente dal sostegno con mezzi finanziari. Allo stesso tempo, promuovere significa agire in modo sussidiario. In linea di principio, il sostegno (finanziario) deve quindi riguardare le misure cantonali, comunali o private esistenti e, se necessario, completarle. La competenza parallela si limita quindi a un sostegno globale, ma sussidiario, allo sport, in particolare sotto forma di benefici finanziari statali o attraverso la creazione di condizioni quadro favorevoli. Queste condizioni quadro devono essere a loro volta definite in modo ampio. Possono includere, ad esempio, la creazione di un sistema fiscale favorevole per le federazioni sportive e i club sportivi nazionali e internazionali o la lotta al doping per garantire uno sport pulito. 11

Tuttavia, l'art. 68 comma 1 BV non contiene solo una competenza in base alla quale la Confederazione può promuovere lo sport. Piuttosto, l'articolo costituzionale obbliga la Confederazione a promuovere lo sport. A questo proposito, il primo paragrafo sancisce anche un mandato obbligatorio per la Confederazione. In una certa misura, questo obbligo di promuovere lo sport è in tensione con il principio secondo cui la promozione implica un'azione sussidiaria da parte della Confederazione. Di conseguenza, la portata del mandato costituzionale di promuovere lo sport non può essere determinata in astratto. Da un lato deriva dagli obiettivi politici e sociali associati alla 12

promozione dello sport e dall'altro dalla mancanza di iniziative private o di impegno privato. Entrambi i fattori possono variare a seconda del tipo di sport, essere uguali o opposti ed essere soggetti a cambiamenti nel tempo.

13 La competenza di promozione e il mandato di promozione si riferiscono in particolare alla formazione. Questo secondo comma del primo paragrafo dell'art. 68 della Costituzione federale chiarisce che la promozione si riferisce ugualmente allo sport di base, allo sport giovanile orientato alla prestazione e allo sport d'élite. Si riconosce inoltre che lo sport di alto livello è un "importante motore di sviluppo dello sport", in quanto "influenza lo sport di base come motivatore e acceleratore" ed è un "generatore di identità nazionale e un fattore economico che non dovrebbe essere sottovalutato". Il comma aggiuntivo consente inoltre alla Confederazione di sostenere finanziariamente la formazione e il perfezionamento degli insegnanti di sport, di promuovere la creazione di scuole sportive sovraregionali, cantonali, comunali o private e di coordinarne il funzionamento. Senza interferire con la sovranità dei Cantoni in materia scolastica (cfr. art. 62, comma 1, della Costituzione federale), la Confederazione ha quindi anche il diritto di adottare misure per conciliare la scuola dell'obbligo con lo sport agonistico giovanile.

## 2. Misure di promozione dello sport a livello federale

14 Come l'ambito della promozione costituzionalmente ammessa, anche il tipo di misure da adottare non è specificato nell'art. 68 cpv. 1 Cost. Tuttavia, l'articolo costituzionale non limita le misure concepibili nell'ambito di ciò che è altrimenti consentito dal diritto costituzionale. In base all'art. 68 comma 1 FC, la Confederazione ha adottato una serie di misure di promozione. Le misure di promozione derivano dalla legislazione federale, in particolare dalla Legge sulla promozione dello sport, e sono specificate nell'Ordinanza sulla promozione dello sport. Per quanto riguarda la promozione generale dello sport e dell'attività fisica, la Confederazione sostiene, coordina e avvia innanzitutto programmi e progetti per promuovere lo sport e l'attività fisica regolare a tutti i livelli di età. Oltre al programma Gioventù e Sport, questo include in particolare il programma Sport Adulti Svizzera (esa). A questo proposito, la Confederazione è essenzialmente impegnata nella formazione e nell'aggiornamento dei dirigenti che conducono programmi sportivi per persone in età adulta. Inoltre, la Confederazione sostiene le associazioni

sportive. L'organizzazione mantello dello sport svizzero (Swiss Olympic) riceve un contributo annuale per la promozione, lo sviluppo e il sostegno dello sport svizzero. L'Ufficio federale dello sport (UFSPO) stipula con l'organizzazione mantello un contratto di prestazione che regola in particolare i contributi in denaro, in servizi e in natura della Confederazione all'organizzazione mantello e il loro trasferimento alle associazioni sportive nazionali. Nell'ambito delle sue competenze, la Confederazione assicura che le federazioni sportive internazionali trovino in Svizzera buone condizioni quadro per le loro attività. In questo contesto, va menzionata l'esenzione delle federazioni sportive internazionali dall'imposta federale diretta, che è stata criticata da alcuni ambienti. La Confederazione può anche fornire assistenza finanziaria per impianti sportivi di importanza nazionale. In relazione alle infrastrutture sportive, la Confederazione elabora un concetto di impianti sportivi nazionali (NASAK), che illustra lo stock di impianti sportivi esistenti di importanza nazionale, il fabbisogno di impianti sportivi nonché le priorità di attuazione e le implicazioni in termini di costi. La FOSPO gestisce anche un centro di formazione e corsi a Macolin e uno a Tenero.

15 Oltre a queste misure di promozione generale dello sport e dell'attività fisica, la Confederazione sostiene la promozione dello sport giovanile orientato alla prestazione e dello sport d'élite. In particolare, fornisce servizi per sostenere gli atleti di alto livello nello sviluppo delle loro prestazioni e supporta l'istruzione e la formazione degli allenatori nello sport giovanile orientato alle prestazioni e nello sport di alto livello. La possibilità per gli atleti di alto livello di utilizzare il servizio militare obbligatorio e volontario per lo sviluppo delle prestazioni e delle competizioni è di notevole importanza per la promozione dello sport di alto livello. Sulla base della corrispondente disposizione di legge, l'Ordinanza del 29 ottobre 2003 sullo sport militare (RS 512.38) regola le misure per promuovere lo sport di alto livello durante il servizio militare. Come misure di questo tipo, la Confederazione offre, ad esempio, la scuola superiore di reclutamento sportivo o l'impiego come militare temporaneo. Inoltre, la Confederazione può sostenere in Svizzera eventi sportivi e congressi internazionali di rilevanza europea o mondiale, a condizione che i Cantoni contribuiscano adeguatamente ai costi. In questo quadro, la Confederazione può contribuire ai costi di candidatura e di organizzazione di eventi sportivi e congressi internazionali. Infine, sotto la voce correttezza e sicurezza, la Confederazione crea le condizioni per uno sport pulito e trasparente, combattendo gli effetti collaterali indesiderati dello sport. A tal

fine, stabilisce norme sulla lotta al doping e adotta misure contro la manipolazione delle competizioni. Inoltre, la base giuridica esistente, secondo la visione qui sostenuta, offre anche l'opportunità di combattere problemi sistemici come gli abusi fisici e psicologici nello sport come effetti collaterali indesiderati. In particolare, il governo federale può subordinare il proprio sostegno finanziario a corrispondenti misure interne di lotta, educazione e controllo degli abusi.

## 3. Impegno finanziario della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni nel settore dello sport

16 Come già detto, in Svizzera la promozione dello sport da parte dello Stato è caratterizzata dal primato dell'impegno privato e dal principio di sussidiarietà. Ciò significa che le associazioni sportive private e i club sportivi costituiscono il patrocinio e la base dello sport svizzero. Questo va di pari passo con un impegno volontario difficile da quantificare. Questo principio di milizia ha una "lunga tradizione" nello sport svizzero e sgrava lo Stato dal punto di vista finanziario. Inoltre, il governo federale, i cantoni e i comuni finanziano solo una piccola parte della promozione sportiva totale. La quota dello Stato nel finanziamento dello sport in Svizzera è stimata al 5%. Nel 2010, la spesa totale della Confederazione per lo sport è stata di 190 milioni di franchi, mentre i Cantoni hanno speso 232 milioni di franchi e i Comuni 1,35 miliardi di franchi. Negli anni successivi, le spese cantonali e comunali per lo sport sono rimaste sostanzialmente costanti: nel 2018, le spese cantonali ammontavano a 290 milioni di franchi e quelle comunali a 1,26 miliardi di franchi.

17 La Legge federale del 29 settembre 2017 sui giochi in denaro (Legge sui giochi in denaro, LBG; RS 935.51) obbliga i Cantoni a utilizzare gli utili netti delle lotterie e delle scommesse sportive interamente per scopi di beneficenza, anche nell'ambito dello sport (cfr. anche art. 106 cpv. 6 OP). Circa la metà della spesa cantonale a favore dello sport è finanziata dalla distribuzione degli utili netti delle due lotterie nazionali SWISSLOS Interkantonale Landeslotterie Genossenschaft e Société de la loterie de la Suisse romande. Nel 2020, le due società di lotterie hanno distribuito insieme un importo di 178 milioni di franchi svizzeri a beneficio dello sport svizzero. Di questo importo, circa 120,9 milioni di franchi svizzeri sono andati ai Cantoni per la promozione degli sport di massa e delle infrastrutture sportive. 57,1

milioni di franchi svizzeri sono andati alla Sport-Toto-Gesellschaft, che ha trasferito questi fondi a Swiss Olympic, Swiss Football, Swiss Ice Hockey e Schweizer Sporthilfe. A partire dal 1° gennaio 2023, la (nuova) Fondazione per la promozione dello sport in Svizzera assumerà i compiti della società Sport Toto.

## B. Paragrafo 2: Scuola dello sport

L'art. 68 comma 2 BV stabilisce che la Confederazione gestisce una scuola sportiva. L'idea di una scuola sportiva federale è nata sotto l'impatto della Seconda Guerra Mondiale, per migliorare la preparazione militare della popolazione (maschile). Il decreto federale del 3 marzo 1944 ha creato la Scuola federale di ginnastica e sport di Macolin con lo scopo di formare istruttori militari. Il suo funzionamento è stato inizialmente regolato dall'ordinanza del 7 gennaio 1947 sulla promozione della ginnastica e dello sport. Nel corso della creazione dell'articolo costituzionale, la scuola sportiva ha trovato un esplicito ancoraggio costituzionale nell'art. 27quinquies comma 3 aBV. Dopo la revisione totale della Costituzione federale nel 1999, il funzionamento dell'Istituto federale dello sport di Macolin (EHSM), nel frattempo rinominato, è stato stabilito dall'articolo 68, paragrafo 2, della Costituzione federale. La Confederazione è obbligata a gestire una scuola sportiva, poiché il paragrafo prevede esplicitamente l'esistenza di una scuola sportiva federale. Tuttavia, la Confederazione ha un margine di manovra nella progettazione concreta della scuola sportiva, sia in termini di contenuti che di organizzazione. L'art. 68 comma 2 della Costituzione federale stabilisce quindi un mero mandato ad agire. Lo status e i compiti dell'EHSM sono poi specificati nella legislazione federale. Di conseguenza, la Confederazione gestisce un'università per lo sport con insegnamento, ricerca e servizi nel campo delle scienze sportive, nonché istruzione e formazione a livello terziario. 18

L'EHSM è un'unità organizzativa della FOSPO e contribuisce alla promozione nazionale dello sport e dell'attività fisica. Svolge questo compito in particolare svolgendo un "ruolo essenziale nel coordinamento degli studi sportivi offerti in Svizzera" e impegnandosi nella "ricerca e nello sviluppo delle scienze dello sport, orientati all'applicazione e interdisciplinari". L'EHSM gode di autonomia nell'insegnamento e nella ricerca. È considerato un istituto di istruzione superiore ai sensi della Legge federale del 30 settembre 2011 sulla 19

promozione delle istituzioni di istruzione superiore e sul coordinamento del settore svizzero dell'istruzione superiore (Legge sulla promozione e il coordinamento dell'istruzione superiore, HFKG; RS 414.20). L'EHSM ha tre compiti principali: fornisce istruzione e formazione orientata alla pratica, ricerca e sviluppo basati sulle applicazioni e servizi. Nell'ambito dell'insegnamento, offre un corso di laurea triennale e un corso di laurea magistrale. Può anche offrire corsi di formazione continua e altri programmi di formazione permanente. Di particolare importanza nell'ambito della ricerca e dello sviluppo è l'adempimento dei compiti di ricerca dei dipartimenti federali nel settore dello sport e dell'esercizio fisico, in particolare per quanto riguarda la consulenza politica, la perizia, la valutazione e il monitoraggio. È quindi "il centro di ricerca del governo federale nel campo dello sport". I servizi (a pagamento) dell'EHSM riguardano in particolare le aree della medicina sportiva, della fisioterapia e della diagnostica delle prestazioni. Inoltre, la Confederazione può sostenere la ricerca scientifica sportiva anche al di fuori dell'EHSM sotto forma di contributi alla ricerca. Un elemento essenziale del sostegno federale alla ricerca in campo sportivo è un concetto di ricerca che l'FOSPO elabora per un periodo di quattro anni. Il concetto di ricerca è integrato nella pianificazione e nel coordinamento della politica di ricerca in conformità alla Legge federale del 14 dicembre 2012 sulla promozione della ricerca e dell'innovazione (RIPA; RS 420.1).

## C. Paragrafo 3: Sport giovanile e scolastico

20 Ai sensi dell'art. 68, comma 3, della Costituzione federale, la Confederazione può emanare norme sullo sport giovanile e dichiarare obbligatoria l'educazione fisica nelle scuole.

### 1. Sport giovanile

21 L'art. 68, comma 3, della Costituzione federale attribuisce inizialmente alla Confederazione una competenza legislativa concorrente e successivamente derogatoria nel settore dello sport giovanile. La Confederazione ha quindi il potere di legiferare in modo definitivo nel settore dello sport giovanile al di là della promozione prevista dall'art. 68, comma 1, della Costituzione federale. Tuttavia, la Confederazione non ha ancora emanato un regolamento definitivo, il che significa che i Cantoni sono ancora liberi di stabilire regolamenti sullo sport giovanile, a condizione che non siano in contrasto con

le disposizioni federali esistenti (cfr. art. 49 comma 1 BV). Lo sport giovanile riguarda lo sport volontario di bambini e giovani all'interno e all'esterno della scuola. In base alla normativa vigente, lo sport giovanile riguarda in linea di principio i bambini a partire dal 1° gennaio dell'anno in cui compiono cinque anni. La partecipazione allo sport giovanile termina il 31 dicembre dell'anno in cui i giovani compiono 20 anni.

Sebbene la Confederazione si limiti a sostenere le misure di promozione esistenti, essa gestisce un proprio programma nel settore dello sport giovanile, il programma "Gioventù e Sport". Questo programma ha lo scopo di sostenere lo sviluppo e la realizzazione dei bambini e dei giovani e di consentire loro di vivere lo sport in modo olistico. Inoltre, mira a promuovere uno sport adatto ai bambini e ai giovani, tenendo conto dei principi di correttezza e sicurezza. L'obiettivo è quello di promuovere il radicamento dei bambini e dei giovani in una comunità sportiva e di sostenere lo sviluppo e la realizzazione dei giovani da un punto di vista educativo, sociale e sanitario. Da un lato, il programma rientra nella competenza generale di promuovere lo sport e l'attività fisica ai sensi dell'articolo 68, paragrafo 1, della Costituzione federale. D'altro canto, la Confederazione ha regolamentato in modo definitivo il programma nell'ambito della sua competenza legislativa di cui all'art. 68 cpv. 3 BV. Assume "compiti esecutivi essenziali" e si assume la "responsabilità principale" del programma, anche se è gestito "in collaborazione" con le associazioni sportive ed è in parte attuato dai Cantoni con i loro uffici Y+S. Nell'ambito di questa cooperazione, la Confederazione fornisce contributi a corsi e campi, nonché alla formazione dei quadri dei Cantoni e delle organizzazioni private. 22

## 2. Sport scolastico

Le competenze legislative della Confederazione in materia di sport scolastico le consentono di intervenire nella sovranità dei Cantoni in materia di scuola (cfr. art. 62 cpv. 2 della Costituzione federale) e di dichiarare obbligatorio lo sport scolastico. Lo sport scolastico era già obbligatorio per i ragazzi dal settimo anno di scuola nel 1907 ed è stato fissato a tre ore settimanali nell'ordinanza del 7 gennaio 1947 sulla promozione della ginnastica e dello sport. Dopo che la competenza della Confederazione di dichiarare lo sport scolastico obbligatorio è stata sancita dall'art. 27quinquies comma 1 dell'AVS, la Confederazione ha dichiarato la ginnastica e l'educazione fisica obbligatorie per tutti gli alunni di tutte le scuole primarie, secondarie e professionali, 23

compresi i seminari e le scuole di formazione per insegnanti. All'art. 1, comma 1, dell'ordinanza del 26 giugno 1972 sulla legge federale sulla promozione della ginnastica e dello sport, il Consiglio federale ha nuovamente stabilito che nelle scuole elementari e medie devono essere impartite almeno tre ore settimanali di ginnastica e di sport. La legislazione in materia di promozione dello sport attualmente in vigore dichiara l'educazione fisica obbligatoria nella scuola dell'obbligo e a livello secondario superiore. Inoltre, la legge sulla promozione dello sport stabilisce che almeno tre lezioni di educazione fisica a settimana sono obbligatorie nella scuola dell'obbligo. L'ordinanza sulla promozione dello sport stabilisce inoltre che almeno 110 lezioni di educazione fisica devono essere impartite regolarmente durante l'anno scolastico nelle scuole secondarie, che non sono più scuole obbligatorie. In relazione a questa disposizione dell'ordinanza sulle scuole secondarie, il Tribunale federale è giunto alla conclusione che la regolamentazione di 110 lezioni per anno scolastico era intesa a consentire un'attuazione flessibile. La regolarità richiesta non richiede che (anche) nelle scuole secondarie vengano impartite tre lezioni settimanali di educazione fisica. Oltre all'educazione fisica, i Cantoni dovrebbero promuovere opportunità di sport e di esercizio quotidiano come parte del curriculum scolastico.

24 Sulla portata della competenza federale in materia di sport scolastico - ossia sulla questione se il governo federale possa specificare lo sport scolastico obbligatorio in termini qualitativi e quantitativi - le opinioni divergono, almeno in dottrina, mentre la questione sembra essere chiarita dalla giurisprudenza. La dottrina è essenzialmente in disaccordo se l'art. 68 comma 3 BV debba essere interpretato in modo isolato e sulla base di un'interpretazione teleologica, o se la disposizione costituzionale debba essere interpretata nel quadro della Costituzione dell'istruzione e quindi con particolare attenzione alla sua posizione sistematica. Ehrenzeller è di quest'ultima opinione: sostiene, in un contesto federalista, che l'art. 68 comma 3 BV debba essere letto nel contesto della sovranità scolastica cantonale. L'art. 62, comma 2, della Costituzione federale prevede che i Cantoni assicurino un'istruzione primaria sufficiente. Questo vale anche per lo sport scolastico. Di conseguenza, il governo federale non può specificare ulteriormente ciò che deve essere considerato sufficiente per quanto riguarda lo sport scolastico. L'altro punto di vista è espresso da Biaggini, che nella sua argomentazione pone l'accento sul senso e sullo scopo dello sport scolastico obbligatorio. Un sistema obbligatorio ha senso solo se viene attuato. Se il

governo federale non avesse anche il potere di regolamentare il tipo e la portata del programma sportivo scolastico obbligatorio, quest'ultimo potrebbe facilmente essere compromesso da un'attuazione insufficiente da parte dei Cantoni. Di conseguenza, l'art. 68 comma 3 della Costituzione federale contiene un'implicita competenza federale a regolamentare l'ambito qualitativo e quantitativo minimo dello sport scolastico. Le altre opinioni dottrinali riconoscono in linea di principio l'argomento federalista della sovranità scolastica cantonale, ma aggiungono un elemento storico-costituzionale al dibattito. Dal 1947, lo sport scolastico obbligatorio è stato esplicitamente dotato di tre ore settimanali a livello ordinario. Né la creazione dell'articolo costituzionale nel 1970, né la revisione totale della Costituzione federale nel 1999, né la riorganizzazione delle disposizioni costituzionali sull'istruzione nel 2006 hanno effettivamente messo in discussione la portata del programma sportivo scolastico obbligatorio. In ognuna di queste occasioni, il popolo e i cantoni avrebbero potuto esprimere un parere diverso sulla regolamentazione in base al diritto d'ordinanza e formulare più concretamente l'art. 68 cpv. 3 della Costituzione federale. Poiché tale concretizzazione dell'articolo costituzionale non è avvenuta, la maggioranza ritiene che la Confederazione abbia anche l'autorità costituzionale di regolamentare la struttura del programma sportivo scolastico obbligatorio. In questo contesto e secondo l'opinione espressa in questa sede, il contenuto normativo della legislazione sulla promozione dello sport (obbligatorio) nella scuola si dimostra conforme alla Costituzione.

Il dibattito - almeno per quanto riguarda la portata quantitativa dello sport scolastico obbligatorio - è occasionalmente condotto anche dai Cantoni, poiché l'attuazione cantonale del sistema obbligatorio presuppone la disponibilità di sufficienti infrastrutture sportive (scolastiche) e la riduzione del numero di lezioni di educazione fisica sarebbe accompagnata da un risparmio sui costi. La discussione a questo proposito è già stata oggetto di procedimenti giudiziari (federali). In questo contesto, la Corte Suprema Federale ha innanzitutto affermato che l'annullamento delle lezioni di ginnastica e sport è in linea di principio un oggetto di contestazione ammissibile, in quanto la riduzione delle lezioni è suscettibile di incidere sui diritti e doveri degli alunni. Il Tribunale federale ha quindi ritenuto che l'attuazione dell'obbligo federale di tre lezioni di educazione fisica debba essere in linea di principio soggetta a controllo giurisdizionale alla luce della garanzia di ricorso legale di cui all'articolo 29a della Costituzione federale. In 25

una sentenza storica del 2017, il Tribunale federale ha rimproverato il Cantone di Ginevra, che prevedeva meno di tre lezioni di educazione fisica nell'orario delle scuole dell'obbligo per l'anno scolastico 2016/2017. La Corte ha ritenuto incontestabile che il Cantone di Ginevra dovesse impartire tre lezioni di educazione fisica nelle scuole dell'obbligo e che non avesse rispettato tale obbligo in base alla legge federale. Il Tribunale federale ha concluso che "spetta al Cantone introdurre un terzo periodo di educazione fisica per tutti i livelli dell'istruzione obbligatoria nel più breve tempo possibile".

26 La competenza federale in materia di sport nelle scuole professionali non è contestata, in quanto la Confederazione ha anche il potere di emanare regolamenti sulla formazione professionale (cfr. art. 63 cpv. 1 BV). Il Consiglio federale stabilisce il numero minimo di lezioni e i principi qualitativi dell'educazione fisica nelle scuole professionali. Anche l'educazione fisica è obbligatoria nelle scuole IFP, la cui entità dipende dall'istruzione di base relativa alla professione. Infine, l'art. 68 par. 3 BV contiene una competenza implicita a emanare uno standard minimo per l'istruzione e la formazione degli insegnanti che insegnano lo sport scolastico dichiarato obbligatorio. La giustificazione di questa competenza segue la stessa logica e le stesse considerazioni già esposte a proposito della competenza federale, secondo cui la Confederazione può specificare lo sport scolastico obbligatorio in termini qualitativi e quantitativi. Tuttavia, la legge sulla promozione dello sport si limita a stabilire che la Confederazione, in collaborazione con i Cantoni, può sostenere la formazione iniziale e continua degli insegnanti di educazione fisica.

## III. LETTURE CONSIGLIATE

Diem Carl, Weltgeschichte des Sports und der Leibeserziehung, Stoccarda 1960.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1998-2011, Chronik der letzten Jahre, Magglingen 2012.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1874-1997, Ein Beitrag zur Sportpolitik des Bundes, Magglingen 1998.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportschule Magglingen 1944-1994, 50 Jahre im Dienst der Sportförderung, Magglingen 1994.

Henning Evelyn, Sport und Gemeinnützigkeit, Stoccarda/Monaco 2005.

Hotz Arturo, Fakten und Facetten zur Sportentwicklung in der Schweiz sowie zur Geschichte der Schweizer Sportpolitik seit 1874, Magglingen 2004.

Jenny Viktor K., Die öffentliche Sportförderung in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundesgesetzes vom 17. März 1972 über die Förderung von Turnen und Sport, Ahrensburg 1978.

Kempf Hippolyt/Lichtsteiner Hans, Das System Sport - in der Schweiz und international, 2a ed.

Kennel Georg, Sport-Toto als subsidiärer Sportförderer, in: Bundesamt für Sport BASPO (ed.), Die öffentliche Sportförderung in der Schweiz: Bestätigung oder Handlungsbedarf?, 38° Simposio di Magglingen 19-21 settembre 1999, BASPO publication series No. 76, Magglingen 1999.

Krogmann Mario, Grundrechte im Sport, Berlino 1998.

Langer Mathias, Öffentliche Förderung des Sports, Eine ordnungspolitische Analyse, Berlino 2006.

Thom Volker, Sportförderung und Sportförderungsrecht als Staatsaufgabe, Frankfurt am Main 1992.

## IV. L'AUTORE

Il Dr. iur. Marco Zollinger, avvocato, è cancelliere presso la II Divisione di diritto pubblico del Tribunale federale di Losanna. Nell'ambito della sua tesi di laurea, si è occupato in dettaglio del quadro giuridico della promozione sportiva statale in Svizzera. Attualmente pubblica regolarmente articoli nel campo del diritto amministrativo e costituzionale e del diritto processuale pubblico.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 69 Cost.

Un commentario di Vanessa Rüegger / Tatiana Holmer

CITAZIONE SUGGERITA

Vanessa Rüegger/Tatiana Holmer, Commentario all'art. 69 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Rüegger/Holmer, art. 69 Cost. N. XXX.

**Art. 69 Cultura**

[1] Il settore culturale compete ai Cantoni.

[2] La Confederazione può sostenere attività culturali d'interesse nazionale e promuovere l'espressione artistica e musicale, in particolare tramite la formazione.

[3] Nell'adempimento dei suoi compiti, tiene conto della pluralità culturale e linguistica del Paese.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 817
II. Il concetto di cultura nel diritto costituzionale ..... 819
III. Obblighi di diritto internazionale ..... 820
IV. Commento in senso stretto ..... 821
A. Sovranità culturale dei Cantoni (cpv. 1) ..... 821
B. Competenze della Confederazione in materia di promozione culturale (cpv. 2) ..... 822
1. Sostegno alle iniziative culturali di interesse nazionale (cpv. 2, prima parte) .. 822
2. Promozione dell'arte e della musica nel settore della formazione (comma 2, parte 2) ..... 823
C. Rispetto della diversità culturale e linguistica del Paese (c. 3) ..... 824
V. Tutela dei diritti fondamentali ..... 825
A. Garanzia di condizioni quadro favorevoli ..... 825
B. Obblighi di difesa e di tutela ..... 826
C. Garanzie procedurali ..... 827
VI. Organizzazione della promozione culturale ..... 828
A. A livello federale ..... 828
B. Nei Cantoni ..... 829
C. Promozione in situazioni di emergenza ..... 830
D. Sostegno alla trasformazione digitale del settore culturale ..... 831
VII. Protezione dei beni culturali ..... 832
A. Finalità e basi giuridiche ..... 832
B. Gestione dei beni culturali con un passato storico controverso ..... 833
Letture consigliate ..... 834
Bibliografia ..... 835
I materiali ..... 842

## I. GENESI

La Costituzione elvetica del 1798 favorì per la prima volta una **politica culturale** ispirata agli ideali repubblicani sul territorio della Repubblica Elvetica. La promozione della cultura nazionale e del «benessere spirituale» del popolo era considerata un obiettivo dello Stato e un presupposto per l'uguaglianza materiale dei cittadini. Le tensioni politiche seguite alla guerra del Sonderbund del 1847 e le persistenti controversie sull'importanza della cultura nel nascente Stato federale impedirono l'inserimento di articoli completi in materia di cultura e istruzione nella Costituzione federale del 1848. Ciononostante, fin dai suoi esordi la Confederazione promosse le istituzioni culturali. Nel 1849 fondò l'Archivio federale, che oggi gestisce con il nome di *Archivio federale* svizzero. Lo stesso anno il Consiglio federale respinse una proposta del capo del Dipartimento dell'interno volta a promuovere mostre e associazioni artistiche. Si dice che abbia motivato questa decisione con la competenza cantonale in materia di promozione dell'arte. A partire dal 1884 la Confederazione ha sostenuto gli istituti di arti e mestieri e ha versato un contributo all'Art Association. A partire dal 1887 la Confederazione si impegnò in modo più ampio nella promozione dell'arte e fondò la Commissione federale d'arte (CFA). Nel 1890 la Confederazione pose le basi per l'istituzione del Museo nazionale svizzero (oggi Museo nazionale svizzero), seguita dalla Biblioteca nazionale (oggi Biblioteca nazionale svizzera). 1

La Confederazione ha sempre considerato il proprio operato come un complemento alle strutture di promozione esistenti a livello comunale, cantonale e dei mecenati privati. Solo di fronte alla propaganda dei paesi confinanti, poco prima dello scoppio della Seconda guerra mondiale, si è attribuita competenze più ampie in materia di politica culturale. Nel 1939 ha fondato la Fondazione culturale Pro Helvetia e ha approvato il programma culturale della **Difesa spirituale**. Nel tentativo di respingere l'offensiva cinematografica nazionalsocialista, nel 1938 la Confederazione creò anche la Camera svizzera del cinema e limitò per legge l'importazione di film. Nel 1958 seguì un esplicito trasferimento di competenze dai Cantoni alla Confederazione (art. 27$^{ter}$ aBV) sotto la pressione politico-culturale della Guerra Fredda. Questa promozione culturale, orientata prevalentemente agli interessi statali, è rimasta in vigore per decenni. 2

3 In particolare, gli sconvolgimenti sociali degli anni '60 hanno portato a un'apertura e a una democratizzazione della politica culturale. Una pietra miliare è stata la pubblicazione, nel 1975, del rapporto finale della Commissione di esperti per le questioni di politica culturale svizzera istituita dal Consiglio federale (il cosiddetto rapporto Clottu). Il rapporto delinea l'immagine di una **politica culturale democratica**, che concepisce la cultura come espressione della libertà individuale e presupposto della democrazia e la promuove nelle sue molteplici manifestazioni.

4 Oltre alle competenze già menzionate nel settore cinematografico (art. 27$^{ter}$ aCst.), a partire dagli anni '60 la Confederazione era competente, in casi specifici, per ulteriori settori della cultura (N. 10 s.), in particolare per la protezione dei beni culturali nell'ambito della protezione civile (art. 22$^{bis}$ aCost.), per la protezione della natura e del patrimonio (art. 24$^{sexies}$ aCost.) e per i media elettronici (art. 55$^{bis}$ aCost.), nonché nel settore delle lingue (art. 116 aCost.).

I tentativi di rafforzare ulteriormente le **competenze della Confederazione in materia di promozione della cultura** fallirono con la bocciatura alle urne dell'iniziativa sulla cultura del 1981, del controprogetto del 1986 e di un articolo sulla promozione della cultura nel 1994.

5 Solo la Cost. federale totalmente riveduta avrebbe dovuto contenere per la prima volta, con l'art. 69 Cost., una **competenza culturale della Confederazione** più ampia. Il progetto 95 (VE 95) conteneva un articolo sulla cultura che prevedeva anche la promozione della comprensione e dello scambio tra le comunità linguistiche e la competenza di emanare disposizioni per la promozione del cinema e la regolamentazione del mercato cinematografico (art. 73 VE 95). La proposta fu oggetto di controversie durante la consultazione, motivo per cui nell'art. 83 del progetto di revisione del 1996 fu inserita una riserva (dichiarativa) a favore della competenza culturale cantonale. Le discussioni nelle commissioni costituzionali portarono alla separazione della promozione della cultura e dell'ordinamento linguistico in articoli distinti. La Costituzione federale è stata integrata con una frase che va oltre il mandato di aggiornamento, secondo cui la Confederazione promuove «l'arte e la musica, in particolare nel settore della formazione» (art. 69 cpv. 2).

## II. IL CONCETTO DI CULTURA NEL DIRITTO COSTITUZIONALE

Il concetto di cultura è difficile da definire. Nelle scienze il termine viene trattato in modo diverso a seconda della disciplina; una definizione statale definitiva della cultura sarebbe problematica. Il termine si trova in numerose disposizioni della Costituzione federale, ma questa rinuncia a una **definizione**. Il diritto svizzero non conosce un concetto unitario di cultura. Nelle singole disposizioni della Cost. federale il concetto di cultura viene utilizzato a volte in senso ampio (art. 2 cpv. 2 Cost.), a volte in senso stretto (art. 69 Cost.), motivo per cui il concetto costituzionale di cultura deve essere interpretato nel contesto dello scopo e del nesso oggettivo di una disposizione. La Confederazione fa regolarmente riferimento al concetto (ampio) di cultura della Conferenza mondiale dell'UNESCO di Città del Messico (1982). Secondo tale definizione, la cultura «deve essere considerata come l'insieme degli aspetti spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi unici che caratterizzano una società o un gruppo sociale. Ciò include non solo l'arte e la letteratura, ma anche gli stili di vita, i diritti umani fondamentali, i sistemi di valori, le tradizioni e le credenze». La dichiarazione della Conferenza mondiale dell'UNESCO sulle politiche culturali e lo sviluppo sostenibile (cosiddetta MONDIACULT 2022) conferma questa nozione di cultura. Con l'adozione della dichiarazione, circa 150 Stati – tra cui la Svizzera – si sono espressi a favore del riconoscimento della cultura come bene pubblico globale (bene comune) dotato di un valore intrinseco. 6

Nella sua applicazione nell'ambito della ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni, il concetto di cultura richiede una limitazione pragmatica. La competenza federale in materia di promozione della cultura ai sensi dell'art. 69 cpv. 2 Cost. comprende **la cultura in senso stretto**. Ciò include generalmente la promozione della creazione culturale, la mediazione dell'arte e della cultura, la protezione dei beni culturali e la gestione o la promozione di istituzioni culturali quali musei, archivi o biblioteche. 7

È indiscusso che il concetto di cultura ai sensi dell'art. 69 Cost. comprenda anche le attività artistiche e la mediazione artistica e che in tal caso si applichi la libertà d'arte (art. 21 Cost.). Il Tribunale federale ha definito in modo aperto il **concetto di arte** ai sensi della Cost., motivo per cui i decisori devono valutare caso per caso il valore artistico di un'opera. A tal fine occorre partire 8

dalle caratteristiche strutturali formali, materiali e istituzionali proprie dell'arte, tenendo conto anche dell'autocoscienza artistica. La distinzione tra promozione della cultura e promozione dell'arte come sottocategoria è rilevante, tra l'altro, perché le competenze federali nel settore della promozione dell'arte sono più ampie (cfr. N. 20).

9 Il recente concetto di **patrimonio culturale immateriale** (art. 1 lett. a n. 1 LPC) estende la competenza in materia di promozione culturale alle tradizioni e alle pratiche sociali che, secondo l'Inventario federale delle tradizioni viventi, comprendono in particolare i settori «pratiche sociali», «forme di espressione orale» e «artigianato tradizionale». Nel caso concreto, la delimitazione può risultare complessa. Le competenze di altri settori culturali in senso lato, come ad esempio la protezione della natura e del patrimonio locale, la formazione e la scienza, sono sancite in articoli costituzionali specifici. Il concetto di cultura ampio e aperto dell'UNESCO rimane tuttavia il punto di riferimento di ogni politica culturale.

## III. OBBLIGHI DI DIRITTO INTERNAZIONALE

10 La promozione della cultura da parte della Confederazione e dei Cantoni ai sensi dell'art. 69 Cost. non si svolge in un vuoto giuridico. Al contrario, sia la Confederazione che i Cantoni sono vincolati, nell'ambito delle rispettive competenze, a **obblighi di diritto internazionale** relativi alla protezione e alla promozione della cultura. Gli accordi e le convenzioni internazionali sottolineano l'importanza fondamentale della cultura per la pace, la dignità umana e la coesione sociale. Essi concretizzano e rafforzano il mandato d'azione della Svizzera in materia di politica culturale e creano un quadro vincolante entro il quale la politica culturale statale deve svilupparsi a livello nazionale e cantonale.

11 Già il primo **diritto internazionale umanitario** protegge i beni culturali (art. 27 della Convenzione dell'Aia (1907), successivamente anche Convenzione dell'Aia sui beni culturali (1954)), il che sottolinea l'importanza fondamentale della cultura per la società moderna. La deportazione e la distruzione di migliaia di beni culturali durante la Seconda guerra mondiale si riflette nell'ordinamento giuridico internazionale del dopoguerra. La Carta delle Nazioni Unite obbliga le parti contraenti a cooperare in materia di cultura e a promuovere la stabilità, il benessere e la pace (art. 55 lett. b della Carta delle Nazioni Unite). L'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la

Scienza e la Cultura (UNESCO), fondata nel 1945 per dare attuazione a questo postulato e di cui la Svizzera fa parte dal 1949, si impegna a favore della conservazione e della promozione della cultura come strumento di cooperazione e di promozione della pace.

La Svizzera ha ratificato diverse **convenzioni internazionali** sotto l'egida dell'UNESCO, che hanno per oggetto la protezione del patrimonio culturale, la lotta al traffico illecito di beni culturali e la promozione della diversità delle espressioni culturali. Questi strumenti definiscono ciascuno il proprio ambito di applicazione e perseguono obiettivi diversi. La protezione e la promozione della cultura sono anche espressione degli obblighi in materia di diritti umani derivanti dai trattati sui diritti umani vincolanti per la Svizzera (cfr. N. 24). 12

A **livello regionale**, nel contesto europeo la Svizzera si è impegnata a salvaguardare e garantire la cultura ratificando una serie di convenzioni culturali adottate sotto l'egida del Consiglio d'Europa. In questo contesto, la tutela del patrimonio culturale è diventata sempre più anche oggetto della tutela dei diritti umani. La Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce la tutela dei beni culturali come legittimo interesse pubblico in una società democratica. Ha inoltre affrontato il tema della tutela e della promozione della cultura come parte integrante di diversi diritti sanciti dalla Convenzione (cfr. N. 24). 13

## IV. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Sovranità culturale dei Cantoni (cpv. 1)

La competenza in materia di protezione e promozione della cultura spetta ai Cantoni. Ciò deriva dai principi generali della ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni (art. 3 in combinato disposto con l'art. 42 Cost.). La riserva impropria di cui all'art. 69 cpv. 1 Cost. conferma la competenza originaria dei Cantoni in materia di cultura. L'inserimento della disposizione nella nuova Cost. federale dimostra che la **ripartizione federale delle competenze** in materia di cultura continuerà ad avere grande importanza. 14

I Cantoni attuano una promozione della cultura secondo criteri propri. Il **federalismo culturale** così istituzionalizzato riflette la diversità linguistica e culturale della Svizzera, di cui i Cantoni sono i principali portatori. La maggior parte delle Costituzioni cantonali contiene un mandato statale per la 15

promozione della cultura. In molti Cantoni il mandato culturale comprende, oltre alla promozione dell'arte e della cultura, anche la protezione e la conservazione dei beni culturali. Alcuni Cantoni si assumono anche il compito di preservare le tradizioni o la cultura popolare. La portata delle competenze dei Cantoni in materia di cultura risulta di norma dalle disposizioni delle Costituzioni cantonali, dalle leggi cantonali sulla promozione culturale e dalla prassi cantonale in materia.

16 La **collaborazione intercantonale** nel settore della cultura è gestita dal 1986 dalla Conferenza degli incaricati cantonali della cultura (CIC). Dal 2011, Confederazione, Cantoni e Comuni si confrontano in materia di politica culturale nell'ambito del Dialogo culturale nazionale e adottano raccomandazioni, rapporti e programmi sui temi trattati. Singoli Cantoni e Comuni hanno stipulato tra loro accordi per il sostegno reciproco delle istituzioni culturali. Inoltre, la legge sui giochi d'azzardo obbliga i Cantoni a destinare integralmente gli utili netti delle lotterie e delle scommesse sportive a scopi di utilità pubblica, compresa la cultura (art. 125 cpv. 1 LAG). I Cantoni ricevono così ogni anno un importo consistente che devono utilizzare, tra l'altro, per la promozione della cultura.

## B. Competenze della Confederazione in materia di promozione culturale (cpv. 2)

### 1. Sostegno alle iniziative culturali di interesse nazionale (cpv. 2, prima parte)

17 Ai sensi dell'art. 69 cpv. 2 Cost., la Confederazione può «sostenere le iniziative culturali di interesse nazionale». Secondo la dottrina prevalente, si deve presumere l'esistenza di una **competenza parallela di promozione** da parte della Confederazione, sebbene tale competenza sia meno ampia rispetto a quella originaria dei Cantoni in materia di promozione culturale. Ciò risulta, da un lato, dalla formulazione secondo cui la Confederazione può «sostenere» iniziative culturali di interesse nazionale. Il termine impone alla Confederazione una certa moderazione nella promozione culturale. Tuttavia, proprio in quei settori in cui la Confederazione attua da decenni una politica di promozione autonoma, esiste *de facto* anche una competenza autonoma della Confederazione in materia di promozione culturale. La formulazione

facoltativa concede alla Confederazione un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio della sua competenza.

18 La competenza di promozione della Confederazione è limitata alle iniziative culturali di **interesse nazionale**. Considerate le notevoli riserve dei Cantoni riguardo all'inserimento di questa disposizione nella Costituzione federale riveduta, il termine va interpretato in senso restrittivo. Per l'interpretazione del concetto costituzionale di interesse nazionale si può fare riferimento, tra l'altro, alla sua concretizzazione legislativa nell'art. 6 cpv. 2 LPC. Si ha quindi un interesse nazionale in particolare quando un bene culturale è importante per la Svizzera o per le sue comunità linguistiche, un progetto ha ripercussioni sovraregionali o il talento artistico di una persona riveste importanza nazionale o internazionale. Lo stesso vale se un'organizzazione contribuisce alla creazione di reti tra operatori culturali, se un progetto promuove l'innovazione o se un evento culturale ha risonanza nazionale o internazionale; lo stesso vale se un progetto contribuisce in modo significativo allo scambio culturale nazionale o internazionale. La competenza della Confederazione in materia di promozione culturale nell'interesse nazionale comprende inoltre la protezione dei beni culturali (cfr. N. 44).

19 L'elenco di cui all'art. 6 cpv. 2 LPC è esemplificativo; alla Confederazione rimane un notevole **margine di discrezionalità**. Nei messaggi sulla cultura della Confederazione si riscontra infatti un'interpretazione decisamente ampia della disposizione. Con una tale interpretazione, la promozione culturale federale si avvicina visibilmente, nel risultato, a una competenza federale parallela.

## 2. Promozione dell'arte e della musica nel settore della formazione (comma 2, parte 2)

20 Per la promozione dell'arte e della musica, in particolare nel settore della formazione, l'art. 69 cpv. 3 Cost. prevede una **competenza di promozione autonoma** quale competenza federale parallela. La competenza della Confederazione in questo settore è più ampia di quella nel settore della cultura in generale. Quando la Confederazione promuove la formazione nell'arte e nella musica, deve rispettare la sovranità scolastica dei Cantoni, il che favorisce in particolare le offerte di sostegno nel settore extrascolastico.

21 L'art. 67a Cost. integra sia gli articoli sulla formazione che quelli sulla cultura della Cost. federale. In quanto *lex specialis* rispetto all'art. 69 cpv. 2 Cost., la disposizione attribuisce alla Confederazione competenze di promozione più estese nel settore della musica. Essa conferisce alla Confederazione una competenza di promozione nel settore dell'**educazione musicale**, in particolare per i bambini e i giovani (art. 67a cpv. 1 e cpv. 2, prima frase, Cost.). Obbliga i Cantoni a promuovere l'educazione musicale e a impegnarsi per un insegnamento musicale di qualità nelle scuole (art. 67a cpv. 1 e cpv. 2, prima frase, Cost.). L'obiettivo è rafforzare l'educazione musicale di bambini e giovani. In attuazione dell'art. 67a cpv. 3 Cost. e del nuovo art. 12 cpv. 4 LFC, l'ordinanza «Giovani talenti musica» integra la legislazione federale. Il programma «Giovani talenti musicali» mira a individuare precocemente bambini e giovani con capacità e potenzialità musicali superiori alla media e a promuoverli in modo mirato e sostenibile. La Confederazione è responsabile della gestione complessiva del programma e stabilisce i requisiti minimi per le richieste di sostegno cantonali.

## C. Rispetto della diversità culturale e linguistica del Paese (c. 3)

22 L'art. 69 cpv. 3 Cost. obbliga la Confederazione, nell'esercizio delle sue competenze in materia di cultura, a rispettare la **diversità culturale e linguistica** del Paese. La diversità culturale è una caratteristica essenziale della Svizzera. È sancita nel preambolo della Cost. federale, nella sua disposizione sugli obiettivi (art. 2 cpv. 2 Cost.), nei singoli diritti fondamentali (in particolare art. 18 (libertà linguistica), 21 (libertà artistica), 15 Cost. (libertà di religione)) e nei relativi articoli sulle competenze. All'enfasi posta sulla diversità culturale si contrappone la conservazione della Svizzera come entità politica. La Costituzione federale svizzera si contraddistingue per lo sforzo di unità nella molteplicità. Questo rapporto di tensione tra diversità e unità si ritrova anche nelle disposizioni relative alla promozione della cultura.

23 In virtù del **concetto aperto di cultura** (cfr. N. 6 s.), il rispetto della diversità culturale non si limita al tradizionale quadrilinguismo (art. 4 Cost.) e alla diversità regionale della Svizzera. Il concetto aperto di cultura è un presupposto per una concezione contemporanea della cultura e apre la Costituzione a esigenze culturali di vario genere, nonché al continuo – e in parte anche sorprendente – sviluppo dell'arte e della cultura. La Costituzione federale tutela la diversità della cultura, in qualunque modo essa si manifesti

come «elemento mutevole e anche fluido». L'obiettivo è garantire la diversità e il costante sviluppo delle attività culturali e consentire la partecipazione di tutti i gruppi della popolazione alla vita culturale.

## V. TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

### A. Garanzia di condizioni quadro favorevoli

La promozione culturale da parte della Confederazione e dei Cantoni è, come ogni azione statale, vincolata ai diritti fondamentali. La Cost. impone l'**attuazione dei diritti fondamentali** nell'intero ordinamento giuridico (art. 35 Cost.) . Diversi diritti fondamentali e diritti umani obbligano la Confederazione e i Cantoni, a livello programmatico, a preservare e promuovere la vita culturale libera, in particolare la libertà d'arte (art. 21 Cost.). Tuttavia, né dai diritti fondamentali né dall'art. 69 Cost. si può dedurre un diritto legale all'erogazione di sovvenzioni alla cultura. 24

L'**obbligo di promozione sancito dai diritti fondamentali** comporta, in ambito culturale, innanzitutto il compito di creare condizioni quadro politiche e giuridiche che consentano lo scambio culturale, la formazione e una produzione culturale diversificata e che garantiscano il «servizio culturale di base» del Paese. La promozione della cultura è un presupposto per l'esercizio delle libertà fondamentali (libertà *attraverso* lo Stato). L'accesso ai prodotti culturali altrui e il confronto con essi costituiscono una componente importante delle esperienze umane e un presupposto per uno sviluppo multidimensionale della personalità attraverso l'istruzione, dell'arte, della scienza e di altri beni e pratiche culturali. Il mandato di attuazione dei diritti fondamentali comporta, a livello programmatico, il dovere di creare le condizioni giuridiche e concrete sulla base delle quali l'arte e la cultura siano possibili, tra cui rientrano la tutela, la cura, la promozione e la mediazione della cultura. 25

Anche i **trattati internazionali sui diritti umani** fanno riferimento all'intreccio tra promozione della cultura e sfere di libertà individuali. L'articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani tutela il diritto di partecipare liberamente alla vita culturale della comunità e di godere delle arti. Alla base di questa disposizione c'è l'idea che solo la libera partecipazione alla vita culturale di una società consenta il *libero* sviluppo di una persona. Lo stesso concetto si ritrova nell'art. 15 del Patto I dell'ONU. 26

Secondo il Comitato sociale, la promozione e il rispetto dei diritti culturali sono presupposti per la tutela della dignità umana e per interazioni appaganti in un mondo culturalmente diversificato. In senso analogo, l'art. 27 del Patto II dell'ONU tutela il diritto delle minoranze a «coltivare la propria vita culturale». Anche l'UNESCO ha ripetutamente sottolineato che la cultura è un fenomeno sociale che nasce dall'unione di attività creative individuali e di cooperazioni. La Corte europea dei diritti dell'uomo tutela diversi aspetti della partecipazione culturale, in particolare applicando la libertà di espressione (art. 10 CEDU) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

## B. Obblighi di difesa e di tutela

27 A livello di difesa e di tutela, i diritti fondamentali in generale e la libertà artistica in particolare garantiscono un **divieto di strumentalizzazione** della cultura per fini statali. La promozione culturale statale è al servizio degli operatori culturali beneficiari. Essa deve essere orientata al sostegno dello sviluppo della personalità e della diversità culturale. Ciò significa, al contrario, che lo Stato può esercitare solo un controllo limitato sulla cultura da esso promossa.

28 Nell'ambito dell'amministrazione delle prestazioni, le autorità sono tenute ad adottare un atteggiamento obiettivo e imparziale nei confronti della cultura promossa. Se allo Stato spetti un **obbligo di neutralità** nei confronti della cultura è una questione affrontata solo in modo embrionale nella dottrina e nella giurisprudenza. In linea di principio, lo Stato deve garantire misure di promozione nel settore della cultura – esattamente come quelle per i media o la scienza – in modo neutrale dal punto di vista valutativo e quindi strutturare tutte le sue azioni in modo «neutrale dal punto di vista delle opinioni». Per le istituzioni culturali statali, l'obbligo di neutralità è legato a prescrizioni procedurali e di contenuto (cfr. N. 27). L'obbligo di neutralità viene violato, ad esempio, quando lo Stato prende posizione in modo unilaterale e valutativo su opere d'arte protette dai diritti fondamentali (divieto di valutazione). Dal punto di vista odierno è problematica, ad esempio, l'affermazione delle autorità secondo cui una tomba di concezione artistica «non supererebbe di gran lunga il livello di una scultura da giardino». Per quanto riguarda le misure di promozione, vige un divieto di identificazione. Va quindi respinta l'affermazione secondo cui l'arte sarebbe promossa dallo Stato «per conferire prestigio al nostro Paese e non per denigrarlo».

Ciò non significa tuttavia che lo Stato debba comportarsi in modo indifferente, in senso negativo, nei confronti delle attività culturali. Lo Stato è piuttosto tenuto a garantire la diversità culturale (cfr. N. 19) e, se del caso, a promuoverla, ovvero ad adottare misure attive e – ove necessario – a prendere posizione e ad adottare misure di tutela. Espressione del **dovere di tutela** previsto dai diritti fondamentali è la promozione della cultura, nel rispetto di altri beni giuridici tutelati, quali la protezione dalla discriminazione o interessi pubblici prevalenti. Qualora forme di espressione culturale violino in modo ingiustificato i diritti fondamentali di terzi o altre posizioni giuridiche tutelate, in casi specifici e motivati può essere giustificata l'esclusione dagli strumenti di promozione culturale. In caso di sospetta violazione di beni giuridici protetti da parte di opere o attività culturali, occorre procedere, nel singolo caso, a un attento esame e a una ponderazione degli interessi contrapposti, tenendo conto del contesto complessivo; i diritti procedurali devono essere rispettati (in particolare il diritto di essere sentiti (art. 29 cpv. 2 Cost.)) e l'autorità deve imporsi la massima obiettività e moderazione possibile nella sua decisione. 29

## C. Garanzie procedurali

La promozione culturale esercita un'influenza determinante sulla cultura anche in caso di moderazione da parte dello Stato nell'assegnazione delle risorse pubbliche. È quindi tanto più fondamentale che gli strumenti e le procedure di promozione culturale siano conformi ai **requisiti dello Stato di diritto**. Il divieto di arbitrarietà (art. 9 Cost.), il principio di uguaglianza giuridica (art. 8 Cost.) e i diritti procedurali (art. 29 e segg. Cost.) devono essere rispettati nella promozione culturale statale in generale e nell'erogazione di sovvenzioni in particolare. Particolarmente rilevanti sono l'equità giuridica della promozione, la definizione di criteri di promozione equilibrati, la composizione dell'organo competente, la motivazione trasparente delle decisioni di promozione e la tutela giuridica. 30

Nell'assegnazione delle misure di promozione deve essere garantito il diritto a un trattamento equo e giusto ai sensi dell'art. 29 cpv. 1 Cost. La garanzia del diritto di essere sentiti (art. 29 cpv. 2 Cost.) richiede che le procedure di promozione siano strutturate in modo tale che gli interessati possano far valere le proprie argomentazioni. Ciò è di norma soddisfatto con la domanda di progetto. L'autorità deve valutare la domanda nel merito e motivare la 31

propria decisione. La **motivazione** deve essere strutturata in modo tale da riprendere il contenuto della domanda di sovvenzione ed esporre in modo comprensibile i motivi della decisione. La portata dell'obbligo di motivazione dipende dalle circostanze del caso concreto e dal margine di discrezionalità dell'autorità.

32 La legge sulla promozione culturale esclude la **censura di inadeguatezza** nel procedimento di ricorso contro i contributi finanziari (art. 26 cpv. 2 LPC). Una parte della dottrina valuta criticamente questa limitazione in riferimento alla garanzia del ricorso giurisdizionale (art. 29a Cost.). Data la precarietà del settore culturale e la dipendenza, in parte forte, degli operatori culturali e delle istituzioni culturali dai sussidi statali, sarebbe auspicabile un ampliamento della tutela giuridica. Il Tribunale federale ha giudicato almeno l'esclusione assoluta di un ricorso contro le decisioni relative ai fondi per la promozione culturale come una violazione della garanzia del ricorso giurisdizionale (art. 29a Cost.).

## VI. ORGANIZZAZIONE DELLA PROMOZIONE CULTURALE

### A. A livello federale

33 La **Legge federale sulla promozione culturale (LPC)** concretizza il mandato culturale della Confederazione. Essa disciplina la promozione culturale della Confederazione nei settori della conservazione del patrimonio culturale, della creazione artistica e culturale, compresa la promozione delle nuove leve, della mediazione artistica e culturale, degli scambi tra le comunità culturali e linguistiche in Svizzera, degli scambi culturali con l'estero e dell'organizzazione della Fondazione Pro Helvetia (art. 1 LPC). Rimane fatto salvo un numero considerevole di leggi speciali che disciplinano settori selezionati della promozione culturale federale. Particolarmente rilevanti sono gli atti legislativi relativi alla Biblioteca nazionale, ai musei e alle collezioni della Confederazione, al cinema, alla protezione della natura e del patrimonio naturale e al trasferimento dei beni culturali.

34 Per l'attuazione delle sue competenze in materia di cultura, la Confederazione dispone di quattro **istituzioni culturali** come principali portatori della sua politica culturale: L'Ufficio federale della cultura (UFC), la Fondazione Pro Helvetia, la Biblioteca nazionale svizzera e il Museo nazionale svizzero. Il messaggio sulla cultura approvato dall'Assemblea federale concretizza le

priorità di promozione della Confederazione e stabilisce le spese federali destinate alla cultura per un periodo di promozione quadriennale (art. 27 LPC).

La Confederazione dispone di diversi **strumenti** per promuovere la cultura e la partecipazione culturale. La Confederazione promuove la creazione artistica e culturale e la partecipazione culturale, tra l'altro, attraverso sovvenzioni e premi, attuando un sostegno sia d'eccellenza che di base. La conservazione delle opere d'arte e dei beni culturali avviene nell'ambito del diritto sulla protezione dei beni culturali nonché attraverso misure di archiviazione e conservazione nei musei, nelle collezioni e negli archivi della Confederazione (cfr. N. 44 segg.). A livello federale, il sostegno alla mediazione culturale avviene prevalentemente attraverso il finanziamento di mostre e programmi di mediazione in istituzioni culturali, come ad esempio il Museo nazionale svizzero. 35

## B. Nei Cantoni

La maggior parte dei Cantoni dispone di una legge sulla promozione della cultura che concretizza il proprio **mandato culturale** costituzionale (cfr. N. 13). Su questa base, in ogni legislatura definiscono le linee guida della loro politica culturale, nonché le priorità e le misure di bilancio. L'attuazione avviene di norma congiuntamente da parte del Cantone e dei Comuni, sulla base di una ripartizione interna dei compiti, in parte espressamente sancita dalla legge. I Comuni dispongono di un margine di manovra di entità variabile nello sviluppo della loro politica di promozione culturale. L'ambito di applicazione oggettivo delle leggi cantonali sulla promozione culturale è diverso. Di norma esse comprendono la promozione della creazione culturale e artistica, la mediazione, la formazione artistica, l'accesso alla cultura, la partecipazione culturale, il patrimonio culturale nonché l'organizzazione delle istituzioni culturali cantonali. In alcuni Cantoni la tutela del patrimonio culturale materiale e/o immateriale è disciplinata da leggi speciali. 36

L'organizzazione degli uffici cantonali competenti per la promozione della cultura rientra nell'**autonomia** dei Cantoni. Poiché i Cantoni sono competenti, tra l'altro, anche per l'attuazione degli accordi internazionali in ambito culturale, può essere necessario adeguare le loro strutture istituzionali per adempiere agli obblighi internazionali (cfr. N. 6), come ad esempio in seguito alla ratifica da parte della Svizzera della Convenzione per la 37

salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (cfr. N. 10). I Cantoni di Friburgo e Vaud dispongono di strutture specifiche per il patrimonio culturale immateriale.

38 La maggior parte dei Cantoni opera secondo il **principio di sussidiarietà**, secondo cui la promozione spetta in primo luogo all'iniziativa di privati e di organizzazioni private o pubbliche. Le forme di promozione culturale sono molteplici. Le misure di promozione principali sono i contributi finanziari sotto forma di sovvenzioni una tantum o ricorrenti; inoltre, la legge può prevedere anche altre forme di promozione, come l'assegnazione di premi culturali e borse di studio, l'acquisto di opere o la messa a disposizione, a titolo gratuito o oneroso, di spazi di produzione e di mediazione, di infrastrutture o di personale.

## C. Promozione in situazioni di emergenza

39 L'obbligo di promuovere la cultura sussiste proprio anche in situazioni di emergenza, ad esempio in caso di pandemie, conflitti armati, catastrofi naturali o attacchi informatici. Ciò deriva dall'elevata importanza che la cultura riveste in uno Stato federale, nonché dalla consapevolezza del suo **significato sistemico** in una democrazia pluralistica. Il sostegno alla cultura da parte delle autorità pubbliche contribuisce allo sviluppo democratico della comunità e favorisce l'apertura alle idee altrui, indispensabile per l'esercizio dei diritti e dei doveri fondamentali dei cittadini.

40 L'epidemia di COVID-19 tra il 2020 e il 2022 ha posto l'intero settore culturale di fronte a notevoli difficoltà economiche e strutturali. Per attenuare le conseguenze sociali ed economiche per gli operatori culturali e le istituzioni culturali, è stata adottata una serie di misure urgenti. Le misure perseguivano un triplice obiettivo, ovvero attenuare le conseguenze economiche della pandemia per le imprese culturali, gli operatori culturali e le associazioni culturali nel settore amatoriale, sostenere le imprese culturali nell'adeguamento alle nuove condizioni e preservare la diversità culturale (art. 1 **Ordinanza sulla cultura COVID-19**). Il sistema di gestione decentralizzata di queste misure, nonché la rafforzata collaborazione tra gli attori statali a tutti i livelli federali, la società civile e il settore privato, sono stati valutati positivamente a posteriori. La pandemia ha tuttavia messo in luce anche le debolezze sistemiche del settore culturale, in particolare le precarie

condizioni di lavoro degli operatori culturali e la loro insufficiente copertura sociale.

Le situazioni di emergenza sottolineano la necessità di un **sostegno culturale statale continuo** in stretta collaborazione tra Confederazione, Cantoni e Comuni, nonché di misure di protezione statali, compresa una maggiore tutela del patrimonio culturale. Poiché queste situazioni spesso superano i confini nazionali, strumenti internazionali come la Convenzione dell'Aia del 1954 e la Convenzione dell'UNESCO del 1970 assumono particolare rilevanza. Inoltre, in un contesto caratterizzato dal cambiamento climatico, la questione della sostenibilità assume un'importanza sempre maggiore. Proprio le istituzioni culturali, in quanto attori pubblici, hanno una responsabilità nei confronti della società in questo ambito. Devono impegnarsi, nei limiti delle loro possibilità, a favore di uno sviluppo sostenibile. La creazione di un quadro normativo che superi le competenze culturali della Confederazione e dei Cantoni è fondamentale per garantire una reazione rapida ed efficace a situazioni di emergenza attuali e future di vario genere. 41

## D. Sostegno alla trasformazione digitale del settore culturale

La **trasformazione digitale** offre nuove opportunità al settore culturale. Tuttavia, rappresenta anche una grande sfida per l'intero settore e comporta profondi cambiamenti in tutte le fasi della creazione culturale. Sorgono nuovi canali per la diffusione e la mediazione della cultura, nonché nuovi mezzi per la loro archiviazione e conservazione. Le tecnologie blockchain, le piattaforme di streaming e il crescente impiego dell'intelligenza artificiale nella produzione e nella distribuzione culturale ridefiniscono i rapporti tra operatori culturali, istituzioni e pubblico. Questi sviluppi non solo sollevano importanti questioni relative alla protezione dei dati (art. 13 Cost.), ma pongono anche nuove sfide economiche in relazione al diritto d'autore, all'equo compenso e all'equa ripartizione dei proventi economici (art. 27 Cost.). Allo stesso tempo, essi toccano diritti fondamentali quali la libertà d'arte (art. 21 Cost.) e la libertà di espressione (art. 16 Cost.). 42

La Confederazione ha fatto della trasformazione digitale una priorità della sua politica culturale e intende sviluppare strumenti di promozione che tengano conto delle nuove forme di produzione e diffusione digitale. Nell'ambito dei suoi obblighi costituzionali in materia di promozione della cultura, le spetta una responsabilità particolare nel creare condizioni quadro favorevoli per 43

**infrastrutture digitali** eque, accessibili e giuridicamente sicure e nel promuovere le competenze digitali nel settore culturale. La Confederazione e i Cantoni sono chiamati, nell'ambito delle rispettive competenze, a rispondere adeguatamente a questo sviluppo, ad esempio attraverso misure di promozione o l'adeguamento delle basi giuridiche, come nel diritto d'autore.

## VII. PROTEZIONE DEI BENI CULTURALI

### A. Finalità e basi giuridiche

44 Anche la **protezione dei beni culturali** rientra nella promozione della cultura ai sensi dell'art. 69 cpv. 2 Cost. La protezione dei beni culturali è un presupposto per la diversità culturale e la partecipazione. Il diritto dei beni culturali ha lo scopo di proteggere i beni culturali dalla distruzione, dal furto, dal saccheggio e dall'importazione e dall'esportazione illegali.

45 Sono considerati **beni culturali** i beni che, per motivi religiosi o laici, rivestono importanza per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che figurano in una delle categorie dell'elenco dei beni culturali contenuto nella Convenzione UNESCO del 1970 (art. 2 cpv. 1 LBC). La Svizzera ha ratificato la Convenzione UNESCO sulla protezione dei beni culturali. Con la ratifica della Convenzione dell'UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo, il concetto di bene culturale di cui all'art. 2 cpv. 1 LBC è stato integrato con la definizione di patrimonio culturale subacqueo ai sensi della Convenzione. Oltre a questi due strumenti giuridici internazionali, una serie di altre convenzioni internazionali disciplina i dettagli della protezione dei beni culturali. La Confederazione ha adempiuto al proprio obbligo di trasposizione in diritto interno dei propri impegni di diritto internazionale nella legge sul trasferimento dei beni culturali. Questa disciplina l'importazione di beni culturali in Svizzera, il loro transito e la loro esportazione, nonché la loro restituzione dalla Svizzera (art. 1 LBC).

46 Il commercio di beni culturali mobili è soggetto a restrizioni al fine di combattere il commercio illegale. Per la regolamentazione del traffico di beni culturali mobili, la Confederazione si basa anche sulla propria competenza in materia di **regolamentazione delle attività dell'economia privata** ai sensi dell'art. 95 cpv. 1 Cost. È controverso fino a che punto la protezione dei beni culturali possa interferire con il libero mercato. L'interesse pubblico a una regolamentazione del libero mercato ai fini della protezione dei beni culturali

è riconosciuto in linea di principio sia nel diritto internazionale che nel diritto costituzionale. Nella sentenza *Beyeler contro Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto il controllo del mercato dei beni culturali da parte dell'Italia come interesse pubblico volto alla tutela del patrimonio culturale e artistico di un paese. Secondo la Corte, nell'ambito della tutela della proprietà (art. 1, 1° Protocollo aggiuntivo alla CEDU del 20 marzo 1952 (non ratificato dalla Svizzera)), dispongono di un certo margine di discrezionalità per valutare cosa rientri nella tutela dei beni culturali nell'interesse pubblico. Questa valutazione rimane complessa nei singoli casi e non deve essere strumentalizzata per scopi estranei alla tutela dei beni culturali, come ad esempio il commercio di beni culturali.

## B. Gestione dei beni culturali con un passato storico controverso

47 Nel 1998 la Svizzera ha adottato le «Linee guida di Washington» (note anche come Principi di Washington), che stabiliscono i principi per la restituzione dei beni culturali alle vittime dell'Olocausto e ad altre vittime delle persecuzioni naziste. In questo contesto, la Confederazione ha adottato una serie di misure per identificare i beni culturali rubati e attuare le linee guida, tra l'altro istituendo un punto di contatto per l'arte rubata e stanziando fondi per la ricerca sulla provenienza. Con l'approvazione della cosiddetta mozione Pult, l'Assemblea federale ha compiuto un ulteriore passo verso l'attuazione dei Principi di Washington e ha obbligato la Confederazione a istituire una **commissione** incaricata di valutare le richieste in materia. Con l'entrata in vigore dell'ordinanza sulla Commissione indipendente per il patrimonio culturale con un passato controverso (OICPC) il 1° gennaio 2024, si intende istituire una commissione amministrativa permanente con funzione consultiva e preparatoria ai sensi dell'art. 8a cpv. 2 OOr. L'ordinanza approvata solleva una serie di interrogativi legittimi, in particolare per quanto riguarda il principio di legalità, l'estensione del campo d'applicazione e la procedura prevista. Con la revisione parziale della KGTG, la commissione è stata dotata a posteriori di una base legale formale e sono stati definiti i suoi compiti. Di conseguenza, il Consiglio federale ha sostituito l'Ordinanza sulla Commissione per il patrimonio culturale con un passato storico problematico (VUKBK) con l'Ordinanza sulla Commissione per il patrimonio culturale con un passato storico problematico (VKHBK) e ha nominato i membri della Commissione per il patrimonio culturale con un passato storico problematico (KHBK). La Commissione ha avviato la propria attività poco dopo e sta

elaborando, tra l'altro, un regolamento procedurale per il trattamento dei singoli casi. Si tratta, nel confronto internazionale, della prima commissione che si occupa di restituzioni sia nel contesto nazista che in quello coloniale.

48 Considerate le competenze limitate della Confederazione in materia di cultura, è discutibile se l'istituzione di una commissione che formula raccomandazioni sulla restituzione di opere d'arte o altri beni culturali, ad esempio provenienti dalle collezioni **dei musei cantonali**, rientri nella competenza della Confederazione. La questione, lasciata in sospeso dal Parlamento, dovrà trovare risposta quando si presenterà un caso concreto di applicazione.

*Sulle autrici*

Vanessa Rüegger, avvocata e mediatrice SAV, è professoressa ordinaria di diritto pubblico all'Università di Ginevra. Ha conseguito l'abilitazione all'insegnamento all'Università di Basilea con una tesi sulla libertà d'arte (art. 21 Cost.) e svolge attività di consulenza e patrocinio per le autorità culturali a livello federale e cantonale. È membro del Consiglio del Museo nazionale svizzero.

Tatiana Holmer, MLaw, MA, è assistente di ricerca e dottoranda all'Università di Ginevra. La sua tesi di dottorato verte sulla normativa relativa alla conservazione del patrimonio culturale immateriale nel diritto svizzero.

*Ringraziamenti*

Le autrici ringraziano gli editori, la Prof.ssa Dr. Odile Ammann, LL.M., e il Dr. Stefan Schlegel, nonché i due revisori per la revisione critica del presente commento.

## LETTURE CONSIGLIATE

Bandle Anne-Laure/Renold Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Basel 2022.

Dal Molin Gioia, Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern. Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980 (Diss. Zürich), Zürich 2018.

Freitag Markus/Zumbrunn Alina, § 3 Politische Kultur, in: Papadopoulos Yannis/Sciarini Pascal/Vatter Adrian/Häusermann Silja/Emmenegger Patrick/

Fossati Flavia (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik/Manuel de la politique suisse, 7. Aufl., Basel 2022, S. 85 ff.

Graber Christoph Beat, Kulturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich et al. 2020, S. 2309 ff. (zit. Kulturverfassung).

Marx Lisa, Fédéralisme, art et démocratie. Fabriquer les politiques culturelles en Suisse (Diss. Genf), Zürich et al. 2025.

Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020.

Müller Georg, Kulturförderung als Staatsaufgabe und ihre Finanzierung, in: Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Droit et culture. Recueil de textes à l'occasion des 75 ans de Pierre Moor, Lausanne 2015, S. 83 ff.

Raschèr Andrea F.G./Bandle Anne Laure (Hrsg.), Kulturrecht Kunstrecht. Lehr- und Praxishandbuch, Zürich et al. 2026.

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit (Habil. Basel), Basel et al. 2020.

Valär Rico Franc, Wie viel Kulturpolitik braucht die Schweiz?, in: Kreis Georg (Hrsg.), Wie viel Staat braucht die Schweiz?, Basel 2019, S. 123 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich et al. 2003.

Bandle Anne-Laure/Renold Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Basel 2022.

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Kommentierung zu Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Benhamou Yaniv/Ferland Justine, Digitization of GLAM Collections and Copyright. Policy Paper, GRUR International, 71 (2022) 5, S. 403 ff., abrufbar unter https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160723, besucht am 17.3.2026.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Briel André/Waespi Oliver/Zimmermann Daniel, Kulturrecht des Bundes, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht, Basel 2018, S. 561 ff.

Catrina Ramona/Müller-Chen Markus, Unabhängige Eidgenössische Kommission für während des Nationalsozialsozialismus gestohlene resp. verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter?, in: Mosimann Peter/Schönenberger Beat (Hrsg.), Kunst & Recht 2022/Art & Law 2022, S. 97 ff.

Dal Molin Gioia, Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern. Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980 (Diss. Zürich), Zürich 2018.

Drittenbass Joel, Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Version 22.4.2025, abrufbar unter https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv13, besucht am 13.4.2026.

Engi Lorenz, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates. Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts (Habil. St. Gallen), Zürich et al. 2017.

Gavillet Aurélie, Kommentierung zu Art. 67a BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021.

Geiser Thomas/Graber Christoph Beat, Kommentierung zu Art. 71 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Graber Christoph Beat, Zwischen Geist und Geld. Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht (Diss. Florenz), Baden-Baden 1994 (zit. Zwischen Geist und Geld).

Graber Christoph Beat, Kulturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich et al. 2020, S. 2309 ff (zit. Kulturverfassung).

Gredig Markus, Der Schutz des UNESCO-Welterbes in der Schweiz. Gegenstand, Inhalt und Umsetzung des Übereinkommens zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt vom 23. November 1972 (Diss. Freiburg), Bern 2014.

Häberle Peter, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: Häberle Peter (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Darmstadt 1982, S. 1 ff.

Hänni Peter/Epiney Astrid, Kommentierung zu Art. 67a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Hauser Claude/Tanner Jakob, Einleitung: Pro Helvetia als Paradox, in: Hauser Claude/Seger Bruno/Tanner Jakob (Hrsg.), Zwischen Kultur und Politik. Pro Helvetia 1939 bis 2009, Zürich 2010, S. 11 ff.

Holland Andrew, Bundesstaatliche Kunstförderung in der Schweiz. Anregungen aus einem Rechtsvergleich mit den USA (Diss. St. Gallen), Zürich 2002.

Huster Stefan, Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung (Habil. Heidelberg), 2. Aufl., Tübingen 2017.

Kessler Franz, Die Schweizerische Kulturstiftung Pro Helvetia (Diss. Zürich), Zürich 1993.

Kiener Regina, § 57 Bildung, Forschung und Kultur, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 903 ff.

Kley Andreas, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Lehmann Hannah, Die schweizerische Restitutionspraxis im Lichte der Washingtoner Prinzipen (Diss. Bonn), Berlin et al. 2024.

Lenski Sophie-Charlotte, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, Tübingen 2013.

Merryman John Henry/Elsen Albert E./Urice Stephen K., Law, Ethics and the Visual Arts, 5. Aufl., Aalphen aan den Rijn 2007.

Müller Jörg Paul, Perspektiven der Demokratie. Vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Bern 2012 (zit. Perspektiven der Demokratie).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Jörg Paul, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, in: Blankenagel Alexander/Pernice Ingolf/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 17 ff. (zit. Einheit der Verfassung).

Nafziger James A.R./Kirkwood Paterson Robert/Dundes Renteln Alison, Cultural Law. International, Comparative, and Indigenous, Cambridge 2014.

Noël Yves, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021.

Odendahl Kerstin, Kulturgüterrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. Kulturgüterrecht).

Odendahl Kerstin, Kulturgüterschutz (Habil. Tübingen), Tübingen 2005 (zit. Kulturgüterschutz).

Petrig Anna/Stemmler Maria, UNESCO-Übereinkommen über den Schutz des Unterwasserkulturerbes. Unvollständige Umsetzung durch die Schweiz, ZSR 139 (2020) S. 47 ff.

Pfändler-Oling Brigitte, Die verfassungsrechtliche Grundlage der Kulturförderung im Bund, Kulturbegriff, Art. 69 BV im Verfassungszusammenhang (Diss. Basel), Basel 2010.

Raschèr Andrea F.G./Bandle Anne Laure (Hrsg.), Kulturrecht Kunstrecht. Lehr- und Praxishandbuch, Zürich et al. 2026.

Raschèr Andrea F.G./Bucheli Markus, Eine Brücke zwischen kirchlichem und staatlichem Kulturgüterrecht, AJP/PJA (2023) S. 190 ff.

Raschèr Andrea F.G., 1. Kapitel: Kultur und Kunst als Materie des Rechts. § 1 Kultur, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.),

Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 7 ff. (zit. Kultur).

Raschèr Andrea F.G./Lohri Andrea/Maget Dominicé Antoinette, 3. Kapitel: Nationale Kulturpolitik und Völkerrecht, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 151 ff.

Raschèr Andrea F.G., 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 1 Grundlagen, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Rech. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 383 ff. (zit. Grundlagen).

Raschèr Andrea F.G./Renold Marc-André/Desboeufs Morgane, 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 4 Kulturgütertransfergesetz, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 439 ff.

Raschèr Andrea F.G., 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 10 Raubkunst, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 581 ff. (zit. Raubkunst).

Raschèr Andrea F.G./Uhlig Kai-Peter/Neeser Marco, § 8 Kultur, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19. Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 247 ff.

Raschèr Andrea F.G./Christen Claudia/Tribolet Thomas, Kulturförderung des Bundes. Chancen und Grenzen des neuen Kulturartikels, AJP/PJA 9 (2001) S. 1035 ff.

Renold Marc-André/Morgane Desboeufs, Droit suisse, in: Cornu Marie/Fromageau Jérôme/Frigo Manlio/Négri Vincent/Renold Marc-André/Hance Clea/Wallaert Catherine (Hrsg.), Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel, 2. Aufl., Paris 2025, S. 164 ff.

Renold Marc-André/Mosimann Peter, 1. Kapitel: Kultur und Kunst als Materie des Rechts. § 2 Kunst, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 21 ff.

Renold Marc-André, Kulturgutschutz in der Schweiz, in: Von der Decken Kerstin/Fechner Frank/Weller Mathias (Hrsg.), Kulturgutschutzgesetz. Kommentar, Baden-Baden 2020, S. 86 ff. (zit. Kulturgutschutz).

Renold Marc-André, Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse. Questions choisies, ZSR 129 (2010) S. 137 ff.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rohr Adolf/Philipp Albert Stapfer, Minister der Helvetischen Republik und Gesandter der Schweiz in Paris 1798–1803, Baden 2005.

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit (Habil. Basel), Basel et al. 2020.

Rüegger Vanessa/Hafner Felix, Kommentierung zu Art. 21, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schack Heimo, Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, 4. Aufl., Tübingen 2024.

Schmidt-Gabain Florian, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Schönenberger Beat, Restitution von Kulturgut, Bern 2009.

Schorlemers Sabine/Stoll Peter-Tobias (Hrsg.), The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes, Berlin 2014.

Schweizer Rainer J./Bernet Stephanie Andrea, Kommentierung zu Art. 67a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schweizer Rainer J./Bernet Stephanie Andrea/Fankhauser Kim, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schweizer Rainer J., Der neue Kulturartikel der Bundesverfassung, ZSR 120 (2001) S. 185 ff.

Schwenkel Christof/Ritz Manuel/Pestoni Amélie, Evaluation der Covid-19-Hilfen im Kulturbereich. Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Kultur (BAK), Luzern et al. 2023, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/covid19/abschluss-covid-unterstuetzung.html, besucht am 17.3.2026.

Solt Judit, Le courage d'expérimenter, Schweizer Museumszeitschrift 24 (2024), S. 12 f., abrufbar unter https://www.museums.ch/de/fachwelt/angebote/publikationen/museumszeitschrift-nr-24-5813.html, besucht am 17.3.2026.

Stadler Hansjörg, Die verfassungsrechtlichen Befugnisse des Bundes zur Förderung der Kultur (Diss. Freiburg), Zürich 1984.

Töndury Andrea, Kultur zwischen Einheit, Vielfalt und Föderalismus, in: Hotz Sandra/Zelger Ulrich (Hrsg.), Kultur und Kunst. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich et al. 2010, S. 175 ff.

Uhlmann Felix/Eckstein Franca, Die Schaffung der unabhängigen Kommission für historisch belastetes Kulturerbe in der Schweiz, in: Mosimann Nicolas/Rüegger Vanessa/Schüpbach Lionel (Hrsg.), Kunst & Recht 2025/Art & Law 2025, S. 5 ff.

Uhlmann Felix, Der Fall Curt Glaser als Brennpunkt der Herausforderung der Schweizer Kunstmuseum unter den Washington Principles, in: Haldemann Anita/Rauser Judith (Hrsg.), Der Sammler Kurt Glaser. Vom Verfechter der Moderne zum Verfolgten, Berlin 2022, S. 156 ff. (zit. Der Fall Curt Glaser).

Uhlmann Felix/Raschèr Andrea F.G./Scheifele Eva/Wilhelm Martin, 4. Kapitel: Kulturförderung, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 223 ff.

Uhlmann Felix/Bognuda Cristina, Zehn Thesen zu Kunstfreiheit und Kunstförderung, ZSR 127 (2008) S. 363 ff.

Uhlmann Felix, Die Neutralität der Verwaltung, ZBI 108 (2007) S. 211 ff. (zit. Neutralität der Verwaltung).

Vittoz Sarah, Les subventions aux arts de la scène. Aperçu et questions choisies en droit cantonal vaudois, in: Largey Thierry/Boillet Véronique (Hrsg.), Environnement et justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Bern 2024, S. 135 ff.

Waldmann Bernhard, Wegkreuze und Gipfelkreuze im Visier, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich 2011, S. 591 ff.

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung, Nationalrat, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. AB 1998 N).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung, Ständerat, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. AB 1998 S).

Botschaft zu dem Entwurf eines Beschlusses betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 3.6.1887, BBl 1887 III 515 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10013591&action=open, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft Förderung und Hebung der Kunst).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 14.12.1938, BBl 90 II 985 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10033812&action=open, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung).

Botschaft zur «Eidgenössische Kulturinitiative» vom 18.4.1984, BBl 1984 II 501 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10049319&action=open, besucht am 17.3.2026.

Botschaft über einen Kulturförderungsartikel in der BV (Art. 27$^{septies}$ BV) vom 6.11.1991, BBl 1992 I 533 ff., abrufbar unter https://

www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10052119&action=open, besucht am 17.3.2026.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996 und Verfassungsentwurf 1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft BV).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2025–2028 vom 1.3.2024, BBl 2024 753 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2024/753/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2024-753-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2025–2028).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021–2024 vom 26.2.2020, BBl 2020 3131 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/725/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-725-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2021–2024).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2016–2020 vom 28.11.2014, BBl 2015 497 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/45/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-45-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2016–2020).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2012–2015 vom 23.2.2011, BBl 2011 2971 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2011/455/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2011-455-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2012–2015).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 8.6.2007, BBl 2007 4819 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/681/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-681-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft KFG).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten vom 13.11.2013, BBl 2013 8987 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/

fga/2013/1805/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2013-1805-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026.

Botschaft zum Übereinkommen zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes vom 21.9.2007, BBl 2007 7251 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/1109/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-1109-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft immateriellen Kulturerbe).

Botschaft zum Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 21.9.2007, BBl 2007 7297 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/1112/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-1112-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft kulturelle Ausdrucksformen).

Bundesamt für Kultur (BAK), Rahmenkonzept «Junge Talente Musik». Ein Förderprogramm des Bundes, Juni 2022, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/sprachen-und-gesellschaft/musikalische-bildung/jung-talente-musik.html, besucht am 17.3.2026 (zit. Rahmenkonzept).

Bundesbeschluss über die «Eidgenössische Kulturinitiative» vom 20.12.1985, BBl 1986 I 45 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1986/1_45_46_46/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer schweizerischen Landesbibliothek vom 28.6.1894, BBl 1894 III 140 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1894/3_140_46_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss über einen Kulturförderungsartikel in der Bundesverfassung (Art. 27$^{septies}$ BV) vom 18.6.1993, BBl 1993 II 870 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/2_870_845_782/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 22.12.1887, BBl 1888 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1888/1_1_1_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung eines schweizerischen Landesmuseums vom 27.6.1890, BBl 1890 III 640 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_640_914_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12.6.1994 (Kulturförderung; Einbürgerungsfragen; Friedenserhaltung) vom 16.8.1994,

BBl 1994 III 1251 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/3_1251_1232_/de, besucht am 17.3.2026.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21.12.2009), U.N. Doc. E/C.12/GC/21.

Deutsche UNESCO-Kommission, Weltkonferenz über Kulturpolitik. Schlussbericht der von der UNESCO vom 26.7 bis 6.8.1982 in Mexiko-Stadt veranstalteten internationalen Konferenz, UNESCO-Konferenzberichte, Nr. 5, München 1983.

Eidgenössischen Departements des Innern (EDI), Die Arbeiten des Bundes im Bereich der NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021. Bericht zuhanden des Bundesrats, 10.6.2022, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/raubkunst/die-anlaufstelle-raubkunst.html, besucht am 17.3.2026 (zit. NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021).

Eidgenössischen Expertenkommission für Fragen einer schweizerischen Kulturpolitik, Beiträge für eine Kulturpolitik in der Schweiz, Bern, August 1975, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/kulturfoerderungsgesetz/geschichte-der-bundesstaatlichen-kulturfoerderung.html#-1964039506, besucht am 17.3.2026 (zit. Clottu-Bericht).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. Erläuterungen VE 95).

Human Rights Committee (HRC), Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights (3.2.2016), U.N. Doc. A/HRC/31/59.

Human Rights Committee (HRC), Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (21.3.2011), U.N. Doc. A/HRC/17/38.

Nationaler Kulturdialog, Ökologie im Kulturbereich. Abschlussbericht, November 2024, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

Nationaler Kulturdialog, Empfehlungen zur Entschädigung von Kunstschaffenden in der Schweiz, 22.4.2024, abrufbar unter https://

www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

Nationaler Kulturdialog, Konzept zur Bewahrung und Pflege des Kulturerbes der Schweiz, 13.11.2023, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

UNESCO, MONDIACULT 2022 Final Declaration, UNESCO World Conference on Cultural Policies and Sustainable Development, Mexico City, 28–30.9.2022, MONDIACULT-2022/CPD/6.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 74 Cost.

Un commentario di Clémence Demay

CITAZIONE SUGGERITA

Clémence Demay, Commentario all'art. 74 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Demay, art. 74 Cost. N. XXX.

**Art. 74 Protezione dell'ambiente**

[1] La Confederazione emana prescrizioni sulla protezione dell'uomo e del suo ambiente naturale da effetti nocivi o molesti.

[2] Si adopera per impedire tali effetti. I costi delle misure di prevenzione e rimozione sono a carico di chi li ha causati.

[3] L'esecuzione delle prescrizioni compete ai Cantoni, per quanto la legge non la riservi alla Confederazione.

# STRUTTURA

I. Genesi e contesto ..... 849
A. Art. 24septies aCost. ..... 849
B. L'ascesa del diritto internazionale dell'ambiente e l'adozione della LPE ..... 851
II. Commento vero e proprio ..... 853
A. Osservazioni generali ..... 853
B. Art. 74 cpv. 1 – Protezione contro gli effetti nocivi e fastidiosi ..... 854
C. Art. 74 cpv. 2 – I grandi principi ..... 857
1. Il principio di prevenzione ..... 858
2. Il principio di precauzione ..... 859
3. Il principio di causalità ..... 861
D. Art. 74 cpv. 3 – Esecuzione cantonale ..... 862
III. Conclusione ..... 862
Bibliografia ..... 863

# I. GENESI E CONTESTO

L'articolo 74 della Costituzione, introdotto nella sua prima versione nel 1971, è il risultato di un lungo dibattito legislativo. Alla base di tale dibattito vi erano due constatazioni: l'aumento dell'inquinamento durante il periodo di crescita economica successivo alla seconda guerra mondiale e la necessità di affrontare tali problemi. Queste considerazioni, insieme a una convergenza di fattori politici favorevoli alla presa in considerazione delle esigenze di protezione dell'ambiente, sono state le forze motrici delle discussioni. Questa disposizione costituzionale si è quindi evoluta di pari passo con la **presa di coscienza politica, collettiva e sanitaria** della fragilità ecologica e dell'intrinseca connessione tra l'ambiente e l'esistenza umana. Anche l'evoluzione di queste preoccupazioni nel diritto internazionale pubblico ha svolto un ruolo cruciale nell'evoluzione dell'articolo 74 della Costituzione. 1

In questo contesto, lo scopo di questa disposizione è quello di chiarire le competenze della Confederazione in materia di protezione dell'ambiente in senso lato e di fungere da linea guida, insieme al principio dello sviluppo sostenibile (art. 73 Cost.), per la sezione 4 del capitolo 2 del titolo 3 della Costituzione intitolato «Ambiente e pianificazione del territorio». L'art. 74 Cost. introduce il **«catalogo delle competenze»** ambientali della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni. Tale elenco si è formato per stratificazioni successive e riflette la frammentazione delle fonti del diritto ambientale nell'ordinamento giuridico svizzero, poiché la materia si è complessa e sviluppata con il progressivo aumento delle conoscenze scientifiche in materia. 2

## A. Art. 24$^{septies}$ aCost.

L'art. 74 Cst. attuale riprende l'art. 24$^{septies}$ aCst. Questa prima versione della competenza in materia ambientale è stata introdotta a seguito di una mozione parlamentare presentata dal consigliere nazionale del Partito democratico-cristiano **Julius Binder** il 13 marzo 1964, in un periodo in cui la Svizzera stava registrando un aumento significativo dell'inquinamento. Con il suo intervento, il politico esortò le autorità svizzere ad adottare misure per combattere il rumore, le vibrazioni, le emissioni di fumi o gas «in aumento in modo allarmante [... e che costituiscono] un grave pericolo per la salute dell'uomo e degli animali». Il suo testo ebbe ampia risonanza al momento della 3

presentazione. Infatti, esso mirava a combinare un approccio antropocentrico ed ecocentrico alla protezione dell'ambiente, il che lo distingueva da altre posizioni dell'epoca e gli permise di ottenere il sostegno di una varietà di attori. Il Parlamento ha adottato la mozione Binder senza opposizione, nonostante la maggioranza del Consiglio federale fosse contraria. Quest'ultimo è stato quindi tenuto a darvi seguito e ha scelto di farlo introducendo nella Costituzione una disposizione adeguata in materia di protezione dell'ambiente che riprende il testo della mozione.

4 Prima dell'adozione dell'articolo 24$^{septies}$ aCst., **l'ambiente** era certamente menzionato nella Costituzione, ma solo elementi specifici come l'acqua, le foreste o il patrimonio erano inclusi. A livello federale era trattato principalmente attraverso regolamenti di polizia legati alle questioni sollevate dall'esercizio dei diritti di caccia o di pesca e la sua protezione era garantita da iniziative intraprese a livello cantonale. A quell'epoca, l'ambiente costituiva nella legislazione federale un argomento di interesse giuridico principalmente a causa dei suoi rischi – come ad esempio le inondazioni o le frane – o attraverso problematiche settoriali specifiche (lotta contro la deforestazione, regolamentazione dell'industria chimica e del suo inquinamento delle acque, ecc. Non veniva affrontato in modo **olistico**, tenendo conto delle sue qualità essenziali per lo sviluppo della vita umana e non umana. Solo la pianificazione territoriale comprendeva allora una componente ambientale, che tuttavia rimaneva marginale.

5 Solo nella seconda metà del XX° secolo il concetto di ambiente ha trovato posto nella Costituzione come oggetto di protezione a pieno titolo.

Nel suo messaggio del 1970 relativo all'introduzione dell'**art. 24$^{septies}$ aCst.,** il Consiglio federale indicava che questa disposizione doveva servire da base per «una protezione generale di diritto pubblico contro gli attacchi dannosi e molesti ». *De facto*, di fronte all'aumento dei danni, la mozione Binder aveva rivelato l'insufficienza del quadro legislativo esistente – in particolare delle disposizioni relative al diritto di vicinato e alla responsabilità privata – per far fronte all'entità dei danni e alle loro conseguenze. Il Consiglio federale, a seguito di questa constatazione, ha ritenuto che vi fosse una mancanza di competenze specialistiche nel campo dell'ambiente, la necessità di adottare misure armonizzate per proteggerlo, ma anche che i Cantoni avevano fatto solo un uso limitato della loro possibilità di regolamentare la protezione dell'ambiente, per cui era necessario ovviare a questa mancanza di azione. I

**settori di interesse prioritario** del Consiglio federale nel suo messaggio erano soprattutto il deterioramento della qualità dell'aria e l'aumento del rumore legati all'industria. Inoltre, a sostegno del suo messaggio, il Consiglio federale ha sottolineato ciò che sembrava ovvio: l'esplosione crescente dell'inquinamento e dei danni causati all'ambiente è «sempre [il prodotto dell']attività umana» e non un processo terrestre contingente, come una parte dell'opinione pubblica e alcuni ambienti politici hanno cercato di sostenere da allora.

L'art. 24$^{septies}$ è stato **adottato con un'ampia maggioranza popolare nel 1971**, al termine di una procedura di consultazione che ha suscitato reazioni per lo più entusiastiche. L'art. 24$^{septies}$ aCst. ha così sancito la competenza federale di legiferare e adottare misure per combattere gli attacchi dannosi e/o molesti. 6

## B. L'ascesa del diritto internazionale dell'ambiente e l'adozione della LPE

Dopo il periodo di inquinamento sfrenato legato alla ripresa economica degli anni successivi alla seconda guerra mondiale, gli anni '70 hanno segnato l'inizio di una **svolta a favore della protezione dell'ambiente** nel diritto svizzero. Il dibattito politico era dominato dal timore della popolazione per il declino delle foreste, oltre che dalla minaccia dell'inquinamento. In questo contesto, l'adozione dell'art. 24$^{septies}$ aCst. offrì un certo sollievo all'elettorato, poiché sembrava testimoniare la volontà politica di adottare misure e di approvare, in un orizzonte temporale prossimo, una legislazione di protezione generale dell'ambiente. 7

Anche sulla scena internazionale, data la dimensione sovranazionale e transfrontaliera delle sfide – gli effetti dell'inquinamento non conoscono confini e alcuni beni comuni rischiano di subire gravi danni o addirittura di scomparire –, gli Stati hanno preso posizione. Si è assistito al boom del diritto internazionale dell'ambiente. Sotto l'egida delle Nazioni Unite è stata organizzata una prima conferenza sull'ambiente. Essa ha portato nel 1972 alla **Dichiarazione di Stoccolma** e alla creazione del **Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente** (UNEP). Analogamente all'art. 24$^{septies}$ aCst., il principio 2 di questa dichiarazione riflette l'impegno degli Stati a favore della conservazione dell'ambiente e impone la lotta contro diverse forme di inquinamento. 8

9 Sebbene quel decennio fosse stato caratterizzato da un forte fermento riguardo alle minacce che gravavano sull'ambiente, trascorsero comunque 14 anni tra l'adozione dell'art. 24$^{septies}$ aCst e la sua concretizzazione attraverso la **Legge sulla protezione dell'ambiente del 7 ottobre 1983** (LPE), entrata in vigore il 1° gennaio 1985. I lavori legislativi iniziarono tuttavia rapidamente dopo l'adozione della disposizione costituzionale, sotto l'egida di una commissione di esperti presieduta dal Prof. Leo Schürmann. Tuttavia, il progetto preliminare sottoposto a consultazione nel 1974 fu giudicato troppo ambizioso dagli ambienti economici e da alcuni schieramenti politici, poiché prevedeva in particolare la possibilità di obbligare i Cantoni ad adottare norme di applicazione. Il suo testo può essere definito retrospettivamente «visionario», in quanto fa riferimento al concetto di «sviluppo sostenibile». Di fronte alle critiche rivolte al progetto e per questioni politiche, il consigliere federale incaricato del dossier optò per l'immobilismo fino al 1977, anno in cui una nuova commissione di esperti presentò un progetto preliminare rivisto. Questo nuovo progetto integrava gli sviluppi del diritto internazionale in materia ambientale intervenuti nel frattempo, nonché le critiche formulate nel quadro della prima consultazione del 1974, il che gli permise di ottenere l'approvazione dei diversi partiti politici. La LPE fu quindi adottata il 7 ottobre 1983 al termine di questo lungo iter.

10 L'articolo 1 capoverso 2 LPE sancisce i principi di prevenzione e precauzione (cfr. infra II.B e II.C) e l'articolo 2 LPE il principio del «chi inquina paga» (cfr. infra II.D), che saranno successivamente inseriti nell'articolo 74 capoverso 2 Cost. Sebbene questa legge federale non sia l'unica a concretizzare il mandato costituzionale di protezione dell'ambiente, essa svolge un ruolo centrale in tal senso grazie al suo carattere trasversale e generale. La dottrina presenta inoltre la LPE come una sorta di «**parte generale**» del diritto ambientale.

11 A dieci anni dal processo che ha portato all'adozione della LPE, anche il diritto internazionale dell'ambiente ha subito un'evoluzione. Una nuova **conferenza delle Nazioni Unite è stata organizzata a Rio dal 3 al 14 giugno 1992**. Essa ha portato a una nuova Dichiarazione che precisa l'impegno degli Stati per la protezione dell'ambiente e li invita a legiferare in materia. In tale occasione è stata adottata la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), che testimonia l'evoluzione delle preoccupazioni ambientali degli Stati di fronte a minacce

specifiche quali il cambiamento climatico, la perdita di biodiversità o la desertificazione. L'UNFCCC sancisce il principio della responsabilità comune ma differenziata degli attori nel riscaldamento globale e generalizza il principio di causalità. È alla luce di questi diversi principi che il testo dell'articolo 24$^{septies}$ aCst. è stato adattato in occasione della revisione totale della Costituzione federale del 1999.

Infatti, nell'ambito di tale **revisione della Costituzione del 1999**, è stato previsto di modificare il testo dell'articolo 24$^{septies}$ aCst. per includervi un riferimento a questi principi generali e sopprimere i riferimenti al rumore e all'inquinamento atmosferico, al fine di conferire a questa disposizione una portata globale. Le Camere hanno ritenuto consensuale il testo delle disposizioni relative alle competenze in materia ambientale. Solo la loro riorganizzazione all'interno del nuovo titolo della sezione «Ambiente e pianificazione del territorio» è stata oggetto di discussione durante le sessioni. Alla fine, le Camere hanno convenuto che la competenza federale in materia ambientale precedesse quella relativa alla pianificazione del territorio, poiché costituisce un prerequisito per quest'ultima. L'art. 24$^{septies}$ aCst. è così diventato l'art. 74 Cst. 12

Nel maggio 2018 è stata depositata un'iniziativa popolare federale volta a modificare l'art. 74 Cst. aggiungendovi un comma 2$^{bis}$. Intitolata «Per una Svizzera libera da pesticidi sintetici», mirava a vietare l'uso di questo tipo di pesticidi in agricoltura. È stata respinta alle urne il 13 giugno 2021 dal 60 % dei membri del corpo elettorale. Considerazioni legate al rischio di un aumento dei prezzi dei prodotti agricoli e alla volontà di non interferire con le scelte degli agricoltori sembrano essere state determinanti nella scelta dei votanti, anche se secondo i sondaggi l'opposizione all'uso dei pesticidi è una preoccupazione ampiamente condivisa dalla popolazione. L'articolo 74 della Costituzione è quindi rimasto inalterato dalla revisione del 1999. 13

## II. COMMENTO VERO E PROPRIO

### A. Osservazioni generali

L'articolo 74 della Costituzione costituisce **il «fulcro» del diritto ambientale** in Svizzera. Costituisce il fondamento di riferimento del diritto costituzionale svizzero in materia ambientale grazie alla sua dimensione trasversale. La sua funzione è infatti quella di orientare l'insieme delle politiche ambientali. È il 14

corrispettivo dell'art. 191 TFUE nel diritto dell'Unione europea e riflette alcuni principi generali del diritto internazionale dell'ambiente (principio di prevenzione, di precauzione e di causalità).

15 Pertanto, analogamente agli articoli 2 capoversi 2 e 4 e 73 Cost., l'articolo 74 Cost. sottolinea la necessità di preservare condizioni favorevoli alla vita sul pianeta per gli esseri viventi e le generazioni future. A tal fine, attribuisce alla Confederazione **una competenza generale** volta a considerare l'ambiente nelle sue diverse sfaccettature. Gli articoli da 75 a 80 Cost. precisano tale mandato in relazione ad aspetti particolari riguardanti l'ambiente e le sue componenti.

16 La **responsabilità** istituita dall'articolo 74 Cost. riguarda le **autorità pubbliche**. Tale disposizione non menziona gli attori privati. Ci si aspetta tuttavia che questi ultimi tengano conto delle informazioni che ricevono in merito alla necessità di proteggere l'ambiente, al fine di incoraggiarli ad adottare comportamenti volontari in tal senso. Le autorità pubbliche sono inoltre autorizzate ad adottare misure contro tali soggetti privati, in virtù della competenza loro attribuita.

## B. Art. 74 cpv. 1 – Protezione contro gli effetti nocivi e fastidiosi

17 Il primo capoverso dell'art. 74 Cost. istituisce una competenza legislativa concorrente non limitata ai principi a favore della Confederazione. Il diritto cantonale può quindi sussistere o integrare il diritto federale, a condizione che la Confederazione non abbia esaurito la sua competenza o non se la sia riservata. I mezzi con cui l'autorità intende adempiere al proprio mandato non sono specificati nell'art. 74 Cost., cosicché il **margine di manovra del legislatore federale** in materia è ampio.

18 Tale margine di manovra è più limitato per quanto riguarda le **tasse ambientali**. A questo proposito, l'autorità deve rispettare i requisiti imposti in materia fiscale, vale a dire un elevato grado di precisione e una legge in senso formale per l'introduzione di un'imposta (art. 127 Cost.). Per quanto riguarda le tasse incentivanti, che non comportano una contropartita statale specifica o una universalità, tali requisiti sono più flessibili. Tali tasse possono infatti trovare origine in una competenza del tipo di quella sancita dall'art. 74 Cost. La loro esistenza deve tuttavia soddisfare i requisiti del principio di legalità. Pertanto, l'adozione di tasse come quelle previste dagli articoli 29 e seguenti

della LCO2 o 32e della LPE è in linea di principio ammissibile, poiché costituisce un'imposta a scopo speciale, i cui principi di riscossione e gli importi massimi sono disciplinati a livello di legge.

19 L'oggetto della protezione del mandato conferito alla Confederazione è l'essere umano e il suo ambiente. Questo campo di applicazione è stato **concretizzato nell'art. 1 LPE**, che indica che questa legislazione ha lo scopo di proteggere «gli esseri umani, gli animali e le piante, le loro biocenosi e i loro biotopi da danni o fastidi e di conservare in modo sostenibile le risorse naturali, in particolare la diversità biologica e la fertilità del suolo». Analogamente, il concetto di danno è stato precisato nella LPE, che si concentra sui danni causati dall'uomo e dai suoi impianti sotto forma di inquinamento (art. 7 cpv. 1 LPE). Questa legge costituisce l'attuazione legislativa più importante della competenza costituzionale federale, motivo per cui i suoi principali ambiti di applicazione sono brevemente riassunti di seguito.

20 La LPE distingue due tipi di danni contro i quali è necessario intervenire: i danni nocivi e i danni molesti. Per danno nocivo ai sensi della LPE si intendono «gli influssi che nuocciono alla vita o alla salute fisica o psichica dell'uomo o che causano un danno al suo ambiente naturale», mentre i danni molesti «sono caratterizzati dal fatto che disturbano gli uomini nella loro esistenza, senza tuttavia causare loro un vero e proprio danno. [...] Ne consegue una violazione della personalità e quindi della libertà delle persone colpite». Pertanto, ad esempio, in caso di inquinamento acustico (che non causa un danno all'integrità fisica, ma per il quale è dimostrato che un'esposizione prolungata ai suoi effetti può influire sul ritmo cardiaco e causare fastidio), si applicherà la qualifica di danno nocivo. Tale qualificazione comporta che gli enti non umani esposti a lesioni simili non saranno protetti in un caso del genere e che un'azione volta a limitare le lesioni fastidiose per una popolazione esclusivamente animale sarà destinata al fallimento, in mancanza di un danno misurabile. Questa distinzione è rappresentativa dell'**antropocentrismo** che caratterizza il diritto svizzero in materia ambientale e al quale non sfugge la LPE.

21 Il meccanismo di protezione che costituisce il cuore della LPE per raggiungere il suo obiettivo è la **limitazione dei danni in due fasi** (art. 11 LPE). Attraverso questo meccanismo si tratta di prevenire i danni agendo sul luogo di emissione, indipendentemente dai danni ambientali già esistenti, ad

esempio mediante prescrizioni edilizie. Per rispettare i valori limite, una prima misura viene effettuata direttamente nel luogo di emissione, poi, in un secondo tempo, nel luogo in cui si producono gli effetti delle emissioni. Attraverso questo dispositivo, la legge federale concretizza i principi generali di prevenzione e precauzione, nonché il principio di causalità - nella sua componente di imputazione dei costi -, poiché le misure devono essere sostenute in primo luogo dall'impianto che produce le emissioni. Vengono quindi stabilite delle soglie sotto forma di valori di emissione o di immissione che devono essere rispettati. In caso di violazione, potranno essere richieste misure di risanamento o di protezione. Parallelamente, le **studi di impatto** e i **ricorsi delle associazioni** sono due strumenti complementari che mirano anch'essi a garantire il rispetto del mandato costituzionale dell'art. 74 cpv. 1 Cost.

22 A causa del suo carattere prevalentemente tecnico, la LPE contiene una serie di clausole di delega a favore del Consiglio federale. Numerose ordinanze dipendenti completano quindi l'attuazione di questa legge e, *a fortiori*, il mandato dell'articolo 74 Cost. Questo procedimento garantisce una certa adattabilità del diritto, il che può costituire un vantaggio. Di contro, ne deriva tuttavia uno svantaggio sotto forma di perdita di legittimità democratica. Infatti, le ordinanze non sono il prodotto del corpo legislativo eletto, ma dell'amministrazione federale, e non sono soggette a referendum o a una procedura di consultazione esterna analoga a quella prevista per le leggi federali. Di conseguenza, elementi essenziali relativi in particolare alle soglie ammissibili di concentrazione di una sostanza o di inquinamento sfuggono al controllo dei cittadini. Così, nel campo del rumore ferroviario, ad esempio, il Consiglio federale – in contraddizione con il suo dovere di dare l'esempio e con il mandato di protezione delegato – ha rinunciato a emanare valori limite di immissione per motivi economici, poiché un risanamento avrebbe comportato un onere eccessivo per lo Stato, il che illustra le tensioni che possono sorgere tra la volontà popolare e la sua attuazione.

23 Oltre alla LPE, **altre leggi federali** concretizzano il mandato dell'articolo 74 della Costituzione, come la legge sul CO2 o la legge sull'ingegneria genetica, solo per citarne alcune. Queste norme si aggiungono all'arsenale legislativo in materia di protezione dell'ambiente.

## C. Art. 74 cpv. 2 – I grandi principi

L'al. 2 dell'art. 74 Cost. sancisce tre grandi principi del diritto ambientale, 24
ovvero quelli di prevenzione (1.), precauzione (2.) e causalità (3.). Questi tre principi hanno tutti una **portata trasversale e programmatica** per l'insieme del diritto ambientale svizzero. Tutti gli organi statali sono tenuti a rispettarli. Si tratta di principi che impongono alle autorità l'obbligo di attuazione. In caso di lacune o carenze nella protezione, i cittadini potranno invocarli a titolo interpretativo per giustificare la necessità di un'azione, anche se tali principi sono spesso concretizzati anche in norme infra-costituzionali con una portata che può essere analoga.

**Nessun diritto soggettivo** è direttamente deducibile dall'art. 74 Cost., 25
sebbene la questione sia stata dibattuta. Infatti, la giurisprudenza e la dottrina ritengono che il potere legislativo non lo abbia voluto e che, di conseguenza, non sia possibile per i cittadini avvalersi di questa disposizione per ottenere prestazioni dallo Stato.

A questo proposito, è tuttavia opportuno fornire alcune precisazioni. In primo 26
luogo, va sottolineato che i principi sanciti dall'art. 74 Cost. **devono essere attuati** e che una lacuna legislativa o una mancata concretizzazione può essere invocata in relazione ad altri diritti in occasione di controversie.

In secondo luogo, questa mancanza di consacrazione dei diritti soggettivi non 27
priva di efficacia e applicabilità la **giurisprudenza della Corte EDU** in materia di diritti umani e di danni all'ambiente. Pertanto, anche in assenza di un riconoscimento di un «diritto a un ambiente sano» a sé stante nella Convenzione o nella Costituzione, i diritti umani comprendono diverse componenti relative agli effetti delle carenze di protezione dell'ambiente per gli individui, in particolare in relazione ai diritti sanciti dagli articoli 2, 6, 8, 10 e 11 CEDU (diritto alla vita, processo equo, diritto alla vita privata e libertà di espressione e di associazione). Tuttavia, nel contesto delle controversie relative a questi diversi diritti, i principi dell'articolo 74 Cost. hanno effetto e devono essere presi in considerazione nella valutazione del rispetto degli obblighi statali. Pertanto, nell'ambito della sentenza *Verein Klimaseniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, la Corte EDU ha esaminato gli obblighi positivi dello Stato in materia di politica climatica. Al termine della sua analisi, la Corte EDU ha concluso che la Svizzera aveva violato gli articoli 6 e 8 CEDU da parte della Svizzera, poiché quest'ultima non aveva adottato obiettivi

sufficienti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra (assenza di un bilancio del carbonio o di altri strumenti di quantificazione e misure adeguate per soddisfare obiettivi di riduzione sufficientemente precisi) e non aveva garantito alle ricorrenti l'accesso alla giustizia. La Corte EDU ha ricordato in occasione di questa decisione che il principio di precauzione occupa un posto centrale nell'esame del rispetto dei diritti umani da parte degli Stati nel contesto ambientale, conferendogli una portata – se non quella di un diritto soggettivo indipendente – intrinsecamente legata a questi altri diritti soggettivi.

28 In terzo luogo, si rileva inoltre che **la Convenzione di Aarhus**, ratificata dalla Svizzera il 3 marzo 2014, prevede che l'accesso ai giudici debba essere garantito al fine di constatare le carenze nella protezione del clima e dell'ambiente, diritto attualmente collegato nella dottrina all'art. 74 Cost. in presenza di una lacuna di protezione.

29 Infine, in relazione all'art. 74 Cost. e alle evoluzioni appena ricordate, una parte crescente della dottrina ritiene che dovrebbe essere riconosciuto un **diritto costituzionale non scritto di accesso alle autorità giudiziarie** in materia ambientale e collegato all'art. 74 Cost., interpretato alla luce della Convenzione di Aarhus, ma anche degli articoli 6 e 8 CEDU. Tale diritto avrebbe lo scopo di «far constatare una carenza di protezione legislativa, nell'attuazione della legislazione o in assenza di altri mezzi di ricorso in materia».

30 Alla luce di quanto sopra, si deve constatare che, sebbene l'art. 74 Cost. non sancisca diritti soggettivi, esso racchiude tuttavia un **importante potenziale** in materia di contenzioso ambientale e diritti umani. Anche la sua portata programmatica rimane invariata.

## 1. Il principio di prevenzione

31 Il principio di prevenzione implica la riduzione al minimo di qualsiasi danno che, da solo o in combinazione con altri, potrebbe diventare nocivo o fastidioso. Come precisato nel messaggio relativo alla nuova Costituzione federale, esso traduce in termini giuridici il motto «**prevenire è meglio che curare** ». Di fronte a diversi tipi di inquinamento, esso impone l'adozione di misure di riduzione dei rischi sia in fase di pianificazione che di esecuzione.

Per poter invocare questo principio deve sussistere un rischio ambientale noto o certo, il che richiede conoscenze scientifiche.

In applicazione del principio di prevenzione, possono essere richieste misure 32
sia nel settore dei rifiuti che in quello del rumore o ancora per quanto riguarda la concentrazione di sostanze inquinanti. Queste ultime possono riguardare in particolare l'adozione di misure di risanamento. Il principio di prevenzione si ritrova nel meccanismo di protezione a due livelli della LPE, che impone di agire in primo luogo sulle emissioni prodotte dagli impianti. L'art. 1 cpv. 2 LPE precisa inoltre che «gli effetti che potrebbero diventare nocivi o fastidiosi devono essere ridotti in via preventiva e in tempo utile». Si tratta quindi di un **obbligo di risultato**.

Anche la giurisprudenza della Corte EDU riconosce il principio di 33
prevenzione in termini analoghi. Le conclusioni della sentenza *Osman* sono state estese ai rischi ambientali nel corso degli anni e con l'emergere di un **consenso europeo** sulla necessità di proteggere l'ambiente in relazione agli altri diritti umani. Il principio di prevenzione è stato quindi applicato in particolare per valutare le violazioni degli articoli 2 o 8 della CEDU. La Corte EDU ha inoltre ritenuto che l'accesso dei cittadini alle informazioni sia essenziale per prevenire i danni ambientali nel contesto di attività pericolose, sottolineando il potenziale di questo principio in relazione ai diritti garantiti dalla Convenzione di Aarhus.

## 2. Il principio di precauzione

Questo secondo principio fondamentale dell'arsenale del diritto ambientale 34
integra il principio di prevenzione laddove sussista **incertezza scientifica** circa gli effetti di una sostanza, di un impianto o di un'azione e sia comunque necessario un intervento dello Stato. Pertanto, questo principio svolge un ruolo centrale nei settori dei nuovi prodotti o delle nuove tecnologie. Il principio di precauzione può essere riassunto dal motto latino *in dubio pro securitate*, che invita a «non mostrare un ottimismo sfrenato quando si tratta di proteggere l'uomo e il suo ambiente e quindi prevenire i danni anche se i rischi sono incerti».

Da un punto di vista filosofico, secondo Dunia Brunner, l'ascesa di questo 35
secondo principio testimonia un'evoluzione del rapporto dell'uomo con la scienza, che ora viene percepita anche con le sue incertezze e non solo come

il risultato di un ragionamento deduttivo. Una parte della dottrina ha inoltre sottolineato la parentela di questo principio con la **virtù aristotelica della prudenza**, che permette di insistere sulla dimensione umana e fallibile di ogni scienza e invita a considerare l'insieme degli esseri viventi e il loro ambiente come un'unica comunità di destino attraversata dall'incertezza.

36 Il principio di precauzione è uno dei **principi generali del diritto internazionale dell'ambiente**. Si trova nell'art. 15 della Dichiarazione di Rio, che prevede che «[p]er proteggere l'ambiente, gli Stati devono applicare ampiamente misure precauzionali in base alle loro capacità. In caso di rischio di danni gravi o irreversibili, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rimandare l'adozione di misure efficaci volte a prevenire il degrado dell'ambiente». È presente anche nella giurisprudenza della Corte EDU, dove ha fatto la sua comparsa con il caso *Tatar contro Romania*. La Corte EDU indica che un rischio ipotetico può essere sufficiente per ammettere una violazione degli obblighi positivi. Numerosi altri strumenti di diritto internazionale in materia ambientale fanno riferimento alla precauzione in senso identico.

37 Il testo dell'articolo 74 capoverso 2 non menziona esplicitamente la precauzione. Tuttavia, non vi è alcun dubbio che tale principio sia ad esso collegato e in esso incluso. Infatti, i lavori preparatori e legislativi relativi a tale disposizione hanno sempre indicato il principio di precauzione come **uno dei pilastri fondamentali del diritto ambientale** sancito da tale disposizione. Esso è inoltre concretizzato nel diritto interno in numerose disposizioni, in particolare nell'articolo 11 capoverso 3 LPE, nell'articolo 4 LEnu o nell'articolo 9 della legge sulle epizoozie.

38 Il principio di precauzione introduce un **obbligo di mezzi**. In pratica, la sua applicazione deve essere bilanciata con il principio di proporzionalità e l'interesse pubblico. Infatti, sebbene la prudenza sia d'obbligo in materia ambientale, è impossibile garantire il rischio zero. Pertanto, per essere ammissibile, il rischio previsto deve apparire plausibile e *a minima* basato su una valutazione razionale. A questo proposito, da alcuni anni il concetto di «limiti planetari» ridefinisce i contorni della precauzione, poiché il superamento di tali soglie non può più essere considerato un rischio incerto e quindi a essi si applica questo principio. Infine, oltre al concetto di plausibilità, affinché la precauzione prevalga in una determinata situazione, l'intervento dell'autorità deve apparire necessario e non deve ledere in modo

sproporzionato altri diritti. Tale bilanciamento comporta inevitabilmente una tensione rispetto a diritti quali la garanzia della proprietà o la libertà economica, in particolare. Di conseguenza, in assenza di una gerarchia tra queste garanzie e in caso di conflitto tra diritti fondamentali, altri diritti potrebbero prevalere sull'applicazione del principio di precauzione nella sua componente di presupposto del diritto a un ambiente sano, anche in presenza di un rischio plausibile, se circostanze particolari importanti lo giustificano.

## 3. Il principio di causalità

Il principio di causalità, noto anche come principio «chi inquina paga», ha lo scopo di **far ricadere il costo delle misure di protezione** dell'ambiente su chi provoca i danni. La sua applicazione ha lo scopo di «[...] favorire il passaggio da un atteggiamento pericoloso e dannoso per l'ambiente a un comportamento caratterizzato dal fattore costo [... e ha] l'effetto di correggere o eliminare le distorsioni della concorrenza nella misura in cui [l'internalizzazione dei costi] rende più costosi i processi di produzione economici, ma dannosi per l'ambiente a vantaggio di prodotti fabbricati con processi più costosi, ma anche più rispettosi dell'ambiente». Dietro questo principio si ritrova l'influenza delle teorie economiche dette della «fiscalità redistributiva» – il cui fondamento consiste nel sottolineare il costo sociale dell'inquinamento e l'impossibilità di contare su una semplice autoregolamentazione dei mercati in materia – e della fiscalità ambientale. 39

Nel diritto internazionale dell'ambiente, questo principio è **ancorato** all'articolo 16 della Dichiarazione di Rio. Era già stato formulato nel 1972 nell'ambito delle Raccomandazioni dell'OCSE. Nel diritto interno, il principio «chi inquina paga» è stato concretizzato in particolare negli articoli 2 LPE, 32 LPE, 3a LEaux, 4 LRaP, nonché agli articoli 59 LPE e 54 LEaux. 40

Affinché il principio di causalità sia applicabile, è necessario che le misure da adottare possano essere attribuite a **un soggetto responsabile**. Ciò avviene se è possibile identificare «coloro ai quali può essere imputata un'azione o un'omissione specifica che ha causato il danno». Deve poi sussistere un nesso di causalità tra il comportamento adottato da tale entità e il danno. Infine, è la legge che precisa in che misura il pagamento dei costi di una misura è esigibile da un'entità che causa il danno, nonché i mezzi di protezione che dovranno essere finanziati dal suo contributo. 41

## D. Art. 74 cpv. 3 – Esecuzione cantonale

42 Il capoverso 3 dell'articolo 74 Cost. richiama esplicitamente il principio generale dell'articolo 46 capoverso 1 Cost., che prevede che i Cantoni attuino il diritto federale in conformità con la Costituzione e la legge. Il capoverso 3 ha quindi una **portata giuridica dichiarativa**.

43 In deroga al principio generale sopra menzionato, la Confederazione si è riservata **una competenza esecutiva propria** nel settore dell'**ingegneria genetica e dei rifiuti**. Negli altri settori, la Confederazione conserva un compito di sorveglianza sull'esecuzione cantonale. Questo compito è stato concretizzato in particolare negli articoli 37 e 38 LPE.

44 Nell'ambito del controllo effettuato, la Confederazione non dispone di strumenti sanzionatori specifici nei confronti dei Cantoni che non adottano le misure necessarie o che le attuano in modo inadeguato. A questo proposito, una parte della dottrina denuncia una **carenza di attuazione**, deplorevole dal punto di vista dell'efficacia del diritto ambientale.

# III. CONCLUSIONE

45 L'articolo 74 Cost. è stato concepito come una disposizione che consente un'azione ampia e preventiva contro i danni all'ambiente. Esso racchiude quindi **un grande potenziale**. Tuttavia, ad oggi, questa disposizione non mantiene la sua promessa iniziale, a causa di lacune nella sua attuazione e di una scarsa volontà politica di adottare misure vincolanti nei settori più inquinanti.

46 Di fronte a tale constatazione, assistiamo a una **miriade di iniziative della società civile** volte a rafforzare il diritto ambientale. Con il loro impegno, i movimenti civici spingono infatti le autorità e gli altri membri della società ad adottare una visione più olistica dell'ambiente. Si levano così voci che sottolineano, ad esempio, l'insufficienza di un approccio incentrato sugli impianti di fronte all'onnipresenza dei danni causati dalle immissioni o la mancata considerazione degli interessi delle entità non umane o delle esigenze di protezione della biodiversità. La partecipazione di questi movimenti consente di porre **domande democratiche essenziali** per lo sviluppo di un regime di protezione emancipatorio per tutti, come ad esempio: «Come vengono attualmente prese le decisioni di politica tecnica ed

ecologica? Da chi? E nell'interesse di chi?». Solo affrontando queste questioni sarà possibile abbozzare soluzioni efficaci e nell'interesse pubblico e adempiere pienamente al mandato dell'articolo 74 della Costituzione.

*Informazioni sull'autrice*

*Clémence Demay è dottoressa in giurisprudenza e avvocato. Ha ottenuto il premio Bippert, il premio Walther Hug e il premio dell'Associazione svizzera di filosofia del diritto e filosofia sociale per la sua tesi di dottorato intitolata «Il diritto di fronte alla disobbedienza civile. Quale categorizzazione per un oggetto giuridico non identificato?», Schulthess Ginevra/Zurigo 2022. Dopo aver completato il suo tirocinio come avvocato, nel febbraio 2025 ha avviato un progetto di ricerca presso l'Università di Losanna (UNIL) nell'ambito del programma Sustainable Transformation Research Initiative (STRIVE). Qui tiene un corso e prosegue le sue ricerche sui diritti umani, l'ambiente, i legami tra diritto e società e il contenzioso strategico. Clémence Demay è membro del FRI – Istituto svizzero di studi giuridici femministi e Gender Law – e del Centro di studi interdisciplinari Walras Pareto. Le sue pubblicazioni possono essere consultate al seguente link: https://orcid.org/0000-0001-7394-3083.*

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Aubry Girardin Florence, art. 127 Cst., in : Dubey Jacques/Martenet Vincent (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021

Barral Virginie/Dupuy Pierre-Marie, Sustainable Development through Integration, in : Viñuales Jorge (édit), The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary, Oxford 2015, pp. 157 ss.

Baumann Pascal, Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris 2021.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Blattner Charlotte, Separation of Powers and KlimaSeniorinnen, VerfBlog 4/30 2024, https://doi.org/10.59704/3f49776eda0e8e72.

Blattner Charlotte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grosse Kammer, Urteil 53600/20 vom 9. April 2024, Verein Klima-Seniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, PJA 2024, pp. 976 ss.

Blattner Charlotte, Animal Impact Assessments: Contesting Denial, Changing the Future?, in : Randall Abate (éd.), What Can Animal Law Learn from Environmental Law?, St. Paul 2020, pp. 95 ss.

Boillet Véronique/Demay Clémence, L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses, Revue trimestrielle des droits de l'homme (135) 2023, pp. 676 ss.

Brunner Dunia, Vers une économie circulaire durable en Suisse, thèse, Fribourg 2023.

Brunner Ursula/Hauser Matthias/Von Büren Nina, Massnahmen zur Anpassung an die Klimaveränderung und ihre Abstützung auf Art. 74 BV, URP 2019, p. 4 ss.

Brunner Ursula/Keller Hellen, 20 Jahre Umweltschutzgesetz – Rückblick und Würdigung, ZBl (106) 2005, p. 1 ss.

Caluori Corina, Rechtsprechung zum Umweltschutzgesetz 2016-2020, URP (1) 2022, pp. 1 ss.

Conseil de l'Europe, Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Environnement, Strasbourg 2024.

Conseil de l'Europe, Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, fiche thématique, avril 2024.

Defago Valérie/Wyssbord Valérie, Du silo au parapluie : pour une approche nommée de la biodiversité, in : Largey Thierry/Boillet Véronique/Brunner Dunia/Martenet Vincent (édits.), Environnement et Justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Berne 2024, pp. 199 ss.

Demay Clémence/Eggerschwiler Myriam, Du Rothenthurm au col du Simplon – Droit de l'environnement et mobilisations citoyennes : un duo gagnant ?, in : Largey Thierry/Boillet Véronique/Brunner Dunia/Martenet Vincent (édits.), Environnement et Justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Berne 2024, pp. 217 ss.

De Graaf Janna/Stok Marijn/De Wit John/Bal Michael, The climate change skepticism questionnaire: Validation of a measure to assess doubts regarding climate change, Journal of Environmental Psychology (89) 2023, pp. 102068 ss.

Dupont Valérie/Largey Thierry, La consécration légale de l'infrastructure écologique à l'aune des principes de conservation de la biodiversité, DEP 2023, pp. 343 ss.

Dupuy Pierre-Marie/Viñuales Jorge, International Environmental Law, 2ème ed., Cambridge 2018.

Epiney Astrid, Gegenstand, Entwicklung, Quellen und Akteure des internationalen Umweltrechts, in : Proelß Alexander (édit.), Internationales Umweltrecht, 2ème ed., Berlin/Boston 2022, pp. 1 ss.

Epiney Astrid/Diezig Stefan/Pirker Benedikt/Reitemeyer Stefan, Aarhus-Konvention, Bâle 2018.

Fasel Brigitte/Sprumont Dominique, Le principe de précaution, in : Rapports suisses présentés au XVIIème Congrès international de droit comparé, Utrecht 2006, pp. 191 ss.

Favre Anne-Christine, Le principe de protection de l'environnement, une perspective de droit comparé. Etude pour le service de recherche du Parlement européen, Bruxelles 2025.

Favre Anne-Christine, art. 74 Cst., in : Dubey Jacques/Martenet Vincent (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Favre Anne-Christine, La Constitution environnementale, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Volume III, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 2121 ss

Favre Anne-Christine, art. 7 LPE, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Loi sur la protection de l'environnement, Commentaire Stampfli, 1ère tranche, Berne 2010.

Favre Brian, Généalogie du sujet de droit. Perspective en droit animalier, thèse, Lausanne 2026, à paraître.

Flückiger Alexandre, Droit de l'homme et environnement, in : Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (édit.), Introduction aux droits de l'homme, Genève 2014, pp. 606.

Frigerio Veronica, Réception de la biodiversité en droit, thèse, Lausanne 2021.

Griffel Alain, Art. 74 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2ème éd., Bâle 2025.

Griffel Alain, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, thèse d'habilitation, Zurich 2001.

Griffel Alain/Rausch Heribert, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zurich/Bâle/Genève 2011.

Grinlinton David, The Intersection of Property Rights and Environmental Law, Environmental Law Review (25) 2023, pp. 202, https://doi.org/10.1177/14614529231193804.

Halvorssen Anita M., The origin and development of international environmental law, in : Techera Erika (édit.), Routledge Handbook of International Environmental Law, pp. 25 ss.

Hänggi Marcel, Tun, was Recht ist, Die Republik, online 21.10.2024.

Hänggi Marcel, Weil es Recht ist. Vorschläge für eine ökologische Bundesverfassung, Zurich 2024.

Hänni Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7ème éd., Berne 2022.

Hottelier Michel, Constitution et environnement. Rapport suisse. Annuaire international de justice

constitutionnelle 2020/35-2019, pp. 519, https://doi.org/10.3406/aijc.2020.2778.

Hornsey Matthew/Lewandowsky Stephan, A toolkit for understanding and addressing climate skepticism, Nature Human Behavior, 2022/6, pp. 1454, https://doi.org/10.1038/s41562-022-01463-y.

Kellenberger Stephan, Les instruments volontaires dans la politique climatique et énergétique suisse : motifs de leur introduction et chances de leur application, Cahiers de l'IDEHEAP 221, Lausanne 2004.

Keller Helen, A Right to a Clean and Sustainable Environment. Or Perhaps Not (Yet) ?, Völkerrechtsblog, 5 août 2025, https://voelkerrechtsblog.org/a-right-to-a-clean-healthy-and-sustainable-environment/.

Joly Rebecca, La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne, Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité, thèse, Bâle 2020.

Jungo Fabia, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2012.

Knox John, Constructing the Human Right to a Healthy Environment, Annual Review of Law and Social Science (16) 2020, pp. 79 ss.

Lammers Guillaume, Le développement de la constitution environnementale, in : Boillet Véronique/ Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Prof. Etienne Poltier, Bâle 2020, pp. 935 ss.

Lavrysen Laurens, Greening the European Convention on Human Rights: How to Determine the Substance of Environmental Human Rights?, in : Schoukens Hendrik/Bouquelle Farah (édit.), The Right to a Healthy Environment in and Beyond the Anthropocene, Cheltenham UK 2024, pp. 53 ss.

Magistro Francesca, Le droit à un environnement sain revisité, thèse, Genève 2017.

Marti Ursula, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2011.

Milfont Taciano/Abrahamse Wokje/MacDonald Edith, Skepticism of anthropogenic climate change: Additional evidence for the role of system-justifying ideologies, Personality and Individual Differences, 168 (2021), pp. 110237, https://doi.org/10.1016/j.paid.2020.110237.

Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre, Introduction, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Loi sur la protection de l'environnement, Commentaire Stampfli, 1ère tranche, Berne 2010.

Morell Reto/Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 74, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundserverfassung, St. Galler Kommentar, 4ème éd., Saint-Gall 2023.

Morrow Karen, The ECHR, Environment-Based Human Rights Claims and the Search for Standards, in: Turner Stephen/Shelton Dina/Razzaque Jona/McIntyre Owen/May James (édit.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge 2019, pp. 41 ss.

Morsoli Renato, Hans Hürlimann, in : Dictionnaire historique de la Suisse DHS, https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/004729/2009-09-03/.

Müller Hans Ulrich, Einführung in das Umweltschutzgesetz, Zurich 1992.

Noël Yves, Il pleut des taxes..., in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Prof. Etienne Poltier, Lausanne 2020, pp. 979 ss.

Occhiali Giovanni, Obstacles and appeal of environmental taxation, Environmental Development, 2024/51, pp. 101037 ss. https://doi.org/10.1016/j.envdev.2024.101037.

OFEFP, Matériaux pour l'histoire de l'environnement en Suisse. Documents environnement n°106. Recherche, Berne 1999.

OFEV, Le droit de l'environnement, Berne 2022.

Papaux Alain, Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève/Zürich/Bâle 2006.

Petitpierre-Sauvin Anne, Droit de l'environnement. Vers un droit économique au service de l'environnement, Genève/Zurich/Bâle 2012.

Pfister Christian, Les origines du stress climatique à l'échelle globale, Didactica Historica (7) 2021, pp. 45, http://doi.org/10.33055/didactica historica.2021.01.07.045.

Pfister Christian/Wanner Heniz, Climate and Society in Europe – the Last Thousand Years, Berne 2021.

Proelss Alexander, Prinzipen des internationalen Umweltrechts, in : Proelß Alexander (édit.), Internationales Umweltrecht, 2ème ed., Berlin/Boston 2022, pp. 95 ss.

Raedler David, Responsabilité de l'État pour le défaut de mesures en faveur du climat, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 181 ss.

Rahmstorf Stefan, The Climate Sceptics, Potsdam 2004.

Rausch Heribert, Zum 50-Jahre-Jubiläum des Umweltschutzartikels der Bundesverfassung – Ein kritischer Essay, URP 2022, pp. 129 ss.

Recordon Luc, Responsabilité civile et environnementale dans l'histoire politique suisse, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 13 ss.

Refondini Antoine, Atteintes à l'environnement, quelle place pour la responsabilité civile, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 41 ss.

Rieder Stefan, Umsetzung des Umweltrechts: Stärken und Schwächen des föderalen Vollzugs, URP 2015, pp. 581 ss.

Rieder Stefan/Lienhard Andreas, Stärkung des Vollzugs im Umweltbereich, Interface (11) 2013.

Romy Isabelle, Répartition contractuelle des risques liés aux responsabilités environnementales de droit public, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 81 ss.

Rotillon Gilles, La fiscalité environnementale : outil de protection de l'environnement ? Regards croisés sur l'économie (1) 2007, pp. 108 ss, https://doi.org/10.3917/rce.001.0108.

Rouiller Felise, Révision de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO2, PJA 2020, pp. 213 ss.

Rouiller Florence, Le droit à l'information environnementale et sa justiciabilité : la mise en œuvre de la convention d'Aarhus dans la législation suisse, Revue Européenne de Droit de l'Environnement (4) 2003, pp. 397 ss.

Sands Philippe/Peel Jacqueline, Principles of international Environmental Law, 4ème éd., Cambridge 2019.

Steigmeier Andreas, Julius Binder, in : Dictionnaire historique de la Suisse DHS, https://hls-dhs-dss.ch/fr/art.s/006185/2002-10-25/.

Steffen Will et al., Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, Science (347) 2015, pp. 736 ss, https://doi.org/10.1126/science.1259855.

Stutz Hans, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, pp. 247 ss.

Sudre François, La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution, Revue française de droit administratif 2017, pp. 1039 ss.

Thurnherr Daniela, Vorsorgeprinzip. Verpflichtungen und Grenzen für die Verwaltung und weitere staatliche Akteure. Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt, Basel 2020.

Wagner Pfeifer Beatrice, Umweltrecht. Allgemeine Grundlagen, Zurich/Saint-Gall 2017.

Wallner Thomas, Leo Schürmann, in : Dictionnaire historique de la Suisse, https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/003081/2011-08-23/.

Walter François/Pfister Christian/Haefeli-Waser Ueli, Environnement, in : Dictionnaire historique de la Suisse, en ligne: https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/024598/2014-01-14/.

Zimmermann Nesa, Klimawandel und die Rolle der Gerichte, ZBl (125) 2024, pp. 500 ss.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 75b Cost.

Un commentario di Fabian Mösching

CITAZIONE SUGGERITA

Fabian Mösching, Kommentierung zu Art. 75b BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Breve citazione: OK-Mösching, art. 75b FC N. XXX.

**Art. 75*b* Abitazioni secondarie**

[1] La quota di abitazioni secondarie rispetto al totale delle unità abitative e della superficie lorda per piano utilizzata a scopo abitativo di un Comune non può eccedere il 20 per cento.

[2] La legge obbliga i Comuni a pubblicare ogni anno il loro piano delle quote di abitazioni principali unitamente allo stato dettagliato della sua esecuzione.

**Art. 197 Disposizioni transitorie successive all'accettazione della Costituzione federale del 18 aprile 1999**

*Disposizioni transitorie dell'art. 75b (Abitazioni secondarie)*

[1] Se la pertinente legislazione non entra in vigore entro due anni dall'accettazione dell'articolo 75*b*, il Consiglio federale emana mediante

ordinanza le necessarie disposizioni d'esecuzione per la costruzione, la vendita e l'iscrizione nel registro fondiario.

[2] I permessi di costruzione per residenze secondarie concessi tra il 1° gennaio dell'anno che segue l'accettazione dell'articolo 75*b* e l'entrata in vigore delle disposizioni d'esecuzione sono nulli.

# STRUTTURA

I. Storia delle origini ... 874
A. I problemi delle seconde case ... 874
1. Sfruttamento eccessivo del suolo svizzero ... 874
2. Sfruttamento eccessivo del paesaggio montano svizzero ... 874
3. Adozione ed entrata in vigore dell'iniziativa sulla residenza secondaria ... 875
B. Problemi di attuazione ... 875
C. Possibili soluzioni ... 876
1. Ordinanza sulla residenza secondaria del 22 agosto 2012 (aZWV) ... 876
2. Decisioni del Tribunale federale del 22 maggio 2013 ... 876
a. Applicabilità diretta ... 876
b. La gestione dei permessi di costruzione ... 877
3. Legge sulla residenza secondaria ... 878
II. Art. 75b cpv. 1 Cost. ... 879
A. Rapporto con altre norme costituzionali ... 879
1. Pianificazione territoriale ... 879
2. Proporzionalità e garanzia della proprietà ... 880
B. Ambito di applicazione ... 880
1. Ambito di applicazione materiale ... 880
2. Ambito di applicazione locale ... 881
C. Concetto di "residenza secondaria ... 882
1. Abitazione ... 882
2. Residenza primaria o secondaria ... 882
3. Calcolo della percentuale di residenze secondarie ... 883
D. Divieto di residenze secondarie e residenze ancora ammesse ... 883
1. Nuove abitazioni con restrizioni d'uso ... 883
2. Nuove abitazioni senza restrizioni d'uso ... 884
E. Abuso di diritto in relazione alle restrizioni d'uso ... 884
F. Garanzia dei diritti acquisiti; abitazioni di vecchia data ... 885
1. Deroga ... 885
2. Preoccupazioni e possibili conseguenze ... 886
III. Art. 75b cpv. 2 Cost. ... 887
IV. Art. 197 no. 9 cpv. 1 Cost. ... 889
V. Art. 197 no. 9 cpv. 2 Cost. ... 890
A. Aspetti economici ... 891
B. Aspetti giuridici ... 893
C. Sintesi ... 893
Letture consigliate ... 894
Bibliografia ... 896

# I. STORIA DELLE ORIGINI

## A. I problemi delle seconde case

### 1. Sfruttamento eccessivo del suolo svizzero

1 La prima legislazione federale sulle residenze secondarie è stata introdotta nel 1961 come misura contro l'alienazione di terreni nazionali a stranieri. Le decisioni federali urgenti sono state trasferite nella Legge federale del 16 dicembre 1983 sull'acquisto di beni immobili da parte di persone all'estero (RS 211.412.41), che limita tale acquisto e lo sottopone all'obbligo di autorizzazione. La norma, da allora nota come "Lex Koller", mira a prevenire l'alienazione del suolo nativo. Dalla sua introduzione, tuttavia, ha perso gran parte della sua efficacia. Da un lato, è limitata alla domanda straniera, con una percentuale di seconde case di proprietà di stranieri stimata solo al 20%. Dall'altro lato, la conclusione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone con l'UE ha ridotto ulteriormente la portata della Lex Koller, poiché i cittadini dell'UE/AELS residenti in Svizzera sono stati equiparati ai cittadini svizzeri.

### 2. Sfruttamento eccessivo del paesaggio montano svizzero

2 Soprattutto a causa della sua limitata efficacia, il Consiglio federale ha tentato di abrogare la Lex Koller nel 2007, ma ha fallito in Parlamento. Ciononostante, i suoi art. 8 cpv. 2 e 3, intesi come misure di accompagnamento, sono stati trasferiti al RPG (RS 700) il 1° luglio 2011. In seguito alla bocciatura dell'abrogazione della "Lex Koller", le due norme sono state rielaborate come controproposta indiretta all'iniziativa sulle seconde case, che nel frattempo si è concretizzata, e che mirava a un controllo più incisivo della pianificazione territoriale sulle costruzioni di due case.

3 L'iniziativa mirava a preservare il paesaggio e i terreni agricoli bloccando la costruzione di seconde case, mantenendo così l'attrattiva turistica delle regioni montane e creando alloggi a prezzi accessibili per la popolazione locale. Gli obiettivi prefissati non lasciano dubbi sul fatto che i problemi legati alle seconde case siano cambiati nel tempo. Nel frattempo sono emerse le preoccupazioni ecologiche, in particolare l'uso di terreni per abitazioni che vengono utilizzate solo per poche settimane all'anno (il problema dei

cosiddetti "letti freddi"), ma la popolazione è anche diventata sempre più consapevole degli effetti economici negativi sulla popolazione locale e sull'industria del turismo.

### 3. Adozione ed entrata in vigore dell'iniziativa sulla residenza secondaria

L'11 marzo 2012, l'iniziativa popolare "Stop alla costruzione dilagante di abitazioni secondarie!" è stata infine accettata con il 50,6% dei voti e il 13,5 dei Cantoni, e la Costituzione federale è stata modificata con gli attuali art. 75b e art. 197 cpv. 9. L'art. 8 cpv. 2 e 3 della Legge sulla pianificazione territoriale (LPT) è stato nuovamente abrogato il 1° gennaio 2016 nel corso dell'introduzione della Legge sulle residenze secondarie; parte del contenuto delle disposizioni è stato incorporato negli artt. 3 e 12 della Legge federale del 20 marzo 2015 sulle residenze secondarie (Legge sulle residenze secondarie, LASec; RS 702). 4

## B. Problemi di attuazione

Con l'adozione dell'iniziativa, le sue disposizioni sono entrate immediatamente in vigore (cfr. art. 195 Cost.). Tuttavia, molto altro è rimasto oscuro a causa della formulazione poco attenta, poco strutturata e generalmente carente delle nuove norme costituzionali. Innanzitutto, c'era disaccordo sul fatto che l'iniziativa potesse essere applicata direttamente o meno (cfr. n. 8 e segg.); il termine centrale "residenza secondaria" non era nemmeno definito. Ulteriori problemi sono stati causati dall'uso simultaneo dei termini "abitazione" e "unità abitative", dal doppio standard di calcolo basato sulle abitazioni e sulla "superficie lorda", termine quest'ultimo che non era nemmeno sufficientemente definito. Inoltre, l'iniziativa consisteva in una sequenza arbitraria di specifiche per l'applicazione diretta (art. 75b cpv. 1 Cost.) e di mandati al legislatore (art. 75b cpv. 2 e art. 197 no. 9 cpv. 1 Cost.). La limitazione dell'iniziativa alla "costruzione" di seconde case (cfr. titolo dell'iniziativa) e le misure relative alle licenze edilizie hanno generato ulteriore confusione (su tutto questo, si veda il punto II.); così come la concentrazione su un "piano di condivisione della prima casa", per cui anche questo termine è stato utilizzato in modo fuorviante (III.). Inoltre, il contenuto delle disposizioni di attuazione era limitato e doveva essere emanato entro due anni dall'adozione dell'iniziativa (IV. infra), e il destino delle licenze 5

edilizie rilasciate tra il 1° gennaio 2013 e l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione non era chiaro (V. infra).

6 La situazione era ulteriormente complicata dal fatto che solo pochi comuni interessati dall'iniziativa l'avevano effettivamente approvata. Ulteriori attriti nell'attuazione e soprattutto nella progettazione della legge di attuazione (LASec) erano facilmente prevedibili. Nonostante le numerose sentenze dei tribunali supremi, i problemi persistono.

## C. Possibili soluzioni

### 1. Ordinanza sulla residenza secondaria del 22 agosto 2012 (aZWV)

7 Prima ancora dell'entrata in vigore della LASec, il 22 agosto 2012 il Consiglio federale ha emanato un'ordinanza sulla residenza secondaria per adempiere al mandato legislativo dell'iniziativa ed eliminare le incertezze giuridiche più pressanti. L'ordinanza è entrata in vigore il 1° gennaio 2013 e si applica ai Comuni in cui la percentuale di seconde case sul totale delle abitazioni è superiore al 20% (art. 1 cpv. 1). L'allegato conteneva un elenco di comuni per i quali esisteva una presunzione relativa che la percentuale di abitazioni secondarie fosse superiore al 20% (art. 1 cpv. 2 e 3). Inoltre, l'art. 2 conteneva una prima definizione (non riuscita) del termine "abitazione secondaria"; si stabilivano anche la gestione e le possibilità di conversione per le abitazioni e gli esercizi alberghieri già esistenti o già legalmente autorizzati (art. 3).

8 L'approccio del Consiglio federale non è stato privo di controversie a causa della sua urgenza in termini di tempo e delle relative questioni di competenza (cfr. n. 47). Questa ordinanza, da non confondere con quella che esiste ora sulla base del LASec, è stata abrogata con l'introduzione del LASec il 1° gennaio 2016.

### 2. Decisioni del Tribunale federale del 22 maggio 2013

#### a. Applicabilità diretta

9 Infine, a causa di numerose domande per la costruzione di residenze secondarie, il Tribunale federale ha avuto l'opportunità, già nel maggio 2013, di esprimersi su diverse questioni relative all'attuazione dell'art. 75b e dell'art. 197 no. 9 della Cost. Per quanto riguarda l'applicabilità diretta dell'Iniziativa sulle residenze secondarie, ha affermato che i fatti e le conseguenze

giuridiche sono chiari e specifici per quanto riguarda le destinazioni d'uso che rientrano senza dubbio nel concetto di residenza secondaria e che sono destinate a un comune con una percentuale chiaramente eccessiva di residenze secondarie. Le situazioni così contemplate ("letti freddi") erano relativamente semplici da delimitare e non complesse. Non c'era quindi nulla che impedisse l'immediata applicabilità di questo "nucleo duro" della nuova norma costituzionale speciale, anche se ciò comportava una restrizione non trascurabile della garanzia di proprietà (art. 26 Cost.).

Tuttavia, l'art. 75b Cost. dovrebbe ancora essere concretizzato in ampie parti, 10
in particolare per quanto riguarda la costruzione di residenze secondarie gestite, la conversione di residenze primarie e secondarie, nonché l'ampliamento e la sostituzione di residenze secondarie esistenti. L'applicabilità diretta dell'art. 75b cpv. 1 in combinazione con l'art. 197 n. 9 cpv. 1 e l'art. 197 n. 9 cpv. 1. L'applicabilità diretta dell'art. 75b cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. è stata quindi limitata a un divieto cautelativo di costruire residenze secondarie nei comuni interessati fino all'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione, che equivale a una zona di pianificazione. Questo divieto doveva essere interpretato in modo ampio per non anticipare il legislatore e per non pregiudicare le future disposizioni di attuazione. In definitiva, si trattava solo di una limitazione temporanea della garanzia immobiliare fino all'emanazione delle disposizioni di attuazione. Per una misura così cautelativa e temporalmente limitata, non si dovevano porre requisiti elevati alla definitività della norma.

Queste sentenze sono state emesse nonostante gran parte della dottrina fosse 11
contraria all'applicabilità diretta dell'iniziativa. In particolare, è stata criticata l'inadeguata definizione del termine "residenza secondaria", che rendeva quasi impossibile per le persone interessate orientare il proprio comportamento in base alla nuova norma e prevedere sufficientemente le conseguenze del proprio comportamento.

## b. La gestione dei permessi di costruzione

Un'altra questione controversa è stata quella di come procedere con le licenze 12
edilizie per le seconde case concesse dopo l'adozione dell'iniziativa l'11 marzo 2012. Il Tribunale federale è giunto alla conclusione che l'art. 197 n. 9 cpv. 2 della Cost. che prevede la nullità delle licenze edilizie concesse dal 1° gennaio 2013 fino all'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione, non è una

disposizione transitoria deviante, ma si limita a intensificare la conseguenza giuridica (nullità anziché contestabilità). Sono stati quindi applicati i consueti principi sull'applicazione intertemporale della legge (per maggiori dettagli sulle conseguenze, si veda il punto V.).

### 3. Legge sulla residenza secondaria

13 Infine, il 1° gennaio 2016 sono entrati in vigore il tanto atteso LASec e la relativa Ordinanza sulla residenza secondaria del 4 dicembre 2015 (LASec; RS 702.1) - da non confondere con quella del 22 agosto 2012 (n. 7 supra). Il legislatore ha così adempiuto al mandato dell'art. 197 n. 9 cpv. 1 Cost. e ha emanato la legge di attuazione. Il LASec definisce, tra l'altro, il concetto di residenza secondaria (art. 2 cpv. 4) e, a differenza di esso, le residenze primarie e le residenze equiparate alle residenze primarie. Regola il calcolo della quota di seconde case (art. 4 f.) e contiene una specificazione del divieto di seconde case nell'art. 75b BV (art. 6). Contiene inoltre disposizioni sulla costruzione di nuove abitazioni (art. 7 e segg.) e sulla modifica di abitazioni esistenti nei comuni con una percentuale di seconde case superiore al 20%. Contiene inoltre disposizioni esecutive (art. 15 e segg.), penali (art. 21 e segg.) e finali sull'attuazione e il trasferimento (art. 23 e segg.).

14 Il LASec è stato preceduto da un compromesso extraparlamentare tra una delegazione di consiglieri nazionali e il comitato d'iniziativa. In cambio di concessioni sul contenuto della legge, gli iniziativisti hanno accettato di rinunciare al referendum. Il compromesso trovato è stato poi accettato dal Parlamento senza grandi resistenze.

15 Le reazioni al risultato sono state prevalentemente critiche. Biaggini ritiene che "l'attuazione legislativa (...) non appartiene ai momenti migliori della metodologia legislativa e del parlamentarismo". Alig/Griffel affermano addirittura che la legge sulle residenze secondarie è essenzialmente un'eccezione alla restrizione sulle seconde case prevista dalla Costituzione, affiancata da disposizioni esecutive e penali. Tuttavia, ci sono buone ragioni per il compromesso raggiunto. Ad esempio, l'approvazione esplicita degli iniziativisti è una forte indicazione del fatto che il LASec tiene conto del significato e dello scopo delle nuove disposizioni costituzionali. Dopo l'adozione dell'iniziativa, non era necessariamente chiaro come dovesse essere interpretata la volontà popolare e quali obiettivi fossero stati perseguiti con l'iniziativa stessa.

Inoltre, era imperativo conciliare le disposizioni apodittiche dell'art. 75b Cost. con altre norme costituzionali (tra cui la pianificazione territoriale, il principio di proporzionalità, la garanzia della proprietà, la libertà di stabilimento). Sarebbe quindi sbagliato parlare di un pigro compromesso legislativo, oppure - come sottolinea ancora Biaggini - che i Consigli sono stati raramente così fortunati che l'art. 190 Cost. dichiara autorevole il risultato del lavoro legislativo parlamentare e lo esenta dal controllo giudiziario. Per lo meno il LASec fornisce ora una base per trattare la costruzione di seconde case, sulla base della quale si può affrontare l'eliminazione delle ambiguità esistenti. Gli effetti concreti delle disposizioni di attuazione sulle singole disposizioni dell'iniziativa sono illustrati di seguito sulla base delle singole norme. 16

## II. ART. 75B CPV. 1 COST.

### A. Rapporto con altre norme costituzionali

#### 1. Pianificazione territoriale

Con l'adozione dell'iniziativa, la Confederazione ha la competenza di legiferare nel settore delle residenze secondarie. A mio avviso, si tratta di un mero complemento alla legislazione di base in materia di pianificazione del territorio ai sensi dell'art. 75 RPD e deve essere trattata in modo restrittivo. Tuttavia, può anche essere considerata una competenza completa in materia di residenze secondarie. In questo modo o in un altro, la Confederazione è autorizzata a regolamentare tutte le questioni legali relative alle residenze secondarie. Inoltre, si tratta di una competenza concorrente, cioè successivamente derogatoria. Il diritto cantonale ha cessato di essere applicabile solo con l'emanazione del LASec, e solo nella misura in cui la competenza federale è effettivamente esaurita. Poiché la limitazione della costruzione di seconde case è un compito federale, le licenze edilizie in questo senso possono essere contestate anche da organizzazioni per la tutela della natura e del patrimonio con un ricorso associativo ai sensi dell'art. 12 LPN, tenendo così conto delle "preoccupazioni per la tutela della natura e del patrimonio" (art. 78 cpv. 2 Cost.). 17

L'art. 75b Cost. e la legislazione di attuazione basata su di esso continuano a lasciare spazio ai Cantoni e ai Comuni per l'adozione di determinate norme sulle residenze secondarie. L'art. 3 cpv. 2 LASec consente ai Cantoni di 18

emanare norme che limitano la costruzione e la conversione di abitazioni più di quanto previsto dalla legge sulle residenze secondarie, ad esempio mediante contingenti o tasse sulle residenze secondarie. Anche l'applicazione dell'iniziativa è lasciata ai Cantoni e ai Comuni (cfr. art. 23 LASec).

### 2. Proporzionalità e garanzia della proprietà

19 In linea di principio, tutte le norme della Costituzione sono di pari grado, purché il legislatore costituzionale non dia deliberatamente la priorità a una singola norma. La rigorosa limitazione della percentuale di seconde case al 20% prevista dall'art. 75b cpv. 1 Cost. impedisce valutazioni caso per caso, che da un lato costituiscono un'invasione della garanzia di proprietà (art. 26 Cost.) e dall'altro una violazione del principio di proporzionalità (art. 5 cpv. 2 Cost.). Si tratta di una situazione paragonabile all'art. 78 cpv. 5 Cost. (protezione della brughiera), in cui una norma rivendica la priorità su altre norme costituzionali. In tali circostanze, le restrizioni ai diritti fondamentali da parte della Costituzione stessa devono essere accettate. Tuttavia, la presente preferenza si applica solo alle disposizioni costituzionali appena menzionate; non si può dedurre dall'art. 75b cpv. 1 Cost. che anche altre norme debbano passare in secondo piano.

## B. Ambito di applicazione

### 1. Ambito di applicazione materiale

20 L'art. 75b cpv. 1 Cost. è una norma condizionale e finale. Da un lato, richiede che se il 20% del numero totale di abitazioni è costituito da seconde case (di fatto), allora è prevista una restrizione a questo limite (nel senso di un divieto) come conseguenza legale e, come conseguenza logica, non possono essere concesse altre licenze edilizie.

21 Ci sono diverse richieste che prevedono la stessa conseguenza legale nel caso in cui la percentuale di seconde case nella superficie lorda di un comune utilizzata a fini residenziali superi il 20%. Ciò è indubbiamente vero in base alla formulazione della norma. Tuttavia, ad oggi in Svizzera non esiste una definizione valida del termine "superficie lorda di pavimento" e non è stato possibile nemmeno fornire un'indagine pratica; di conseguenza, il LASec non determina la superficie lorda di pavimento. La limitazione delle superfici occupate dalle residenze secondarie è presa in considerazione solo dal fatto

che le conversioni e gli ampliamenti delle residenze di vecchia data sono limitati (cfr. art. 12 ZWG). Inoltre, nell'ambito del controllo d'impatto (art. 19 LASec), i risultati pubblicati annualmente delle statistiche edilizie e abitative devono essere utilizzati per verificare se il presupposto utilizzato per giustificare questa procedura, ovvero che le residenze secondarie sono comunque generalmente più piccole delle residenze primarie, sia effettivamente vero. Almeno la prima relazione d'impatto non ha potuto confutare l'ipotesi. In queste circostanze, l'accusa di violazione della Costituzione rivolta al legislatore in relazione alla deroga della superficie lorda di pavimento sembra più drammatica di quanto non sia in realtà.

Il contenuto finale dell'art. 75 Cost. si manifesta invece nel fatto che esso 22
stabilisce il limite del 20% come rapporto da perseguire tra residenze primarie e secondarie. Da un lato, ciò impone ai comuni di prendere precauzioni affinché la soglia del 20% non venga raggiunta in primo luogo. Dall'altro, i Comuni con una percentuale di seconde case superiore al 20% devono adottare misure per ridurre la percentuale di seconde case. Questi requisiti sono attuati in modo piuttosto limitato a livello legislativo, rispettivamente dall'art. 12 cpv. 1 LASec e dall'art. 3 cpv. 1 LASec, in quanto i Cantoni sono tenuti ad adottare misure solo se necessario.

## 2. Ambito di applicazione locale

L'ambito di applicazione locale dell'art. 75b Cost. si estende a tutta la Svizzera, 23
nella misura in cui tutti i Comuni devono redigere un inventario degli alloggi (anche l'art. 4 LASec; cfr. infra III.). Sulla base di questo, si decide se un comune rientra anche nel campo di applicazione della restrizione condizionale della seconda casa ai sensi dell'art. 75 cpv. 1 Cost. In tal caso, la restrizione si applica (ovviamente) all'intero comune e non solo alla zona edificabile. Inoltre, a causa dello scopo finale, tutti i comuni sono tenuti a impedire il superamento della quota di seconde case del 20% (si veda anche l'art. 6 cpv. 1 LASec).

È possibile per i Comuni sfuggire all'ambito locale delle misure di restrizione 24
se, a causa di fusioni o scissioni, la loro quota di seconde case scende al di sotto del limite del 20%. A questo proposito, solo i comuni di nuova creazione il cui territorio non è contiguo e che si sono fusi o divisi solo allo scopo di aggirare l'art. 75b possono essere considerati un abuso di diritto. Tuttavia, è molto dubbio che la Confederazione possa disporre di mezzi d'azione contro

tali manovre, ammesso che possano essere provate. In ogni caso, ad oggi non si conoscono esempi.

## C. Concetto di "residenza secondaria

25 Il termine "residenza secondaria" (cfr. n. 11) è stato definito in dettaglio nell'art. 2 LASec. È definito negativamente, cioè un'abitazione è considerata un'abitazione secondaria ai sensi del cpv. 4 se non è né un'abitazione primaria né equivalente a un'abitazione primaria.

### 1. Abitazione

26 L'art. 2 cpv. 1 lett. a - e LASec elenca i requisiti di un'abitazione, che devono essere soddisfatti cumulativamente. Per abitazione si intende quindi un insieme di locali idonei all'uso abitativo, che formano un'unità strutturale, che hanno accesso dall'esterno o da un'area all'interno dell'edificio condivisa con altre abitazioni, che dispongono di impianti di cottura e che non costituiscono un veicolo. Di norma, un appartamento è composto da più stanze, ma anche una singola stanza può soddisfare tutti i requisiti da sola (monolocale). Il diritto all'uso dell'abitazione è irrilevante, cioè è irrilevante che l'abitazione sia di proprietà o in affitto all'utente.

### 2. Residenza primaria o secondaria

27 Un'abitazione primaria, invece, è un'abitazione utilizzata da almeno una persona residente nel comune in cui si trova l'abitazione (art. 2 cpv. 2 LASec). Oltre a varie altre eccezioni, in particolare le abitazioni occupate in modo permanente a scopo di lavoro e di istruzione sono considerate residenze primarie (cfr. art. 2 cpv. 3 lett. a-h LASec) e quindi non sono disapprovate dal legislatore.

28 Il concetto di residenza secondaria così definito dal legislatore non è criticabile ed è probabilmente in linea con gli obiettivi perseguiti dall'Iniziativa sulla residenza secondaria. In linea di principio, dovrebbero essere considerate seconde case quelle abitazioni che vengono utilizzate raramente e/o che servono principalmente come investimento di capitale e non vengono messe a disposizione come spazio abitativo per un periodo di tempo prolungato (i cosiddetti "letti freddi"; si veda il precedente n. 3).

### 3. Calcolo della percentuale di residenze secondarie

Sulla base del concetto di cui sopra, è possibile calcolare con precisione anche la percentuale di residenze secondarie. Si calcola dividendo il numero di abitazioni considerate seconde case per il numero totale di abitazioni (moltiplicato per 100). È importante tenere presente che è possibile ottenere un risultato preciso solo se l'uso delle abitazioni viene registrato correttamente. In caso contrario, la percentuale di seconde case è troppo alta. I comuni della zona di confine farebbero bene a richiedere un censimento adeguato (cfr. n. 43). 29

## D. Divieto di residenze secondarie e residenze ancora ammesse

Nei Comuni con una quota di seconde case superiore al 20%, ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 LASec, non possono più essere autorizzate nuove seconde case come definite nell'art. 2 della legge. Ciò chiarisce il divieto di seconde case di cui all'art. 75b della Cost. che, secondo la giurisprudenza, esisteva già prima dell'entrata in vigore della legge a causa della sua diretta applicabilità, ma riguardava solo un "nucleo duro" (vedi sopra n. 9 e segg.). 30

### 1. Nuove abitazioni con restrizioni d'uso

Il divieto riguarda la creazione di un'abitazione secondaria sia attraverso una nuova costruzione sia attraverso la conversione di un edificio esistente che in precedenza non conteneva abitazioni. Nei Comuni interessati, le nuove abitazioni possono essere costruite in linea di principio solo con una specifica restrizione d'uso (art. 7 cpv. 1 LASec), la cui modifica richiede di norma un'autorizzazione (edilizia) (art. 13 LASec). È consentito l'uso come residenze primarie e residenze che hanno lo stesso status di residenze primarie (lett. a), nonché residenze utilizzate per il turismo (lett. b). Un'abitazione è considerata tale se viene offerta in modo permanente per l'uso esclusivo a breve termine di ospiti a condizioni di mercato e locali e se: a. si trova nella stessa casa della residenza del proprietario (appartamento della nonna) o b. non è adattata alle esigenze personali del proprietario ed è gestita nell'ambito di un'attività ricettiva strutturata (art. 7 cpv. 2 LASec). Ai sensi dell'art. 7 cpv. 3 LASec, l'autorità competente per i permessi di costruzione ordina la rispettiva restrizione d'uso nella licenza edilizia mediante una condizione d'uso. Si tratta di un cosiddetto divieto di appropriazione indebita. 31

### 2. Nuove abitazioni senza restrizioni d'uso

32 Esenti dal divieto di seconde case ai sensi dell'art. 6 LASec sono in particolare le abitazioni che sono state approvate come abitazioni senza restrizioni d'uso sulla base di una circostanza eccezionale ai sensi degli artt. 8 o 9 LASec. Da un lato, si tratta di abitazioni per il finanziamento incrociato di strutture ricettive strutturate, sia di strutture esistenti che di nuove strutture da costruire (cfr. art. 8 LASec). Dall'altro lato, si tratta di abitazioni all'interno delle zone edificabili in edifici protetti o caratteristici della località (art. 9 LASec), il cui scopo è la conservazione dell'edificio.

33 Sono ammesse anche le abitazioni che possono essere approvate sulla base di un piano di utilizzo speciale legato al progetto, ai sensi dell'art. 26 f. ZWG. LASec e quelle che rientrano nelle disposizioni transitorie dell'art. 25 cpv. 2 e 4 LASec, sebbene non siano esplicitamente menzionate nell'art. 6 cpv. 2 LASec.

34 Dal punto di vista dell'Art. 75b LASec, l'Art. 8 LASec (appartamenti per il finanziamento incrociato di strutture ricettive) è particolarmente problematico, perché consente alle strutture alberghiere di creare nuovi letti "freddi" in determinate circostanze (n. 3 sopra), o di convertire fino al 50% della loro superficie principale in letti "freddi". Per contro, i letti "caldi" creati negli appartamenti turistici ai sensi dell'art. 7 cpv. 1 lett. b LASec possono essere facilmente conciliati con gli obiettivi dell'art. 75b Cost. Le eccezioni all'art. 9 LASec si basano sull'interesse pubblico alla conservazione degli edifici protetti. Il cpv. 1 riguarda gli edifici protetti o gli edifici caratteristici di una particolare località all'interno delle zone edificabili, mentre il cpv. 2 riguarda gli edifici al di fuori delle zone edificabili. Di conseguenza, l'eccezione di cui al cpv. 2 non serve solo alla conservazione dell'edificio, ma anche a quella del paesaggio culturale circostante e corrisponde agli interessi dell'art. 75b BV.

## E. Abuso di diritto in relazione alle restrizioni d'uso

35 In base all'art. 14 cpv. 1 LASec, è possibile sospendere per un certo periodo di tempo la restrizione all'uso come residenza primaria, al fine di evitare i casi di disagio che possono derivare da un'applicazione rigida e schematica della legge a prescindere dalle circostanze specifiche. La sospensione è possibile sia in caso di difficoltà personali (decesso, cambio di residenza o cambiamento di

stato civile (lett. a) sia in caso di difficoltà strutturali (gara d'appalto non andata a buon fine per l'uso legittimo (lett. b).

Secondo il Tribunale federale, l'introduzione della possibilità di cui alla lettera b ha aumentato il potenziale di abuso in relazione alla costruzione di nuove abitazioni nei comuni che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 75b Cost. Di conseguenza, ha inasprito la sua giurisprudenza sull'abuso di diritto nell'ambito della costruzione di appartamenti nei comuni interessati. In particolare, deve esaminare d'ufficio se esistono indicazioni specifiche che fanno apparire irrealistica l'intenzione o la possibilità di un uso di residenza primaria del progetto di costruzione. 36

## F. Garanzia dei diritti acquisiti; abitazioni di vecchia data

In relazione agli effetti dell'art. 75b Cost. sulle abitazioni già esistenti, viene regolarmente menzionata la garanzia dei diritti acquisiti. Questa garantisce che gli edifici costruiti legalmente, divenuti illegali a causa di nuovi decreti, possano essere mantenuti e continuare a essere utilizzati nel modo precedente. Non ha alcun effetto diretto sull'art. 75b Cost. perché non è prevista la sua applicazione agli edifici esistenti. Gli edifici esistenti non sono diventati illegali con l'entrata in vigore dell'art. 75b BV. L'art. 75b cpv. 1 Cost. stabilisce solo una percentuale massima di seconde case per comune; non si può dire quale seconda casa abbia portato al superamento del limite. Inoltre, non esiste una clausola di retroattività (che in linea di principio è problematica). 37

### 1. Deroga

Poiché la garanzia dei diritti acquisiti riguarda solo l'uso precedente, in linea di principio le abitazioni di vecchia data utilizzate come residenze primarie non possono più essere trasformate in residenze secondarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 75b Cost. Senza eccezioni, tuttavia, le residenze primarie preesistenti nei comuni interessati perderebbero gran parte del loro valore, perché parte del prezzo coprirebbe la possibilità di conversione. Questo processo svantaggerebbe i proprietari delle residenze primarie (la popolazione locale), mentre le residenze secondarie esistenti - per lo più con proprietari non residenti - aumenterebbero di valore a causa della carenza di offerta. L'art. 11 cpv. 1 LASec prevede quindi che le abitazioni di vecchia data - soggette a restrizioni d'uso esistenti o future in base al diritto cantonale o 38

comunale - siano libere nel tipo di utilizzo residenziale. In linea di principio, possono essere utilizzate come abitazioni primarie o secondarie senza limitazioni, per cui un'abitazione è considerata di vecchio diritto se esisteva legalmente o era stata legalmente approvata l'11 marzo 2012 (art. 10 LASec; si veda anche il successivo n. 53). Tali abitazioni di vecchio diritto possono essere rinnovate, trasformate e ricostruite nell'ambito della superficie utile principale esistente (art. 11 cpv. 2 LASec). Allo stesso modo, possono essere ampliate all'interno delle zone edificabili per un massimo del 30% della superficie utile principale esistente, a condizione che non vengano create ulteriori abitazioni (art. 11 cpv. 3 LASec).

## 2. Preoccupazioni e possibili conseguenze

39 Il Consiglio federale teme due principali sviluppi indesiderati in relazione alla conversione illimitata di abitazioni esistenti in residenze secondarie. Da un lato, a causa della carenza di seconde case, ci sarebbe un grande incentivo finanziario per i residenti locali a vendere la loro ex residenza primaria, situata in posizione centrale, a stranieri che vorrebbero usarla come seconda casa. Con il profitto ottenuto, potrebbero poi costruire o acquistare una nuova e più grande residenza primaria in una posizione periferica alla periferia del villaggio. Questo porta a uno svuotamento dei centri abitati e a un'ulteriore espansione urbana; se questo processo avviene all'interno di un comune, si parla di "effetto ciambella". D'altra parte, la libera conversione delle residenze primarie in secondarie nelle comunità turistiche può spostare i residenti locali perché le residenze primarie diventano più scarse e più costose.

40 Per prevenire questi sviluppi indesiderati, l'art. 3 cpv. 4 dell'aZWV prevedeva già un divieto di conversione abusiva. Tuttavia, si è rivelato inapplicabile a causa delle sue carenze legali e pratiche. L'art. 12 cpv. 1 LASec prevede ora che i Cantoni e i Comuni adottino, se necessario, misure per prevenire gli abusi e gli sviluppi indesiderati derivanti dal cambio di destinazione d'uso. È possibile limitare la conversione di abitazioni precedentemente utilizzate come residenze primarie in residenze secondarie, nonché la possibilità di modificare le abitazioni soggette al diritto anteriore. Inoltre, questi cambiamenti d'uso e di costruzione possono essere soggetti all'obbligo di licenza edilizia, se non lo sono già (art. 12 cpv. 2 LASec). Nella sua forma attuale, tuttavia, l'art. 12 LASec è in gran parte superfluo, poiché i Cantoni possono già adottare le misure proposte sulla base dell'art. 3 cpv. 2 LASec, che

li autorizza a emanare regolamenti che limitano l'uso delle abitazioni più di quanto faccia la LASec. Sebbene non sia esplicitamente menzionata, l'introduzione di misure di restrizione fiscale sarebbe possibile anche sulla base dell'art. 3 cpv. 2 LASec.

La concezione indiretta delle misure volte a prevenire abusi e sviluppi indesiderati è ritenuta di portata troppo limitata e incostituzionale in considerazione dello scopo dell'art. 75b Cost. Tuttavia, gli abusi temuti finora non si sono in gran parte concretizzati, motivo per cui i Cantoni e i Comuni hanno esercitato una certa moderazione; un'introduzione su base provvisoria sembrerebbe inoltre sbagliata. Questo solo perché le misure richieste, che consentirebbero la conversione delle residenze primarie in residenze secondarie solo in casi eccezionali, sarebbero associate a gravi violazioni dei diritti fondamentali degli interessati (in particolare la libertà di stabilimento, la garanzia della proprietà) e la loro attuazione richiederebbe un controllo appena proporzionato delle condizioni di vita personali. Inoltre, le frizioni economiche sarebbero difficili da controllare. 41

## III. ART. 75B CPV. 2 COST.

Come vari altri termini dell'art. 75b Cost. il "piano di ripartizione della prima casa" è usato in modo estremamente fuorviante. Nel presente contesto, il termine "piano di ripartizione della prima casa" viene solitamente utilizzato come sinonimo di regolamento di ripartizione della prima casa che determina la quota di residenze primarie in un comune. Nell'applicazione giuridica dell'art. 75b cpv. 2 Cost., tuttavia, il termine è ovviamente inteso per fornire informazioni sul tipo di utilizzo di tutte le abitazioni in un comune, in modo da poter determinare la percentuale di seconde case. Di conseguenza, si tratta di un inventario o di un registro e non di una misura di pianificazione. L'art. 4 LASec, che attua il mandato legislativo dell'art. 75b cpv. 2 Cost., utilizza quindi il termine "inventario delle abitazioni" anziché "piano di residenza primaria". In base all'art. 4 cpv. 1 LASec, tutti i Comuni svizzeri sono quindi tenuti a redigere un inventario annuale delle abitazioni, indipendentemente dalla percentuale di seconde case possedute. Questo deve almeno elencare il numero totale di abitazioni e il numero di residenze primarie (art. 4 cpv. 2 LASec). L'art. 75b cpv. 2 Cost. non può essere applicato direttamente a causa della sua natura di mandato legislativo. 42

43 In particolare, ogni comune deve fornire annualmente all'UST i propri dati sulla popolazione con data di chiusura al 31 dicembre entro il 31 gennaio dell'anno successivo. Entro la stessa data, i Comuni devono anche aggiornare i propri dati nel Registro delle abitazioni negli edifici (GWR) (art. 1 cpv. 1 ZWV). Sulla base dei dati dei Comuni nel GWR, l'Ufficio federale per lo sviluppo territoriale (ARE) stabilisce per ogni Comune, entro il 31 marzo di ogni anno, se la quota di seconde case supera o meno il 20% (art. 2 cpv. 2 ZWV). Contro la decisione dell'ARE è possibile presentare ricorso prima al Tribunale amministrativo federale e poi al Tribunale federale in materia di diritto pubblico. Tuttavia, se un Comune si accontenta di raccogliere i dati minimi, questi mostreranno regolarmente una percentuale di residenze secondarie superiore a quella realmente esistente sul suo territorio. Ciò è dovuto al fatto che nel GWR solo le abitazioni costituiscono residenze primarie che possono essere assegnate a persone con residenza nel comune. Le abitazioni che non possono essere assegnate a una persona con residenza nel comune sono considerate potenziali residenze secondarie. Di conseguenza, tutte le abitazioni trattate come residenze primarie ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LASec vengono statisticamente conteggiate come residenze secondarie, anche se non è così. Per evitare ciò, i Comuni possono registrare separatamente, oltre alle residenze primarie, anche la categoria di abitazioni trattate come residenze primarie ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LASec e includerle tra le residenze primarie. In questo modo non vengono più considerate residenze secondarie, riducendo così la percentuale di residenze secondarie nel comune. Questo è l'unico modo per determinare con precisione la percentuale di residenze secondarie (cfr. n. 29 sopra).

44 I comuni la cui percentuale di residenze secondarie è costantemente nell'intervallo limite del 20% (i cosiddetti comuni ascensore) non dovrebbero quindi accontentarsi del contenuto minimo ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 LASec quando raccolgono i dati per redigere l'inventario delle residenze secondarie, ma dovrebbero scegliere la procedura ai sensi del cpv. 3 e inoltre monitorare attentamente l'evoluzione della percentuale di residenze secondarie. Anche un diverso utilizzo di alcune abitazioni può far sì che un Comune rientri o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 75b Cost. Se la percentuale di residenze secondarie scende al di sotto del 20%, la base per le restrizioni d'uso ai sensi dell'art. 7 cpv. 1 LASec cessa di essere valida. Sebbene venga meno la base giuridica per la restrizione d'uso, la cancellazione di questa condizione non avviene d'ufficio, ma è necessaria una richiesta da parte del

proprietario affinché l'autorità competente incarichi il catasto di cancellare la nota (art. 25 cpv. 3 LASec). La situazione non è chiara se, dopo essere scesi al di sotto della soglia del 20% e aver cancellato le restrizioni d'uso, la soglia viene nuovamente superata. Il LASec non regola questa situazione, per cui queste abitazioni non sono né nuove né vecchie. Dovrà essere chiarito come trattare le loro possibilità di utilizzo e di espansione. D'altra parte, sulla base dell'art. 75b cpv. 1 Cost. è già indiscusso che non può essere concessa una licenza edilizia per un'abitazione secondaria che comporti il superamento del limite (art. 6 cpv. 1 frase 2 LASec).

## IV. ART. 197 NO. 9 CPV. 1 COST.

Questa disposizione transitoria autorizzava il Consiglio federale a emanare per ordinanza le disposizioni di attuazione necessarie per la creazione, la vendita e l'iscrizione nel registro fondiario se entro due anni (cioè entro l'11 marzo 2014) non fosse entrata in vigore la legislazione necessaria per attuare l'art. 75b. L'intento era ovviamente quello di mettere il legislatore sotto pressione. Come previsto, la legge necessaria non era ancora in vigore al momento in questione, ma il Consiglio federale ha agito (sorprendentemente) già in anticipo e ha emanato una prima ordinanza sulle residenze secondarie, entrata in vigore il 1° gennaio 2013 (aZWV, da non confondere con l'attuale ZWV; cfr. sopra n. 7 s.). In questo modo, ha voluto garantire un'applicazione paritaria delle nuove norme costituzionali fino all'entrata in vigore della legislazione di attuazione. 45

Tuttavia, si poneva la questione se il Consiglio federale fosse autorizzato a emanare una tale ordinanza in quel momento. Mentre il Consiglio federale si riteneva competente a farlo sulla base dell'art. 182 cpv. 2 della Cost. - secondo il quale è responsabile dell'esecuzione della legislazione e dell'emanazione dei regolamenti necessari - una parte considerevole della dottrina era di parere opposto. Solo una legge esistente consentirebbe alla Confederazione di emanare un'ordinanza sulla base dell'art. 182 cpv. 2 Cost. Il Tribunale federale non si è espresso in modo diplomatico su questa controversia e si è limitato ad affermare che sarebbe stato eccessivamente formalistico chiedere al Consiglio federale di emanare una seconda volta l'ordinanza, questa volta sulla base dell'art. 197 no. 9 cpv. 1 della Cost. 46

Dopo l'11 marzo 2014 e fino all'entrata in vigore della legge prevista dall'art. 75b Cost. l'aZWV è stata quindi considerata un'ordinanza ai sensi dell'art. 197 47

n. 9 cpv. 1 della Costituzione federale, per cui aveva senza dubbio anche una base di competenza sicura. Con l'entrata in vigore del LASec, l'aZWV è stata definitivamente abrogata il 1° gennaio 2016 (cfr. n. 8 sopra).

## V. ART. 197 NO. 9 CPV. 2 COST.

48 Anche sulla portata dell'articolo 197 no. 9, cpv. 2, della Cost. c'era disaccordo prima delle importanti decisioni del Tribunale federale. La maggior parte della dottrina e dei tribunali cantonali riteneva che questa disposizione transitoria chiarisse l'art. 75b cpv. 1 Cost. e prevalesse su di esso come lex specialis. Come conseguenza giuridica dell'art. 75b cpv. 1 Cost. l'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. stabilisce inequivocabilmente la nullità delle licenze edilizie solo a partire dal 1° gennaio 2013 e non dall'entrata in vigore dell'iniziativa. Ciò ha portato alla convincente conclusione che la vecchia legge sarebbe rimasta in vigore fino al 31 dicembre 2012 e che le licenze edilizie rilasciate sarebbero rimaste valide.

49 Tuttavia, il Tribunale federale non ha considerato l'art. 197 no. 9 cpv. 2 Cost. come una norma transitoria, ma piuttosto come un inasprimento della conseguenza giuridica dell'art. 75b cpv. 1 Cost. (nullità anziché contestabilità, n. 11 sopra). Di conseguenza, si applicano le consuete regole sulla validità intertemporale della legge e la legalità di un atto amministrativo viene valutata in base alla situazione giuridica al momento della sua emanazione. Le modifiche alla legge che si verificano solo nel corso del procedimento di ricorso non devono di norma essere prese in considerazione, a meno che un interesse pubblico sostanziale non richieda l'applicazione della nuova legge o questa sia stata emanata per motivi di ordine pubblico. Tuttavia, secondo la Corte Suprema Federale, tali ragioni impellenti, o un interesse pubblico prevalente, non esistevano.

50 A causa dell'applicabilità diretta dell'art. 75b cpv. 1 della Cost. la situazione giuridica è la seguente: Per le domande di costruzione rilasciate prima dell'11 marzo 2012 e successivamente impugnate, si applica il diritto vigente al momento della valutazione di primo grado da parte delle autorità cantonali. Le licenze edilizie rilasciate dopo l'11 marzo 2012 sono soggette alla nuova legge e sono impugnabili anche se sono state presentate prima dell'adozione dell'iniziativa. Se la licenza edilizia è stata rilasciata in prima istanza solo dopo il 1° gennaio 2013, è nulla. Una decisione diversa può essere presa solo in presenza di speciali costellazioni di tutela delle legittime aspettative e di diniego o ritardo della giustizia.

La conseguenza di queste decisioni della Corte Suprema Federale sarebbe 51
che anche gli appartamenti approvati in prima istanza prima dell'11 marzo 2012 sarebbero considerati di "vecchio diritto", anche se successivamente sono stati oggetto di un procedimento di appello. L'art. 10 LASec, invece, stabilisce che un appartamento di vecchio diritto ai sensi della legge è solo quello che esisteva o era stato legalmente approvato l'11 marzo 2012. Il legislatore non ha motivato questa restrizione.

VI. Analisi dell'impatto

Durante la campagna referendaria, i proponenti dell'iniziativa l'hanno 52
presentata come un semplice mezzo per fermare l'espansione urbana nelle regioni montane e per fornire alla popolazione locale alloggi a prezzi accessibili (n. 3 sopra). Come altre iniziative recenti, l'iniziativa era più incentrata su una formulazione semplice ma azzardata per quanto riguarda le possibilità di successo alle urne, piuttosto che affrontare seriamente soluzioni sostenibili ai problemi che affrontava. Come spesso accade, la realtà si è rivelata molto più complessa del previsto e i risultati dell'iniziativa sulle seconde case sono di conseguenza contrastanti.

## A. Aspetti economici

Le temute conseguenze economiche negative si sono concretizzate nei 53
comuni interessati - come previsto dagli esperti e quindi non sorprendente - anche se ciò è stato costantemente negato prima del voto. Così, la disuguaglianza di ricchezza è aumentata perché le residenze primarie non autorizzate hanno subito una perdita di valore rispetto alle residenze secondarie contingenti. In altre parole, i proprietari delle case di villeggiatura esistenti (probabilmente per lo più stranieri) ne hanno beneficiato, mentre i proprietari locali di residenze primarie sono tra i perdenti economici. Inoltre, la disoccupazione è aumentata nelle regioni già strutturalmente deboli. Secondo la prima analisi d'impatto, tuttavia, non ci sono difficoltà economiche sostanziali, anche se gli effetti dell'art. 75b Cost. sul valore aggiunto lordo, sull'occupazione e sul gettito fiscale dovrebbero diventare più evidenti in futuro. Nonostante i danni economici collaterali, l'espansione urbana non è rallentata in modo significativo nei comuni interessati.

I prezzi degli immobili nei comuni interessati, invece, sono generalmente 54
diminuiti nei primi anni successivi all'adozione dell'iniziativa, contrariamente

alle aspettative degli esperti. Solo nel 2021, e soprattutto sotto l'influenza della pandemia di Corona a partire dal 2020, i prezzi hanno raggiunto lo stesso livello che avrebbero probabilmente avuto senza l'iniziativa. In realtà si presumeva che la divisione del mercato in appartamenti di vecchia e nuova costruzione avrebbe portato direttamente a un aumento dei prezzi, poiché anche dopo l'adozione dell'art. 75b Cost. il 90% delle transazioni avrebbe riguardato ancora appartamenti di vecchia costruzione. L'andamento paradossale dei prezzi degli immobili è dovuto a due ragioni principali: Da un lato, i già citati problemi economici dei Comuni rientranti nel campo di applicazione dell'art. 75b Cost. hanno portato a una minore domanda locale di immobili. Dall'altro lato, le imponderabilità legali ed economiche legate all'iniziativa hanno portato a una limitazione delle transazioni immobiliari.

55 Gli ulteriori sviluppi del mercato immobiliare dei comuni interessati sono incerti. Anche se si può ipotizzare che l'aumento dei prezzi delle abitazioni di vecchia data si verifichi con un certo ritardo, rafforzato dalla necessità di ulteriori alloggi in località decentrate a causa della pandemia e dalla maggiore possibilità di uffici a domicilio. È invece piuttosto improbabile che si creino ulteriori alloggi a prezzi accessibili per la popolazione locale. Gli appartamenti di vecchia costruzione diventeranno più difficili da acquistare per gli abitanti del luogo, mentre il mercato degli appartamenti di nuova costruzione rimane ridotto (anche a causa della carenza di terreni edificabili dovuta al nuovo RPG) e rimarranno quindi costosi. Se, contrariamente alle aspettative, lo stock di appartamenti di nuova costruzione dovesse aumentare - dopo tutto, i proprietari locali di appartamenti di vecchia costruzione hanno un incentivo finanziario a venderli e quindi a finanziare appartamenti di nuova costruzione più economici - l'indesiderabile espansione urbana si intensificherebbe. Il già citato "effetto ciambella" si verificherebbe, in definitiva, in ritardo. Finora non è stato rilevato o quasi.

56 Non si può prevedere con certezza se l'uso delle seconde case si intensificherà in seguito all'intensificarsi della tendenza all'home-office dovuta alla pandemia del Covid 19, o se ci sarà addirittura un aumento del numero di persone che prenderanno la residenza nelle regioni periferiche, il che porterebbe a una diminuzione permanente della percentuale di seconde case.

## B. Aspetti giuridici

Dal punto di vista giuridico, l'obiezione principale è che la formulazione poco ponderata dell'iniziativa ha creato molto materiale giuridico. Secondo l'analisi d'impatto della legge sulle residenze secondarie, la prassi giuridica su una serie di questioni chiave si è già sviluppata in un periodo di tempo relativamente breve. Con la LASec, nel tentativo di venire incontro ai comuni interessati e ai loro problemi specifici in materia di seconde case, il Parlamento ha perlomeno esplorato i limiti dell'art. 75b Cost. Questo approccio è giustificato anche dal fatto che l'art. 75b Cost., con il suo deliberato indebolimento del requisito di proporzionalità attraverso il limite assoluto del 20%, impedisce di trovare soluzioni adeguate alla situazione specifica di un Comune. La rivendicazione di priorità rispetto ad altre disposizioni costituzionali si aggiunge all'inglorioso elenco di iniziative recenti che minano deliberatamente l'equivalenza delle norme e accettano che vengano intaccati principi giuridici elementari. Questo fenomeno di tendenza è discutibile dal punto di vista costituzionale. 57

Per il futuro, si dovrebbe prestare maggiore attenzione alle esigenze soprattutto delle aree meno turistiche; le regioni montane interessate dall'iniziativa non sono solo St. Moritz, Zermatt o Verbier. Una gestione pragmatica del divieto sulle seconde case è particolarmente appropriata nelle aree periferiche e strutturalmente deboli, altrimenti la migrazione della popolazione locale sarà ulteriormente esacerbata a causa delle scarse prospettive economiche. Si tratta di una sfida non solo per il legislatore federale, ma anche per i comuni interessati, che dovrebbero sfruttare maggiormente le opzioni di pianificazione territoriale e fiscale già disponibili. 58

## C. Sintesi

Complessivamente, i due obiettivi previsti dall'art. 75b della Cost. (arresto dell'espansione urbana e alloggi a prezzi accessibili) non sono ancora stati raggiunti. Per il prossimo futuro, l'arresto dell'espansione urbana appare incerto, mentre gli alloggi a prezzi accessibili per la popolazione locale rimarranno probabilmente un'utopia. A causa del periodo relativamente breve dall'entrata in vigore dell'art. 75b della Cost. i risultati della prima analisi d'impatto sono ancora poco significativi, soprattutto dal punto di vista economico; si spera che questo cambi in futuro. 59

*L'autore*

*Il Dr. iur. Fabian Mösching, avvocato, LL.M. (Università di Sydney), è assistente legale presso la Prima Divisione di Diritto Pubblico del Tribunale Federale Svizzero a Losanna. Ha scritto la sua tesi di laurea sulle misure di restrizione delle seconde case.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Alig Jonas/Griffel Alain, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 2016, S. 227 ff.

Amonn Anton Alfred, Besteuerung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 1997.

BAK Basel Economics AG, Auswirkungen der Zweitwohnungsinitiative auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung – Ausgangslage, Wirkungszusammenhänge und Szenarioanalyse, Bericht im Auftrag des SECO, Basel 2013, abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung/beispiele-rfa/zweitwohnung/zweitwohnungsinitiative-auf-die-touristische-und-regionalwirtsch.html (besucht am 16.5.2023).

Besse Marc-Olivier, Art. 75b BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires: une première approche, ZBGR 96 (2015), S. 293 ff.

Bianchi Francois/Gros Sarah; Loi sur la résidences secondaires: Questions choisies, not@lex 2019, S. 87 ff.

Bodevin Valérie, Les « hôtels » en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Diss. Fribourg 2021.

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz, Bericht an den Bundesrat vom 12.5.2021, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/

publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Griffel Alain, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.

Marantelli Adriano, Tourismus- und Zweitwohnungsabgaben – eine Bestandesaufnahme, Jusletter 2.2.2015.

Mösching Fabian, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014.

Ruch Alexander, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Rütter Soceco, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Analyse der Auswirkungen mit volkswirtschaftlichem Fokus, Schlussbericht an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Rüschlikon, 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Steffen Daniel, Der kausale Effekt der Zweitwohnungsinitiative auf Immobilienpreise, Swiss Real Estate Journal, 23 (2021) S. 4 - 12.

Wolf Stephan/Lienhard Andreas (Hrsg.), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung – inbesondere praktische Umsetzungsfragen und Rechtsvergleich mit den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, INR Band 15, Bern 2014.

Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Zufferey Jean-Baptiste/Bodevin Valérie, «Lex Weber» et «logement touristique»: les premières explications, Baurecht 5 (2017), S. 304 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Alig Jonas/Griffel Alain, Art. 75b BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar Basel 2015.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 2016, S. 227 ff.

Besse Marc-Olivier, Art. 75b BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires: une première approche, ZBGR 96 (2015), S. 293 ff.

Bianchi François/Gros Sarah; Loi sur la résidences secondaires: Questions choisies, not@lex 2019, S. 87 ff.

Bodevin Valérie, À quelles conditions peut-on transformer des bâtiments protégés ou caractéristiques du site en résidences secondaires ?, Baurecht 2 (2022), S. 82 ff. (zit. Bodevin, Conditions).

Bodevin Valérie, Les « hôtels » en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Diss. Fribourg 2021 (zit. Bodevin, Hôtels).

Botschaft vom 19.2.2014 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, BBl 2014 2287, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/409/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Zweitwohnungen).

Botschaft vom 29.10.2008 zur eidgenössischen Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!», BBl 2008 8757, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2008/1556/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Volksinitiative).

Botschaft vom 4.7.2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Flankierende Massnahmen zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland), BBl 2007 5756, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/793/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Raumplanung).

Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 4.7.2007, BBl 2007 5743, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/791/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Aufhebung Lex Koller).

Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken von Personen im Ausland und zur Volksinitiative «gegen den Ausverkauf der Heimat» vom 16.9.1981 BBl 1981 III 585, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_585_553_521/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft BewG).

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Bericht an den Bundesrat, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Evaluation des Vollzugs, Bern 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Erläuternder Bericht des ARE vom 17.8.2012 zur Verordnung über Zweitwohnungen, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/erlaeuternder_berichtzurverordnungueberzweitwohnungen.pdf.download.pdf/erlaeuternder_berichtzurverordnungueberzweitwohnungen.pdf (besucht am 16.5.2023).

Erläuterungen des ARE vom 26.6.2013, Bundesgesetz über Zweitwohnungen, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/erlaeuterungen_zumbundesgesetzueberzweitwohnungenentwurf.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_zumbundesgesetzueberzweitwohnungenentwurf.pdf (besucht am 16.5.2023).

Griffel Alain, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.

Hauser Ernst/Jäger Christoph, Art. 13 – 14, Vorbem. Vor Art. 21 – 22, 21 – 28 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar

Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Hilber Christian/Schöni Olivier, On the economic impacts of constraining second home investments, Journal of Urban Economics 118, 2020. Abrufbar unter https://www.researchgate.net/publication/342091174_On_the_Economic_Impacts_of_Constraining_Second_Home_Investments (besucht am 16.5.2023).

Mösching Fabian, Ab welchem Zeitpunkt ist die Zweitwohnungsinitiative anwendbar?, Jusletter 10.12.2012 (zit. Mösching, Zeitpunkt).

Mösching Fabian, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014 (zit. Mösching, Massnahmen).

Mösching Fabian, Art. 1 – 6, 12 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021 (zit. SHK-Mösching zu Art.).

Pfammatter Aron, Art. 7, 8, 10 und 11 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Ruch Alexander, Art. 75b BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Rütter Soceco, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Analyse der Auswirkungen mit volkswirtschaftlichem Fokus, Schlussbericht an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Rüschlikon, 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Stalder Beat/Heim Tina, Art. 9, 15 – 20 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Steffen Daniel, Der kausale Effekt der Zweitwohnungsinitiative auf Immobilienpreise, Swiss Real Estate Journal, 23 (2021), S. 4 - 12.

Tschannen Pierre, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008.

Waldmann Bernhard, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von neuen Zweitwohnungen, die auf einem früheren Sondernutzungsplan beruhen, Baurecht 2 (2016), S. 279 ff.

Wolf Stephan/Nuspliger Isabelle, Einleitung in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Diss., Bern 2020.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 77 Cost.

Un commentario di Martin Looser / Alexander Lueger

CITAZIONE SUGGERITA

Martin Looser/Alexander Lueger, Commentario all'art. 77 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Looser/Lueger, art. 77 Cost. N. XXX.

**Art. 77 Foreste**

[1] La Confederazione provvede affinché le foreste possano adempiere le loro funzioni protettive, economiche e ricreative.

[2] Emana principi sulla protezione delle foreste.

[3] Promuove provvedimenti per la conservazione delle foreste.

# STRUTTURA

I. Storia dello sviluppo ..... 903
II. Contesto ..... 906
A. Osservazioni preliminari ..... 906
B. Sostenibilità (art. 73 Cost.) ..... 906
C. Protezione dell'ambiente, della natura e del patrimonio culturale (artt. 74 e 78 Cost.) ..... 907
D. Pianificazione del territorio (art. 75 Cost.) ..... 908
III. Commento in senso stretto ..... 909
A. Osservazioni preliminari ..... 909
B. Foreste ..... 909
1. Definizione qualitativa e quantitativa di bosco ..... 909
2. Concetto dinamico e statico di bosco ..... 912
C. Paragrafo 1: Obiettivo ..... 912
D. Paragrafo 2: Competenza legislativa di base ..... 914
E. Paragrafo 3: Promozione di misure di conservazione ..... 915
Letture consigliate ..... 917
Bibliografia ..... 919
I Materiali ..... 922

## I. STORIA DELLO SVILUPPO

L'attuale distribuzione delle foreste e la struttura del paesaggio della Svizzera sono essenzialmente riconducibili al disboscamento intensivo iniziato nel Medioevo 1
e proseguito nel XIX secolo. Per diversi secoli, la foresta è stata una **fonte indispensabile di materie prime e di cibo** e ha servito diversi interessi di utilizzo, talvolta contrastanti (in particolare il legname, la raccolta e la gestione degli incendi).

Alla fine del XVIII secolo e nella prima metà del XIX secolo, la deforestazione e la relativa distruzione della foresta hanno raggiunto il culmine. L'industrializzazione ha portato a un forte aumento della domanda di legno. Anche la separazione della silvicoltura dall'agricoltura e la conseguente professionalizzazione hanno contribuito a intensificare l'uso del legno. Il massiccio sovrasfruttamento delle foreste ha portato infine a **gravi disastri naturali**, in particolare inondazioni e valanghe. 2

Nonostante questa preoccupante evoluzione, la Costituzione federale del 12 settembre 1848 non conteneva alcuna disposizione in materia forestale. Da un lato, ciò è dovuto al fatto che la neonata Costituzione federale era una "soluzione minima" che mirava a **lasciare ai Cantoni il maggior numero possibile di competenze**. Dall'altro lato, le autorità e la popolazione non erano consapevoli dell'urgenza dell'azione. La competenza legislativa nel settore forestale è quindi rimasta per il momento ai Cantoni. Tuttavia, la legislazione forestale cantonale era difficilmente in grado di prevenire la deforestazione. L'obiettivo della maggior parte dei decreti non era la protezione delle foreste, ma la creazione di barriere commerciali motivate economicamente. 3

Fu solo dopo le **devastanti inondazioni** che colpirono i Cantoni Ticino, Grigioni, San Gallo, Vallese e Uri nell'autunno del 1868 che venne riconosciuta la necessità di un intervento a livello federale. La catastrofe naturale viene anche descritta come "l'evento decisivo per la creazione di un'autorità forestale federale" o addirittura come un "campanello d'allarme". 4

In questo contesto, l'art. 24 aBV fu incorporato nella Costituzione federale del 29 maggio 1874. Il cpv. 1 conferiva alla Confederazione il **diritto di supervisione suprema sull'ingegneria idraulica e sulla polizia forestale** 5

**in alta montagna** e allo stesso tempo il potere di legiferare in linea di principio. Il cpv. 2 obbligava la Confederazione a sostenere la correzione e lo sbarramento delle acque bianche e il rimboschimento delle loro sorgenti e a stabilire le disposizioni di protezione necessarie per preservare queste opere e le foreste esistenti. Il 24 marzo 1876 fu promulgata la prima legge sulla polizia forestale, basata sulla nuova norma costituzionale. Il decreto mirava alla conservazione quantitativa delle foreste, vietando per quanto possibile la riduzione della superficie forestale. Nonostante questi sforzi, la legge sulla polizia forestale non riuscì a migliorare sensibilmente la situazione nella pratica. Ciò è dovuto principalmente al deficit di applicazione nei cantoni di montagna, che non disponevano dei mezzi finanziari e delle risorse necessarie per istituire un servizio forestale.

6 A causa dello scarso successo della legge sulla polizia forestale del 24 marzo 1876 e delle emergenti richieste di contributi federali per il rimboschimento al di fuori dell'area forestale federale, la limitazione della competenza federale all'alta montagna fu infine eliminata con la modifica costituzionale dell'11 luglio 1897. La successiva modifica della legge sulla polizia forestale entrò in vigore il 1° agosto 1898. Tuttavia, il significato di questa revisione non si limitava all'estensione dell'ambito territoriale di applicazione. Il **mandato di proteggere anche le foreste del Giura e dell'Altopiano centrale** era espressione dell'importante consapevolezza che “anche queste foreste, con le loro diverse funzioni, fanno parte della base naturale della vita” e devono quindi essere preservate.

7 L'estensione del campo di applicazione e la “maggiore variabilità delle condizioni da regolamentare” richiedevano ulteriori modifiche della base giuridica. L'Assemblea federale approvò quindi una **revisione completa della legge sulla polizia forestale** l'11 ottobre 1902. Le sovvenzioni federali a sostegno del rimboschimento, ad esempio, furono notevolmente ampliate. Di grande importanza fu anche la legge sulle ordinanze, che definì i termini “bosco” e “dissodamento” e, a partire dal 1965, stabilì condizioni vincolanti per il dissodamento. Queste misure hanno avuto effetto, in quanto la superficie forestale in Svizzera è aumentata di oltre il 40% nel corso del XX secolo.

8 Nella seconda metà del XX secolo, le condizioni sono cambiate notevolmente rispetto all'epoca della promulgazione della legge sulla polizia forestale del 1902. L'attenzione si è concentrata sul deperimento delle foreste, che si è

imposto all'attenzione politica negli anni '80, sulla crescente pressione sull'ecosistema forestale dovuta all'aumento dell'urbanizzazione e sul deterioramento della situazione economica delle operazioni forestali a causa del calo delle rese. Inoltre, le **funzioni della foresta come protezione dagli eventi naturali, habitat quasi naturale e area ricreativa** sono state sempre più riconosciute dalla popolazione. Inoltre, i politici si sono resi conto che la semplice protezione della foresta in termini quantitativi non è sufficiente a mantenerne le funzioni. Si sono rese necessarie misure per la conservazione qualitativa della foresta attraverso la cura e la gestione attiva della stessa.

Alla luce di queste nuove sfide, la legge sulla polizia forestale dell'11 ottobre 1902 è stata nuovamente e completamente rivista verso la fine del XX secolo. Il 4 ottobre 1991, l'Assemblea federale ha approvato la **legge forestale** in vigore oggi. Questa è entrata in vigore il 1° gennaio 1993, insieme all'ordinanza forestale del 30 novembre 1992. Secondo il diritto costituzionale, la legge sulle foreste ha una base più ampia rispetto alla precedente legge sulla polizia forestale. Secondo la Costituzione federale del 29 maggio 1874, essa si basa sull'art. 24 aBV e sugli artt. 24$^{sexies}$ (protezione della natura e della patria), 24$^{septies}$ (protezione dell'ambiente) e 31$^{bis}$ (difesa nazionale economica) aBV. La legge sulle foreste contiene una regolamentazione completa dei principi del diritto forestale; la sua entrata in vigore ha segnato anche il passaggio da una concezione puramente quantitativa a una più qualitativa della conservazione delle foreste. 9

La legge sulle foreste ha poi costituito anche il punto di partenza per la nuova versione dell'art. 24 aFV nel corso della **revisione totale della Costituzione federale del 18 aprile 1999**. Conformemente all'obiettivo esplicito della revisione, la disposizione costituzionale doveva essere semplicemente aggiornata e rivista dal punto di vista redazionale. La parte dell'art. 24 cpv. 1 Cost. pertinente alla foresta è stata trasferita nell'attuale art. 77 cpv. 2 Cost. Il concetto di soprintendenza, che comprendeva anche il potere di legiferare in linea di principio (cfr. supra, N. 5), è stato eliminato dal testo costituzionale, così come quello di polizia forestale. Nella formulazione attuale, la disposizione si limita a stabilire che la Confederazione stabilisce i principi per la protezione della foresta. Gli elementi dell'art. 24 cpv. 2 Cost. relativi alla foresta si ritrovano, in una forma linguisticamente adattata, nell'art. 77 cpv. 3 Cost. Le funzioni forestali già menzionate nell'art. 1 WaG (funzioni di 10

protezione, utilizzo e benessere) sono state ora stabilite anche nell'art. 77 cpv. 1 Cost. e quindi a livello costituzionale. Il contenuto di ingegneria idraulica dell'art. 24 aBV è stato incorporato nell'art. 76 Cost.

11 L'art. 77 Cost. **non è stato modificato** dall'entrata in vigore della Costituzione federale del 18 aprile 1999, il 1° gennaio 2000. Nel 2005, la Fondazione Helvetia Nostra ha presentato un'iniziativa popolare intitolata "Salviamo la foresta svizzera" per modificare l'art. 77 Cost. L'iniziativa mirava a inasprire il divieto di deforestazione e a promuovere pratiche forestali vicine alla natura. L'Assemblea federale non ha accettato il controprogetto indiretto presentato successivamente dal Consiglio federale. Il comitato d'iniziativa ha quindi dichiarato il ritiro dell'iniziativa popolare. Successivamente, sono state effettuate revisioni parziali della legge forestale, che non hanno richiesto modifiche costituzionali (2012: flessibilizzazione della politica delle aree forestali; 2016: miglioramento della prevenzione rispetto ai rischi biotici e ai cambiamenti climatici, promozione dell'industria del legno, riorganizzazione della formazione forestale).

## II. CONTESTO

### A. Osservazioni preliminari

12 Dal punto di vista tematico, l'art. 77 Cost. è assegnato alla Sezione 4 "Ambiente e pianificazione territoriale". Già questa inclusione dimostra che il bosco non va inteso in modo isolato, ma "di concerto con le altre disposizioni della presente sezione". In particolare, vi sono **stretti legami** con la sostenibilità (art. 73 Cost.), la protezione dell'ambiente, la conservazione della natura e la tutela del patrimonio culturale (artt. 74 e 78 Cost.) e la pianificazione del territorio (art. 75 Cost.), tanto più che la legge sulle foreste si basa in parte anche su queste disposizioni costituzionali (cfr. supra, N. 9). Inoltre, l'art. 77 Cost. è legato anche alla protezione delle acque (art. 76 cpv. 3 Cost.) e alla pesca e alla caccia (art. 79 Cost.).

### B. Sostenibilità (art. 73 Cost.)

13 L'art. 73 Cost. sancisce espressamente il principio della sostenibilità a livello costituzionale. Di conseguenza, la Confederazione e i Cantoni si adoperano per raggiungere un rapporto equilibrato tra la natura e la sua capacità di rinnovamento, da un lato, e il suo utilizzo da parte dell'uomo, dall'altro. Il

principio della sostenibilità è stato **originariamente sviluppato nel settore forestale**. È in questo contesto che è stato menzionato per la prima volta (almeno implicitamente) nel diritto costituzionale federale. L'art. 24 cpv. 2 dell'AVS (supra, N. 5) stabilisce che le "foreste esistenti" devono essere preservate. Poiché la sostenibilità è stata ora anteposta alle disposizioni del diritto ambientale e della pianificazione territoriale come principio costituzionale nell'art. 73 Cost., non è stato necessario menzionarla nuovamente nell'art. 77 Cost. Il principio della sostenibilità continua quindi ad avere un effetto illimitato nel diritto forestale. Si riflette, ad esempio, nell'obbligo di conservazione delle foreste ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 lett. a e dell'art. 3 WaG ed è espressamente menzionato come principio di gestione nell'art. 20 cpv. 1 WaG. Infine, l'obiettivo principale della "Politica forestale: obiettivi e misure 2021-2024", approvata dal Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni il 26 maggio 2021, è quello di garantire una gestione sostenibile delle foreste.

## C. Protezione dell'ambiente, della natura e del patrimonio culturale (artt. 74 e 78 Cost.)

Poiché la foresta fa parte dell'ambiente naturale, la protezione dell'ambiente disciplinata dall'art. 74 Cost. si sovrappone parzialmente al contenuto dell'art. 77 Cost. Esistono collegamenti tematici, ad esempio, con il controllo dell'inquinamento atmosferico e la protezione dalle sostanze pericolose per l'ambiente (art. 18 WaG). Inoltre, la foresta come **habitat per animali e piante** rientra nell'ambito normativo della protezione della natura e del patrimonio culturale ai sensi dell'art. 78 Cost. (in particolare il cpv. 4 sulla protezione delle specie e dei biotopi e il cpv. 5 sulla protezione del paesaggio palustre). Questi riferimenti incrociati sono evidenti anche nella legislazione di attuazione. Ad esempio, la Legge federale sulla protezione della natura e del patrimonio culturale contiene disposizioni sulla protezione delle comunità forestali speciali (art. 18 cpv. $^{1bis}$ LPN), sull'utilizzazione forestale (art. 18c cpv. 1, art. 19 e art. 23d cpv. 2 lett. a LPN) e sulla vegetazione ripariale (art. 21 LPN). Le ordinanze del Consiglio federale sulla protezione delle zone golenali, delle torbiere e dei paesaggi palustri includono anche le foreste golenali e palustri e servono quindi a preservarle. 14

Il **rapporto tra il diritto forestale e la legislazione in materia di ambiente e conservazione della natura** è soggetto ad alcune incertezze. 15

Finora la giurisprudenza si è espressa solo in modo selettivo. Ad esempio, il Tribunale federale ha ritenuto che il diritto forestale sia *lex specialis* in relazione all'art. 32d USG (assunzione dei costi di bonifica dei siti inquinati). Con riferimento a questa sentenza in particolare, la dottrina ritiene che il diritto forestale prevalga generalmente sulla legislazione in materia di tutela dell'ambiente, della natura e del patrimonio culturale. Tuttavia, nella misura in cui le foreste devono essere protette nella loro funzione di biotopi, le disposizioni sulla protezione delle specie e dei biotopi avrebbero la precedenza. Secondo l'opinione qui espressa, le disposizioni del diritto forestale e quelle della legislazione sulla protezione dell'ambiente e della natura e del patrimonio culturale si applicano in linea di principio l'una accanto all'altra, tanto più che a volte è difficile distinguere quali disposizioni appartengono comunque al diritto forestale. Eventuali conflitti di norme devono essere risolti nell'ambito dell'interpretazione della legge. Poiché il Tribunale federale non ha spiegato le considerazioni in base alle quali ha affermato il primato del diritto forestale nel caso specifico, dalla sentenza non si possono dedurre ulteriori affermazioni sul rapporto con la legislazione in materia di ambiente e di protezione della natura e della casa, a parte il rapporto tra il diritto forestale e l'art. 32d USG.

## D. Pianificazione del territorio (art. 75 Cost.)

16 L'art. 75 Cost. conferisce alla Confederazione una competenza legislativa fondamentale in materia di pianificazione del territorio. Poiché la pianificazione del territorio è rilevante per tutti i compiti statali con implicazioni territoriali, ha una **funzione trasversale**. In linea di principio, anche le foreste sono soggette alla pianificazione del territorio, come si evince dall'art. 1 cpv. 2 lett. a e dall'art. 3 cpv. 2 lett. e RPG, secondo cui il bosco e le sue funzioni devono essere protetti da misure di pianificazione del territorio.

17 Una caratteristica particolare esiste per quanto riguarda la pianificazione dell'uso. In questo contesto, l'art. 18 cpv. 3 RPG stabilisce che l'area forestale è definita e protetta dalla legislazione forestale. Di conseguenza, la foresta è **esclusa dalla pianificazione dell'utilizzo dell'area** ed è invece soggetta al regime della legislazione forestale, senza escluderla dall'ambito di applicazione della legge sulla pianificazione territoriale. La designazione della foresta è regolata dall'art. 10 della WaG. Di conseguenza, chiunque possa

dimostrare un interesse degno di protezione può chiedere al Cantone di determinare se un'area è forestale (cpv. 1). Inoltre, al momento dell'emanazione e della revisione dei piani di utilizzazione ai sensi della LRD, deve essere disposta una determinazione del bosco nelle aree in cui le zone edificabili confinano con il bosco o confinano con il bosco in futuro (lett. a) e al di fuori delle zone edificabili in cui il Cantone intende impedire un aumento del bosco (lett. b).

La legge sulle foreste contiene quindi **diverse disposizioni sostanziali del diritto della pianificazione territoriale**, alcune delle quali fanno riferimento anche alla pianificazione territoriale per garantire un certo grado di coordinamento. Si rimanda in particolare agli artt. 11 e segg. WaG nella sezione "Foresta e pianificazione territoriale", che regolano il rapporto tra i permessi di disboscamento e di costruzione (art. 11 WaG), l'assegnazione della foresta a una zona di utilizzo (art. 12 WaG) e la delimitazione delle zone forestali e di utilizzo (art. 13 WaG). Inoltre, la legge sulle foreste fa riferimento alla legge sulla pianificazione territoriale all'art. 5, cpv. 2, lettera b (autorizzazione di esenzione per il disboscamento), all'art. 10, cpv. 2 (determinazione delle foreste al momento dell'emissione e della revisione dei piani di utilizzazione) e all'art. 17 (distanza tra le foreste). 18

# III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Osservazioni preliminari

L'art. 77 della Cost. è suddiviso in tre commi. Secondo il cpv. 1, la Confederazione provvede affinché il bosco possa svolgere le sue funzioni di protezione, utilità e benessere. A tal fine, e per assicurare un certo grado di armonizzazione del diritto forestale, la Confederazione ha il potere di emanare una legislazione di base ai sensi del cpv. 2. Infine, il cpv. 3 sancisce il potere vincolante della Confederazione di promuovere la conservazione delle foreste. 19

## B. Foreste

### 1. Definizione qualitativa e quantitativa di bosco

La Costituzione federale non specifica come debba essere inteso il termine "bosco" utilizzato nell'art. 77 Cost. Tuttavia, una **definizione giuridica** 20

corrispondente si trova nella legislazione di attuazione all'art. 2 WaG in combinato disposto con l'art. 1 WaV. Art. 1 WaV. Essa comprende definizioni qualitative e quantitative e si basa essenzialmente sulla vecchia definizione giuridica contenuta nell'ordinanza sull'esecuzione del 1° ottobre 1965 e sulla giurisprudenza del Tribunale federale fino ad oggi.

21 Le **definizioni qualitative** derivano dall'art. 2 cpv. 1 WaG. Di conseguenza, una foresta è qualsiasi area piantata con alberi o arbusti forestali e in grado di svolgere funzioni forestali. L'origine, il tipo di utilizzo e la designazione nel registro fondiario non sono determinanti. Come caratteristica distintiva, l'area in questione deve essere idonea a svolgere funzioni di protezione, utilizzo o benessere ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 lett. c WaG (cfr. infra, N. 30). È sufficiente che l'area da valutare svolga solo una delle funzioni sopra citate. La presenza di un suolo forestale caratteristico, di un margine forestale e di un clima interno al bosco indicano tipicamente l'esistenza di un bosco. Infine, il concetto qualitativo di foresta è definito in modo più dettagliato attraverso un catalogo positivo e negativo negli artt. 2 cpv. 2 e 3 WaG e 2 e 3 WaV, includendo o escludendo determinati fenomeni.

22 Al fine di semplificare e schematizzare in una certa misura la valutazione della qualità del bosco, in particolare nel caso di popolamenti più piccoli, l'art. 2 cpv. 4 frase 1 WaG offre ai Cantoni la possibilità di specificare la definizione qualitativa indefinita di bosco mediante **criteri quantitativi**. Di conseguenza, i Cantoni possono stabilire l'ampiezza, la superficie e l'età in cui un'area vegetativa e l'ampiezza e la superficie in cui un'altra vegetazione è considerata bosco. Nel determinare ciò, devono attenersi al quadro stabilito dal Consiglio federale nell'art. 1 cpv. 1 WaV (cfr. infra, N. 23). Se i valori soglia così determinati vengono raggiunti, l'adempimento delle funzioni forestali e quindi la qualità forestale (fatte salve circostanze eccezionali) si considera data. D'altra parte, non si deve concludere senza ulteriori approfondimenti che non esiste una foresta se i valori non sono soddisfatti; si deve invece procedere a una valutazione sulla base delle caratteristiche definitorie qualitative (cfr. anche infra, N. 25).

23 Nel **determinare i criteri quantitativi**, i Cantoni devono assicurarsi che questi non pregiudichino la definizione qualitativa di bosco, ma si limitino a specificarla. Nella sua precedente giurisprudenza, il Tribunale federale ha ritenuto che le aree boschive con una superficie di circa 500 metri quadrati, una larghezza di 12 metri e un'età di 15 anni siano regolarmente idonee a

svolgere funzioni forestali. È quindi contrario al concetto qualitativo di bosco se i Cantoni si riferiscono "schematicamente e indiscriminatamente" ai valori massimi indicati nell'art. 1 cpv. 1 WaV. In questo caso, al posto dei criteri cantonali si applicano i suddetti valori definiti dal Tribunale federale.

Una disposizione speciale, adottata nella legge dalla giurisprudenza del Tribunale federale, si trova nell'art. 2 cpv. 4 frase 2 WaG e nell'art. 1 cpv. 2 WaV. Di conseguenza, a prescindere dalla superficie, dall'ampiezza o dall'età, un soprassuolo è sempre considerato un bosco ai sensi della legge federale se svolge **funzioni assistenziali o protettive in misura particolare**. In tal caso, i valori soglia non si applicano fin dall'inizio. In altre parole, le disposizioni stabiliscono che i criteri quantitativi non devono essere presi in considerazione se i popolamenti forestali hanno una particolare importanza funzionale. Si tratta in particolare di piccoli popolamenti lungo i corsi d'acqua (boschi ripariali ai sensi dell'art. 18 cpv. 1$^{bis}$ NCHA) e di quelli che rivestono particolare importanza per la loro composizione (comunità forestali rare ai sensi dell'art. 18 cpv. 1$^{bis}$ NCHA). Sono inclusi anche i piccoli popolamenti che, per la loro posizione, sono particolarmente caratteristici del paesaggio. 24

Il regolamento speciale mira quindi a garantire che, a determinate condizioni, anche i soprassuoli che non soddisfano i criteri minimi cantonali possano essere considerati boschi. In questo caso, non è sufficiente che le aree siano in grado di svolgere funzioni forestali (cfr. art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 1 cpv. 1 lett. b WaG). Secondo il testo della legge e dell'ordinanza, invece, tali soprassuoli **si qualificano** come foreste solo se svolgono funzioni assistenziali o protettive "in misura particolare" (cfr. sopra, N. 24). Tuttavia, questa condizione qualificante non si applica ogni volta che i criteri minimi cantonali non sono soddisfatti: Il regolamento speciale è rilevante solo se i criteri minimi cantonali sono stati fissati in modo tale da *specificare* il concetto di bosco qualitativo ai sensi della giurisprudenza del Tribunale federale (sopra, N. 23). Secondo il Tribunale federale, ciò deve essere sempre negato se un Cantone utilizza completamente il quadro giuridico federale in modo indifferenziato. In questi casi, il Tribunale federale non si limita a verificare se uno stand svolge in misura particolare funzioni assistenziali o di protezione, ma si concentra sui requisiti qualitativi di cui all'art. 2 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 1 cpv. 1 lit. Art. 1 cpv.1 lett. b WaG; ciò vale in ogni caso per le aree boschive a partire da una dimensione di circa 500 metri quadrati, una larghezza di 12 metri e un'età di 15 anni (cfr. sopra, N. 23). 25

26 Infine, non è ancora stato chiarito in che misura il requisito secondo cui il popolamento deve svolgere funzioni di benessere o di protezione in "misura speciale" ponga **requisiti più elevati alle funzioni forestali** rispetto al concetto di bosco qualitativo. Lo stesso vale per la questione se l'art. 2 cpv. 4 WaG e l'art. 1 cpv. 2 WaV richiedano l' *effettivo* adempimento delle funzioni di benessere o di protezione (come suggerisce la formulazione) o se, come nel caso dell'art. 2 cpv. 1 WaG (sopra, N. 21), sia sufficiente l'idoneità all'adempimento. Tuttavia, tali questioni esulano dall'ambito del presente commento all'art. 77 Cost.

### 2. Concetto dinamico e statico di bosco

27 Il concetto di foresta prescinde dalla delimitazione spaziale. Il bosco può essere creato ovunque, a condizione che un'area piantata con alberi o arbusti da foresta soddisfi le caratteristiche qualitative e quantitative pertinenti. L'espansione della foresta può essere intenzionale o non intenzionale. La foresta determina "il suo ambito di applicazione locale e il suo scopo di utilizzo in base alla propria forza di legge federale". Se l'espansione del bosco è in conflitto con la pianificazione d'uso cantonale e comunale, questa viene superata. La giurisprudenza e la dottrina parlano quindi di un **concetto di bosco dinamico**. Tuttavia, il concetto di foresta dinamica viene meno sotto due aspetti. Nell'ambito della determinazione del bosco, viene sostituito dal **concetto di bosco statico** nelle aree in cui le zone edificabili confinano con il bosco o confinano con il bosco in futuro (art. 10 cpv. 2 lett. a WaG) o - al di fuori delle zone edificabili - nelle aree in cui il Cantone vuole impedire un aumento del bosco (art. 10 cpv. 2 lett. b WaG). Nel secondo caso, le aree corrispondenti devono essere designate nel piano strutturale cantonale ai sensi dell'art. 12a WaV. I relativi confini forestali devono poi essere inseriti nei piani di utilizzazione (art. 13 cpv. 1 WaG), con la conseguenza che le nuove piantagioni al di fuori di tali confini non sono considerate bosco (art. 13 cpv. 2 WaG). Nelle aree corrispondenti, la rimozione di tali popolamenti è quindi consentita senza un'autorizzazione di disboscamento.

## C. Paragrafo 1: Obiettivo

28 Ai sensi dell'art. 77 cpv. 1 Cost. la Confederazione deve garantire che il bosco possa svolgere le sue funzioni di protezione, utilità e benessere **.** A differenza dell'art. 24 aBV, che si concentrava principalmente sulla funzione protettiva,

nel diritto costituzionale è ora sancita una "concezione funzionale più ampia del bosco" (cfr. supra, N. 5). Allo stesso tempo, ciò concretizza l'orientamento della competenza legislativa di base ai sensi dell'art. 77 cpv. 2 Cost. e la competenza esecutiva emanata su questa base. Gli obiettivi sanciti dall'art. 77 cpv. 1 Cost. devono essere rispettati anche nell'interpretazione della legge. Inoltre, la disposizione ha un impatto sulla definizione di proprietà in quanto l'uso autorizzato (in particolare nella legislazione di attuazione) è descritto in modo più dettagliato. Anche se il testo costituzionale, a differenza dell'art. 76 cpv. 1 Cost. non afferma che la Confederazione deve garantire l'adempimento delle funzioni forestali "nell'ambito delle sue competenze", l'art. 77 cpv. 1 Cost. non conferisce alla Confederazione ulteriori competenze oltre a quelle di cui ai cpv. 2 e 3.

La **funzione protettiva** del bosco consiste nella protezione di persone o cose da eventi naturali come valanghe, frane, erosione e caduta di massi (cfr. art. 1 cpv. 2 WaG). La **funzione di utilizzo** si esplica in particolare quando il legno viene estratto dalla foresta come materia prima per scopi edilizi o energetici. La foresta svolge anche una **funzione di benessere** se "serve come area ricreativa per le persone attraverso la sua ubicazione, la sua struttura, il suo popolamento e la sua progettazione". Inoltre, quest'ultima funzione è caratterizzata dal fatto che la foresta modella il paesaggio, protegge da influenze ambientali dannose (come il rumore), garantisce la qualità e la quantità delle riserve idriche e fornisce un habitat per animali e piante. 29

Le varie funzioni forestali non sono classificate in ordine di priorità, ma hanno sostanzialmente **lo stesso valore**. Tuttavia, i Cantoni sono tenuti a garantire la gestione sostenibile delle foreste e a emanare norme di pianificazione e gestione a tal fine (art. 20 cpv. 1 e 2 WaG). Ai sensi dell'art. 18 cpv. 2 WaV, nei documenti di pianificazione forestale devono essere riportate almeno le condizioni del sito e le funzioni forestali e la loro ponderazione. Di conseguenza, nonostante l'uguaglianza fondamentale delle funzioni forestali, esiste una priorità. Per ragioni storiche e tradizionali, la funzione protettiva è di primaria importanza (cfr. art. 20 cpv. 5 WaG). 30

Infine, il **requisito** della **conservazione delle foreste** deriva (almeno implicitamente) dagli obiettivi contenuti nell'art. 77 cpv. 1 Cost. È esplicitamente menzionato nell'art. 77 cpv. 3 Cost. Mentre in precedenza la conservazione delle foreste era intesa in termini di protezione quantitativa delle foreste (cfr. supra, N. 5), ora si applica un'accezione più ampia che 31

comprende anche la protezione qualitativa delle foreste. Il divieto fondamentale di deforestazione ai sensi dell'art. 5 WaG rimane centrale. Inoltre, è necessario fare riferimento alle norme di attuazione di cui agli artt. 14 e segg. (protezione da vari tipi di deterioramento) e 20 e segg. WaG (manutenzione e utilizzo della foresta).

## D. Paragrafo 2: Competenza legislativa di base

32 L'art. 77 cpv. 2 Cost. conferisce alla Confederazione il potere di legiferare in linea di principio sulla protezione delle foreste. Ciò è stato espresso nell'art. 24 cpv. 1 dell'AVS con l'attribuzione alla Confederazione del diritto di vigilanza generale sulla polizia forestale (cfr. supra, N. 5). Se e in che misura le due formulazioni siano sinonimi è controverso. Alcuni studiosi ritengono che, sebbene il potere di legiferare derivante dalla sovrintendenza corrisponda al potere di legiferare in linea di principio, anche il potere di far rispettare la legge da parte della Confederazione ne derivi. Altrove, il termine "sovrintendenza" è interpretato in modo restrittivo, nel senso che la Confederazione può avvalersi di questo potere solo in via sussidiaria, nella misura necessaria alla sovrintendenza. Nonostante queste precedenti ambiguità terminologiche, nel diritto vigente sembra chiaro che **la Confederazione può disporre del potere di esecuzione sulla base della legislazione** (art. 46 cpv. 1 Cost.), anche se ciò non è più espressamente concesso dall'art. 77 Cost. In questo contesto, occorre fare riferimento in particolare all'art. 49 cpv. 1 WaG, in base al quale la Confederazione vigila sull'attuazione della legge sulle foreste e svolge i compiti ad essa direttamente assegnati dalla legge.

33 La competenza legislativa di base consente alla Confederazione di legiferare requisiti minimi in linea con l'obiettivo dell'art. 77 cpv. 1 Cost. e di garantire la necessaria armonizzazione giuridica, lasciando al contempo ai Cantoni il proprio margine di regolamentazione. Tuttavia, ciò non impedisce alla Confederazione di creare standard direttamente applicabili e di regolamentare nel dettaglio aspetti considerati particolarmente importanti. In alcune aree, la legge sulle foreste ha **un contenuto normativo ampio e di vasta portata** . Ad esempio, contiene disposizioni direttamente applicabili sul disboscamento e la determinazione del bosco (art. 4 e segg. WaG) e sulla pianificazione territoriale (art. 11 e segg. WaG). Al momento della creazione della legge forestale, l'ampia regolamentazione è stata giustificata dal fatto che

la Costituzione federale pone “la responsabilità per il bosco nelle mani della Confederazione”, motivo per cui il legislatore deve tenere conto di questo principio. Gli aspetti decisivi della conservazione delle foreste dovevano quindi essere regolamentati per legge. Poiché la profondità della regolamentazione della legge forestale era già nota al momento della promulgazione dell'art. 77 Cost. si può ritenere che la formulazione “principi sulla protezione della foresta” sia da intendersi in senso lato. Anche se si dovesse sostenere che il contenuto di singole disposizioni andasse oltre la competenza legislativa di base, l'art. 190 Cost. escluderebbe la non applicazione.

## E. Paragrafo 3: Promozione di misure di conservazione

L'art. 77 cpv. 3 Cost. stabilisce il potere obbligatorio della Confederazione di promuovere la conservazione delle foreste. Le misure devono essere orientate alla conservazione quantitativa e qualitativa delle foreste. Devono quindi servire a **scongiurare i pericoli per la foresta**. L'organizzazione specifica degli strumenti di sostegno è lasciata alla legislazione di attuazione. In primo piano c'è la concessione di sussidi (art. 35 e segg. WaG), ma anche la prevenzione contro gli organismi nocivi (art. 27a WaG) e le misure di adattamento ai cambiamenti climatici (art. 28a WaG), nonché la promozione della formazione, della consulenza, della ricerca e del reperimento di informazioni di base (art. 29 e segg. WaG). La libertà economica è soggetta a restrizioni ai sensi dell'art. 27 della Cost. Ad esempio, al governo federale è vietato influenzare l'industria forestale e del legno con misure di orientamento dell'economia, poiché non esiste una base costituzionale per questo, come quella prevista per l'agricoltura dall'art. 104 cpv. 2 Cost. Solo in caso di disastri forestali o di tagli eccezionali di legname è possibile una deroga in base all'art. 102 cpv. 2 Cost. e agli artt. 28 e 38a cpv. 1 lett. c WaG. 34

La legge forestale ha portato a un rafforzamento dei sussidi. I fondi federali disponibili e i tassi di contribuzione sono stati aumentati con l'obiettivo di garantire l'esistenza di operazioni forestali, che a loro volta dovevano assicurare la conservazione quantitativa e qualitativa delle foreste. La legge forestale prevedeva inizialmente un complesso sistema di sovvenzioni. Gli indennizzi e gli aiuti finanziari sono stati quindi concessi in base ai progetti e graduati in base alla forza finanziaria dei Cantoni. Con la riorganizzazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra 35

Confederazione e Cantoni (NFA), avvenuta il 1° gennaio 2008, i compiti, le competenze e i flussi finanziari tra Confederazione e Cantoni sono stati disaggregati per quanto possibile e sensato. Il sostegno ai Cantoni assume ora la forma di **programmi pluriennali con accordi sugli obiettivi, nonché di contributi globali e forfettari** al posto di sussidi individuali. Gli accordi di programma (contratti di diritto pubblico) tra la Confederazione e i Cantoni fungono da strumento per la concessione di sussidi (art. 46 cpv. 2 Cost.). Anche la legge sulle foreste è stata modificata di conseguenza, in particolare gli artt. 36 e segg. WaG, secondo cui i sussidi devono essere erogati sulla base di accordi di programma. Le corrispondenti disposizioni di legge sono concretizzate in termini materiali negli artt. 39 e segg. WaV e in termini formali negli artt. 46 e segg. WaV. I due accordi di programma "Foreste" e "Strutture di protezione e basi di pericolo" sono stati conclusi su questa base. Il primo accordo di programma comprende i sottoprogrammi "Foresta di protezione", "Biodiversità forestale" e "Gestione forestale". I sussidi vengono concessi per decreto solo in casi eccezionali, se il progetto richiede una valutazione da parte della Confederazione caso per caso (art. 36 cpv. 2 e art. 37a cpv. 2 WaG) o in caso di eventi straordinari (art. 37 cpv. $^{1bis}$ e art. 38a cpv. 2 lett. b in combinato disposto con il cpv. 1 lett. c WaG).

*Gli autori*

*Martin Looser ha studiato diritto all'Università di Berna e ha lavorato come assistente di ricerca presso diverse facoltà di Berna e Basilea. Oggi è partner dello studio ettlersuter Attorneys at Law di Zurigo e rappresenta privati, organizzazioni, aziende e il settore pubblico in questioni di diritto pubblico, in particolare nei settori del diritto ambientale, della pianificazione e dell'edilizia, della legge sull'uguaglianza dei disabili e del diritto degli animali. Svolge anche attività di perizia.*

*Alexander Lueger ha studiato legge all'Università di Lucerna e ha lavorato per diversi anni presso una cattedra di diritto privato e diritto privato comparato. Dal 2022 è avvocato presso lo studio ettlersuter Attorneys at Law. Fornisce consulenza e contenzioso in materia di diritto pubblico, con specializzazione in diritto ambientale, della pianificazione e dell'edilizia, e di diritto privato.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Abt Thomas, Zehn Jahre Waldgesetzgebung des Bundes: Eine Zwischenbilanz aus kantonaler Sicht, SZF 2002, S. 356 ff.

Bloetzer Gotthard, Zur Entwicklung der schweizerischen Forstgesetzgebung, SZF 1992, S. 607 ff.

Bolgè Roberto/Schmutz Adrian, Neue Massnahmen für die Waldpolitik, Wald und Holz 2022, S. 37 ff.

Brändli Urs-Beat/Abegg Meinrad/Allgaier Leuch Barbara, Schweizerisches Landforstinventar, Ergebnisse der vierten Erhebung 2009–2017, Birmensdorf 2020, DOI: 10.16904/envidat.146.

Bühlmann Lukas/Kissling Samuel, Waldrodung für Siedlungszwecke?, Rechtsgutachten für den Kanton Zürich, Raum & Umwelt 2/2013, S. 1 ff.

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Waldpolitik 2020 vom Bundesrat gutgeheissen am 31.8.2011, BBl 2011 8731 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/1502/de, besucht am 4.10.2024.

Depenheuer Otto/Möhring Bernhard (Hrsg.), Waldeigentum, Dimensionen und Perspektiven, Berlin et al. 2010.

Favre Anne-Christine/Jungo Fabia, Chronique du droit de l'environnement, Deuxième partie, La protection de la forêt, des biotopes et du paysage, RDAF 2008, S. 307 ff.

Griffel Alain, Wald und Recht (Essay), SZF 2012, S. 304 ff.

Keel Alois/Zimmermann Willi, Der Wald im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZF 2009, S. 263 ff.

Keel Alois/Zimmermann Will, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Waldgesetzgebung 2000–2008, URP 2009, S. 237 ff.

Keller Peter M., Rechtliche Aspekte der neuen Waldgesetzgebung, AJP 1993, S. 144 ff.

Landolt-Parolini Daniel, Einflüsse der Landwirtschaftspolitik des Bundes auf den Wald, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 153 ff.

Lieberherr Eva/Coleman Evelyn/Ohmura Tamaki/Wilkes-Allemann Jerylee/ Zabel Astrid, Optimierung der Waldpolitik, Bericht im Auftrag des Bundesamts für Umwelt, 2023, abrufbar unter https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/externe-studien-berichte/optimierung-der-waldpolitik-2020.pdf.download.pdf/Optimierung_der_Waldpolitik_2020.pdf, besucht am 4.10.2024.

Nay Giusep, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur neuen Waldgesetzgebung, SZF 2002, S. 362 ff.

Ohmura Tamaki/Norer Roland/Lieberherr Eva, Waldpolitischer Jahresrückblick 2021, SZF 2022, S. 230 ff.

Pettenella Davide, Strumenti innovativi nel marketing dei prodotti e servizi forestali: i pagamenti volontari per servizi ambientali e ricreativi, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 135 ff.

Schmidhauser Albin, Neuregelung von Verfügungsrechten in der Luzerner Waldwirtschaft, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 171 ff.

Sonanini, Das neue Waldgesetz und die Raumplanung, BR 1992, S. 83 ff.

Spörri Andy/Steg Carmen/Bronzini Luca/Meier Fabienne/ Perch-Nielsen Sabine/Willi Christian/Steinmüller Karlheinz, Zukunftsszenarien Wald und Holz 2050, Schlussbericht im Auftrag des Bundesamts für Umwelt vom 9.1.2023, abrufbar unter https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/externe-studien-berichte/zukunftsszenarien-wald-und-holz-2050.pdf.download.pdf/Zukunftsszenarien_Wald_und_Holz_2050_DE.pdf, besucht am 4.10.2024.

Steinmann Kathrin/Lieberherr Eva/Zimmermann Willi, Waldpolitik der Schweiz, Ein Lehrbuch, Zürich et al. 2017.

Weisz Leo, Forstpolitik und Forstverwaltung in der Helvetik, SZF 1948, S. 187 ff.

Wild Florian, Die Rodungsbewilligung im Rahmen der Neuregelungen des Bundes über die Verfahrenskoordination und über die Aufsicht im Bereich der Walderhaltung, ZBl 2002, S. 113 ff.

Wild-Eck Stephan, Der Wald: Die Sportanlage Nummer 1 im Spannungsfeld unterschiedlicher Interessen, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 189 ff.

Wilkes-Allmann Jerylee/Zabel Astrid/Coleman Brantschen Evelyn/Ohmura Tamaki/Lieberherr Eva, Eine Evaluation der Waldpolitik 2020 und ein Ausblick, SZF 2023, S. 132 ff.

Williams Michael, Dark Ages and Dark Areas: Global Deforestation in the Deep Past, Journal of Historical Geography 200, S. 28 ff.

Wullschleger Erwin, Die Erfassung der Waldunktionen, Bericht Nr. 238 der Eidgenössischen Anstalt für das forstliche Versuchswesen, Birmensdorf 1982.

Wulz Christian, Grundlagen und Kompetenzordnung beim präventiven Umgang mit Naturgefahren im Wasser-, Wald-, Raumplanungs- und öffentlichen Baurecht, Zürich et al. 2020.

Zimmermann Willi/Keel Alois, Rechtsgutachten zu den Schwächen in der biodiversitätsrelevanten Gesetzgebung und entsprechenden Verbesserungsmöglichkeiten, Zürich 2010.

Zufferey Roger, Aspects juridiques des activités de loisirs et de détente en forêt, URP 2010, S. 337 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas, Kommentierung der Einleitung, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bloetzer Gotthard, Die Oberaufsicht über die Forstpolizei nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.

Brunner Ursula/Looser Martin, Das Verhältnis von Luft und Wald im Spiegel politischer Herausforderungen, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 71 ff.

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Waldpolitik: Ziele und Massnahmen 2021 – 2024, Bern 2021 (zit. Waldpolitik).

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Handbuch Programmvereinbarungen im Umweltbereich 2020 – 2024, Bern 2018 (zit. Programmvereinbarungen).

Epiney Astrid/Kern Markus/Diezig Stefan, Zur Implementierung des Smaragd-Netzwerks in der Schweiz: Perspektiven der Einbindung der Schweiz in ein europäisches Naturschutzgebietsnetz, Zürich et al. 2013.

Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 73 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Griffel Alain, Umweltrecht, in a nutshell, Zürich et al. 2019.

Grossmann Heinrich, Die schweiz. Forstwirtschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, SZF 1949, S. 464 ff. (zit. Forstwirtschaft).

Grossmann Heinrich, Forstgesetzgebung und Forstwirtschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1803–1848), SZF 1948, S. 379 ff. (zit. Forstgesetzgebung).

Hoffmann Kristin/Griffel Alain, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.

Hürlimann Katja, Holzwirtschaft, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 8.1.2008, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/014025/2008-01-08/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024.

Irniger Margrit, Wald, 2. Mittelalter und frühe Neuzeit, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 29.4.2015, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/007849/2015-04-29/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024.

Jagmetti Riccardo, Kommentierung zu Art. 24 aBV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern 1996 (zit. Kommentar BV 1874).

Jaissle Stefan M., Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung, Eine Darstellung der Waldgesetzgebung unter raumplanungsrechtlichen Aspekten, Zürich 1994.

Jenni Hans-Peter, Kommentierung der Vorb. zu Art. 1 WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Jenni Hans-Peter, Vor lauter Bäumen den Wald doch noch sehen: Ein Wegweiser durch die neue Waldgesetzgebung, Bern 1993 (zit. Wegweiser).

Kilchhofer Christian, Kommentierung der Vorb. zu Art. 35 ff. WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Largey Thierry, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Mader Luzius, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP 1999, S. 698 ff.

Mahon Pascal, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Aubert Jean-François / Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Petit commentaire).

Malanima Paolo, Energy Crisis and Growth 1650–1850: The European Deviation in a Comparative Perspective, Journal of Global History 2006, S. 101 ff.

Marti Arnold, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Marti Arnold, § 10 Waldrecht, in: Haller Walter (Hrsg.), Umweltrecht, Ein Lehrbuch, Zürich et al. 2004, S. 139 ff. (zit. Waldrecht).

Mather Alexander, The Transition from Deforestation to Reforestation in Europe, in: Angelsen Arild/Kaimowitz David (Hrsg.), Agricultural Technologies and Tropical Deforestation, Wallingford 2001, S. 35 ff.

Muggli Rudolf, Kommentierung zu Art. 18 RPG, in: Aemisegger Heinz, Moor Pierre, Ruch Alexander, Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich et al. 2016 (zit. Praxiskommentar).

Norer Roland, Kommentierung zu Art. 2 WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Ruch Alexander/Hettich Peter, Kommentierung zu Art. 75 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schuler Anton, Wald, 2. 19. und 20. Jahrhundert, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 29.4.2015, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/007849/2015-04-29/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024 (zit. Wald).

Schuler Anton, Forstgesetze, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 17.8.2007, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/013802/2007-08-17/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024 (zit. Forstgesetze).

Summermatter Stephanie, Die Prävention von Überschwemmungen durch das politische System der Schweiz von 1848 bis 1991, Bern 2017.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Wagner Pfeifer Beatrice, Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche, 2. Aufl., Zürich et al. 2021.

Waldmann Bernhard/Hänni Peter, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22.6.1979 über die Raumplanung (RPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2006.

## I MATERIALI

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen (Waldgesetz, WaG) vom 29.6.1988, BBl 1988 III 173 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1988/3_173_157_137, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft WaG 1988).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft BV 1996).

Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7.9.2005, BBl 2005 6029 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2005/976, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft NFA 2005).

Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen («Swissness»-Vorlage) vom 18. November 2009, BBl 2009 8533, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2009/1471, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft «Swissness»-Vorlage 2009).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 81 Cost.

Un commentario di Markus Schreiber

CITAZIONE SUGGERITA

Markus Schreiber, Commentario all'art. 81 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Schreiber, art. 81 Cost. N. XXX.

**Sezione 5: Opere pubbliche e trasporti**

**Art. 81 Opere pubbliche**

Nell'interesse del Paese o di una sua gran parte, la Confederazione può realizzare e gestire opere pubbliche o sostenerne la realizzazione.

# STRUTTURA

I. Cronistoria ..... 927
II. Contesto ..... 928
III. Commento in senso stretto ..... 930
A. Tipo di competenza federale ..... 930
B. Realizzazione e sostegno di opere pubbliche ..... 931
1. Nozione di «opere pubbliche» ..... 931
2. «Nell'interesse dell'intero Paese o di una sua parte importante» ..... 935
3. «Costruire e gestire» ..... 936
4. «Sostenere la loro realizzazione» ..... 937
5. Casi limite tra le due varianti ..... 937
C. Diritto di espropriazione ..... 938
D. Rapporto con altre competenze ..... 938
E. Competenza e procedura ..... 939
Letture consigliate ..... 941
Bibliografia ..... 942
I materiali ..... 946

## I. CRONISTORIA

L'articolo 81 Cost. corrisponde sostanzialmente all'articolo 21 della Costituzione del 1848, il cui capoverso 1 sanciva il diritto della Confederazione di realizzare o sostenere la realizzazione di opere pubbliche a spese della Confederazione nell'interesse della Confederazione stessa o di una sua parte consistente. Il capoverso 2 prevedeva a tal fine un diritto specifico di espropriazione («diritto di espropriazione») con pieno indennizzo. Il capoverso 3 consentiva all'Assemblea federale di vietare la realizzazione di opere pubbliche qualora queste ledessero gli interessi militari della Confederazione. All'origine dell'articolo costituzionale vi erano, tra l'altro, i progetti di correzione dei corsi d'acqua, poiché circa 30 anni prima la correzione della Linth non aveva potuto basarsi su una base giuridica sufficiente. I materiali citano invece come oggetto dell'articolo principalmente la costruzione di linee ferroviarie. 1

La disposizione è stata trasferita, con lievi modifiche ortografiche, ma per il resto invariata, nell'art. 23 Cost. 1874. 2

In occasione della revisione totale, il contenuto del capoverso 1 dell'art. 23 Cost. 1874 è stato ripreso nella Cost. 1999, omettendo solo il riferimento linguistico alla Confederazione e alla sua assunzione dei costi. Oltre alla «costruzione», viene ora menzionata anche la «gestione» delle opere, che era già contemplata nella Cost. 1874. I commi 2 e 3 non sono stati invece ripresi, poiché ritenuti superflui, da un lato, in virtù del diritto di espropriazione già connesso alle competenze materiali e, dall'altro, in virtù della legislazione federale in materia militare. Dal punto di vista sistematico, la disposizione è stata spostata dalle disposizioni generali, dove si trovava tra le disposizioni relative all'esercito e all'istruzione superiore (Cost. 1848) e quelle relative alla pianificazione del territorio, alla protezione delle acque e delle foreste (Cost. 1874), in una sezione separata dedicata alle opere pubbliche e ai trasporti. Nel complesso, la classificazione sistematica della norma nell'ambito della revisione totale si è rivelata difficile. 3

Le disposizioni precedenti della Cost. 1848 e della Cost. 1874 acquisirono inizialmente importanza pratica soprattutto per quanto riguarda la correzione dei corsi d'acqua e la costruzione di strade di valico. Nel 1897 fu emanata la legge federale concernente l'acquisizione e l'esercizio delle ferrovie per conto 4

della Confederazione e l'organizzazione dell'amministrazione delle Ferrovie federali svizzere. Essa si basava non solo sull'art. 26 della Costituzione federale del 1874 relativo alla costruzione e all'esercizio delle ferrovie, ma anche sull'art. 23 relativo alle opere pubbliche. Allo stesso modo, alcune linee ferroviarie furono evidentemente costruite sulla base dell'art. 23 della Costituzione federale del 1874. Anche il semplice aiuto finanziario a una linea ferroviaria in difficoltà economiche è stato concesso sulla base dell'articolo 23 della Costituzione federale del 1874. Nel 1902, in assenza di una competenza federale in materia di energia, la legge sull'elettricità è stata emanata, tra l'altro, sulla base dell'articolo 23 della Costituzione federale del 1874.

5 In alcuni casi, il legislatore federale ha basato le leggi sulle infrastrutture anche sull'art. 81 Cost. (o sulle disposizioni che lo hanno preceduto), sebbene in tale ambito esistesse una competenza federale specifica. Ciò vale ad esempio per la legge sulle condutture del 1962, che oltre all'articolo 26$^{bis}$ sulla condutture, inserito poco prima nella Costituzione federale, si basava anche sull'articolo 23 della Costituzione federale del 1874. Si può solo ipotizzare il motivo per cui il legislatore federale faccia riferimento alla disposizione costituzionale sulle opere pubbliche anche nei casi in cui sussisteva una competenza materiale. In parte potrebbe trattarsi, allora come oggi, di misure legislative che, dal punto di vista del legislatore federale, non sono più completamente coperte dalla competenza materiale. In tal caso, esse sarebbero state basate «per precauzione» anche sulla disposizione relativa alle opere pubbliche. Nelle versioni precedenti, tuttavia, la loro menzione aggiuntiva potrebbe anche essere motivata dal fatto che tali versioni contenevano ancora una propria normativa in materia di espropriazione. In che misura anche la versione attuale contenga, almeno implicitamente, un diritto di espropriazione è spiegato di seguito al N. 33.

## II. CONTESTO

6 L'art. 81 Cost. ha lo scopo di consentire la realizzazione di infrastrutture la cui costruzione supererebbe le capacità dei Cantoni o che, data la loro importanza per l'intero Paese, non sarebbero realizzate dai singoli Cantoni. Come dimostra l'esempio storico delle linee ferroviarie, la norma può inoltre acquisire rilevanza laddove, indipendentemente dalle capacità e dalla volontà dei Cantoni, appaia necessaria una pianificazione e un coordinamento a livello nazionale.

Nonostante la sua posizione sistematica all'inizio della sezione 5, l'art. 81 Cost. non costituisce una disposizione «ombrello» per la costituzione delle infrastrutture. Ciò vale a maggior ragione in quanto è stata respinta una corrispondente integrazione con un capoverso 2 che avrebbe obbligato la Confederazione in generale a mettere a disposizione infrastrutture efficienti. Si tratta piuttosto di una norma sussidiaria rispetto alle basi di competenza più specifiche della Confederazione per opere la cui realizzazione da parte della Confederazione non potrebbe altrimenti basarsi su alcuna base giuridica specifica. 7

Considerate le molteplici competenze specifiche della Confederazione oggi esistenti, la disposizione è in parte considerata superflua. Tuttavia, poiché la legislazione e a maggior ragione la modifica costituzionale tendono a rimanere indietro rispetto al progresso tecnico («*legal lag*»), la disposizione potrebbe continuare ad avere rilevanza in futuro. Ad esempio, la Confederazione ha basato la legge federale sul trasporto sotterraneo di merci (UGüTG) non solo sull'art. 87 Cost., ma anche sull'art. 81 Cost. Poiché i progetti in questione presentano differenze rispetto alle ferrovie sopraelevate esistenti, sarebbe stato discutibile in che misura questa legge potesse basarsi esclusivamente sull'art. 87 Cost. (cfr. sotto N. 23). 8

Un altro esempio è la costruzione di un'infrastruttura di trasporto del CO2 che, nell'ambito dell'obiettivo «zero emissioni nette» di gas serra, potrebbe essere utilizzata per separare le emissioni inevitabili di CO2 (ad es. negli impianti di incenerimento dei rifiuti o in determinati impianti industriali) e poi utilizzarle altrove (ad es. per la produzione di gas sintetici a base di fonti energetiche rinnovabili) o (in modo molto più controverso) immagazzinarle nel sottosuolo. Tuttavia, un'infrastruttura di condutture per il CO2 non può essere ricondotta alla competenza federale in materia di condutture di cui all'articolo 91 capoverso 2 Cost., poiché il CO2 non è un combustibile o un carburante. Nella dottrina è già stato sostenuto che la costruzione di una corrispondente infrastruttura di condutture da parte della Confederazione potrebbe basarsi sull'art. 81 Cost. (in combinato disposto con l'art. 74 Cost.). 9

Nonostante le critiche espresse da alcuni, la disposizione può quindi continuare ad acquisire importanza alla luce dei continui cambiamenti tecnologici. A questo proposito appare molto pertinente la conclusione di un parere espresso in letteratura, secondo cui il raro ricorso all'art. 81 Cost. non 10

ne sminuisce l'importanza, ma deriva proprio dal suo scopo di assumere una funzione di supplenza.

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Tipo di competenza federale

11 Secondo l'interpretazione più diffusa, l'art. 81 Cost. dovrebbe consentire alla Confederazione di fornire prestazioni corrispondenti direttamente sulla base della Costituzione, quindi senza previa legislazione. Si tratta quindi di una competenza amministrativa (diretta). Ciò viene messo in discussione nella dottrina più recente con riferimento al principio di legalità. Tuttavia, la forma in cui la Confederazione deve decidere in merito alle misure ai sensi dell'art. 81 Cost. non può essere definita in modo astratto, ma dipende, nel singolo caso concreto, dalla misura in cui viene stabilito (o solo applicato) il diritto e dai requisiti che devono essere soddisfatti in applicazione dei principi generali e (ad esempio nel diritto tributario) speciali in materia di livello normativo e densità normativa (cfr. N. 39 ss.). L'art. 81 Cost. non contiene alcun mandato alla Confederazione di realizzare opere corrispondenti, ma lascia alla sua discrezionalità la decisione su un eventuale intervento.

12 Nonostante l'assenza, rispetto all'art. 23 cpv. 1 Cost. del 1874, di un riferimento all'assunzione dei costi da parte della Confederazione, è evidente che, nell'esercizio della competenza amministrativa, possono essere messi a disposizione fondi dal bilancio federale nella misura corrispondente.

13 Appare discutibile in che misura l'art. 81 Cost. conferisca alla Confederazione una competenza legislativa che vada oltre tale ambito. Poiché il sostegno e, in particolare, l'eventuale gestione propria di grandi opere possono spesso essere regolamentati in modo sensato solo mediante una legislazione adeguata, si può presumere che l'art. 81 Cost. conferisca, oltre alla competenza amministrativa, anche una competenza legislativa limitata. Ciò corrisponde anche alle dichiarazioni contenute nei materiali. Inoltre, proprio la creazione di basi giuridiche adeguate può costituire un importante sostegno da parte della Confederazione.

14 Già la legge sulle ferrovie del 1872, in assenza di una competenza federale in materia ferroviaria (istituita solo due anni dopo con l'art. 26 Cost. 1874), si basava evidentemente solo sulla disposizione precedente dell'art. 81 Cost.,

ovvero sull'art. 21 Cost. 1848. Una legge emanata esclusivamente sulla base dell'articolo 81 della Costituzione federale deve tuttavia limitarsi, dal punto di vista del contenuto, alle disposizioni necessarie per la realizzazione dell'opera concreta. Ciò vale in particolare per la prima variante («costruire e *gestire*») in relazione alla manutenzione. In questo caso potrebbero essere regolamentati anche i requisiti e le condizioni del sostegno finanziario. Nella letteratura si sostiene invece che, ai sensi dell'articolo 81 Cost., la Confederazione possa solo consentire la realizzazione di opere orientate al risultato, ma non regolamentarle. Data la complessità delle infrastrutture di nuova concezione, sembra dubbio che questo approccio possa essere applicato nella pratica. In ogni caso, sarebbe da considerarsi inammissibile la variante in cui la costruzione è sostenuta da terzi e la successiva gestione è regolamentata.

## B. Realizzazione e sostegno di opere pubbliche

### 1. Nozione di «opere pubbliche»

Il fulcro della disposizione è la nozione di «opere pubbliche». I materiali relativi alla Costituz. 1999 non spiegano questo concetto. Il testo appare quindi molto aperto. Dal termine «opera» da solo non si può nemmeno dedurre necessariamente il requisito della sua materialità, come dimostra ad esempio il concetto di opera nel diritto d'autore, che comprende tra l'altro i programmi per elaboratore (art. 2 cpv. 3 LDA). A prima vista, il collegamento con il verbo «costruire» nel testo tedesco della norma sembra indicare una limitazione alle opere materiali. Va tuttavia osservato che le altre versioni linguistiche contengono una formulazione che si adatterebbe anche alle opere immateriali («réaliser», «realizzare»). 15

Rispetto alla versione tedesca e italiana, nella versione francese si nota inoltre che vengono utilizzati due termini diversi («*travaux*» e «*ouvrages*»). Non è tuttavia evidente che ciò implichi in qualche modo una distinzione concettuale, tanto più che entrambi i termini possono essere tradotti con «opera». 16

Dall'interpretazione storica della disposizione risulta che essa comprende in ogni caso grandi progetti infrastrutturali come impianti ferroviari e altre opere tecniche. È chiaro che con «opere» nella Costituzione federale del 1848 e in quella del 1878 si intendevano principalmente «costruzioni». Tuttavia, dovevano essere inclusi anche i lavori, ad esempio quelli volti a riparare danni 17

o a ripristinare uno stato precedente. Nell'art. 23 della Costituzione federale del 1874 è stata spesso sottolineata la trasformazione del suolo come caratteristica essenziale dell'«opera».

18 L'interpretazione sistematica punta nella direzione delle opere (rilevanti per il traffico), poiché l'art. 81 della Costituzione federale è disciplinato in una sezione comune con le infrastrutture di trasporto. Allo stesso tempo, l'importanza della posizione sistematica per l'interpretazione deve essere relativizzata, in quanto la classificazione della disposizione nell'ambito della revisione totale ha creato difficoltà. Anche il confronto con i termini «opera» e termini affini di altri settori giuridici è poco significativo, poiché questi differiscono notevolmente sia tra loro che rispetto all'art. 81 Cost.

19 Una concezione edilizia avvicina il concetto di opera alle «costruzioni e impianti» ai sensi dell'articolo 22 LPT, dal quale tuttavia non è possibile trarre alcuna conclusione per l'interpretazione dell'articolo 81 Cost. Il concetto di opera nel diritto civile relativo al contratto d'opera (art. 363 CO) si differenzia nettamente dalla concezione dell'art. 81 Cost., poiché può comprendere, almeno in parte, anche opere puramente intellettuali. Più ovvio appare il ricorso alla responsabilità del proprietario dell'opera ai sensi dell'art. 58 CO. Tuttavia, il concetto di opera ivi contenuto appare troppo restrittivo rispetto alla concezione moderna dell'art. 81 Cost., poiché fa riferimento a un collegamento fisso, almeno temporaneo, con il suolo, come verrà dimostrato di seguito.

20 A favore di una concezione ampia del concetto di opera depone l'interpretazione teleologica. Poiché l'art. 81 Cost. deve fungere da norma suppletiva per i settori in cui la Confederazione non ha una competenza specifica, la definizione di opera non deve essere troppo restrittiva e dovrebbe essere aperta in particolare agli sviluppi tecnici. Si discute quindi a ragione se i satelliti (in quanto impianti non legati al suolo) o le infrastrutture virtuali o digitali possano rientrare nella nozione di opera. L'importanza di queste ultime è evidente alla luce degli eventi del luglio 2024, quando un aggiornamento software difettoso ha causato danni in tutto il mondo e, tra l'altro, il cancellamento di migliaia di voli. In definitiva, per quanto riguarda l'impatto sulla popolazione, è irrilevante se l'aereo rimane a terra perché la pista è danneggiata o perché si è verificato un malfunzionamento dell'infrastruttura informatica dell'aeroporto. Un'estensione a tali infrastrutture sarebbe conforme allo scopo dell'articolo 81 della Costituzione

federale, in particolare se la loro costruzione superasse la competenza dei Cantoni, ma non esistesse una competenza specifica della Confederazione in materia. Una concezione che si ferma alla visione delle infrastrutture rilevanti del XIX secolo sarebbe in contraddizione con la conferma dell'articolo avvenuta nell'ambito della revisione totale del 1999. Non si può presumere che all'epoca il legislatore costituzionale volesse mantenere un articolo, o riprenderlo in una nuova formulazione, che non avrebbe avuto alcuna rilevanza alla luce delle competenze specifiche esistenti nel settore delle infrastrutture. Nel messaggio relativo alla legge federale sull'identità elettronica («E-ID»), il Consiglio federale ha aderito a un'interpretazione secondo cui anche la messa a disposizione di un'«infrastruttura di fiducia» digitale come parte di un «paesaggio amministrativo elettronico uniforme» potrebbe rientrare nel concetto di opera di cui all'articolo 81 Cost.

Tuttavia, le infrastrutture edilizie possono continuare a svolgere un ruolo, ad esempio nella gestione degli effetti dei cambiamenti climatici. Per non violare l'ordinamento delle competenze della Cost. federale con un'interpretazione troppo estensiva, l'applicazione dell'art. 81 Cost. deve comunque essere limitata alle opere che hanno un riferimento alle infrastrutture, anche se in senso lato. Anche le prestazioni puramente intellettuali come i brevetti o altre forme di proprietà intellettuale non sono contemplate, purché non si concretizzino in un'infrastruttura specifica. Inoltre, il campo di applicazione è limitato dal requisito che l'opera sia nell'interesse dell'intero Paese o di gran parte di esso (cfr. infra N. 25 ss.). 21

È discutibile quando un'opera possa essere considerata «pubblica». Ciò deve essere comunque presunto per le opere gestite dallo Stato stesso nell'interesse pubblico. Tuttavia, un'analisi storica mostra che, sulla base di questa disposizione, sono state sostenute anche, ad esempio, le imprese ferroviarie private. Pertanto, la proprietà dovrebbe essere meno determinante, tanto più che, secondo il testo della disposizione, la Confederazione non è tenuta a gestire direttamente le opere, ma può solo sostenerne la realizzazione. Per definire «pubblica» un'opera, occorre quindi (esclusivamente) valutare se essa serva all'interesse pubblico. Come nel contesto dell'articolo 36 capoverso 2 Cost., possono essere protetti in particolare beni di polizia come la sicurezza pubblica, come nel caso degli impianti che servono alla protezione dalle inondazioni. Come dimostra la classificazione sistematica nella sezione 5, anche lo sviluppo dei trasporti in 22

alcune parti del Paese deve rappresentare un interesse pubblico rilevante. Secondo un parere, anche le opere all'estero possono essere di interesse pubblico ai sensi dell'articolo 81 Cost., purché il loro beneficio ricada almeno in parte sul territorio nazionale. Ciò è sicuramente condivisibile per le opere situate in prossimità del confine che servono a collegare la Svizzera alle infrastrutture straniere. Gli interessi pubblici che possono essere presi in considerazione non possono essere definiti in modo esaustivo e la Confederazione dispone di un ampio margine di valutazione in materia. Sarebbero tuttavia escluse le opere che servono essenzialmente interessi particolari (soprattutto di natura finanziaria).

23 In alcuni casi si fa notare che, dato il suo carattere sussidiario e la scarsa densità normativa, l'articolo 81 Cost. è applicabile solo a casi specifici, motivo per cui non può essere invocato per giustificare la realizzazione di un'intera categoria di opere. Tuttavia, proprio nel caso di grandi infrastrutture come i suddetti impianti di trasporto sotterraneo o le condotte per il CO2, si può presumere che queste possano essere progettate in modo sensato solo se si estendono a rete su tutto il territorio nazionale o comunque su gran parte di esso. In una tale configurazione si potrebbe eventualmente ipotizzare la creazione di un'intera «categoria» di tali opere. Se ciò non fosse contemplato dalla disposizione, la sua rilevanza pratica sarebbe notevolmente ridotta. Il fatto che nella pratica sarebbe difficile distinguere tra singole opere e categorie di opere è evidente anche dall'esempio storico delle linee ferroviarie. In questo caso, numerosi progetti erano stati realizzati dalla Confederazione sulla base delle disposizioni precedenti dell'art. 81 Cost. Nel quadro generale, quindi, non si può più parlare di casi isolati, ma secondo i materiali proprio la realizzazione di linee ferroviarie dovrebbe essere contemplata
dalla disposizione costituzionale sulle opere pubbliche (cfr. sopra N. 1).

24 È invece probabile che la competenza *legislativa* limitata concessa dall'art. 81 Cost. (cfr. sopra N. 11 ss.) non possa essere utilizzata per creare condizioni quadro legislative generali per intere categorie di opere, indipendentemente dalla realizzazione concreta di un'opera. In questo contesto, la legge federale sul trasporto sotterraneo di merci, dato il suo approccio globale (cfr. art. 1 e 2 della legge), non pone problemi dal punto di vista delle competenze solo se si ritiene che l'art. 87 Cost., ivi citato, costituisca una base di competenza adeguata.

## 2. «Nell'interesse dell'intero Paese o di una sua parte importante»

La disposizione presuppone che l'intervento della Confederazione avvenga nell'interesse dell'intero Paese o di una sua parte consistente. Appare particolarmente discutibile cosa si intenda per «parte consistente» del Paese. In ogni caso, non si può esigere che sia interessata la maggioranza dei Cantoni, poiché non si parla di «gran parte» del Paese. Allo stesso tempo, devono essere coinvolti gli interessi di più di un Cantone (anche se questo ha una superficie o una popolazione residente considerevole), poiché la disposizione ha proprio lo scopo di consentire la realizzazione di opere pubbliche che non sono solo nell'interesse di un singolo Cantone. Le opere di interesse puramente locale o regionale non rientrano quindi nel suo campo di applicazione. Alla Confederazione è quindi vietato promuovere la costruzione di edifici scolastici, sale polivalenti o simili sulla base dell'articolo 81 Cost. Inoltre, la Confederazione può intervenire solo laddove il settore privato o i Cantoni non provvedano già a infrastrutture adeguate. Ciò deriva già dal principio di sussidiarietà, solo parzialmente normato negli articoli 5a e 43a Cost. 25

Per determinare l'importanza dell'interesse non sono decisive le dimensioni e l'estensione spaziale dell'opera, ma il suo impatto effettivo sul bene pubblico. Pertanto, ad esempio, un'opera limitata spazialmente a un singolo Cantone può assumere importanza per altri Cantoni. Ad esempio, un tunnel costruito sul territorio di un singolo cantone può collegare diversi cantoni dal punto di vista dei trasporti. Se l'opera fa parte di una rete più ampia di impianti, deve essere possibile tenere conto del contributo dell'opera concreta a tale rete; tuttavia, l'importanza complessiva della rete nel suo insieme non può essere utilizzata per giustificare l'interesse richiesto. 26

Nel complesso, i requisiti relativi all'interesse non devono essere eccessivi. Dal punto di vista della Confederazione, anche opere di minore entità, come singoli ponti, possono essere nell'interesse «dell'intero Paese». La Confederazione dispone quindi di un ampio margine di valutazione. Tuttavia, gli interessi puramente fiscali della Confederazione non giustificano l'applicazione dell'articolo 81 Cost. 27

### 3. «Costruire e gestire»

28 Secondo la prima variante, la Confederazione può costruire e gestire l'opera autonomamente. Il collegamento con la congiunzione «e» va effettivamente inteso nel senso che, se la Confederazione costruisce autonomamente un'opera (e non si limita a sostenerne la costruzione), deve poi (almeno in linea di principio, secondo i materiali) gestirla autonomamente. Nella letteratura, tuttavia, questa variante è talvolta interpretata nel senso che si riferisce principalmente alla copertura dei costi. Secondo tale interpretazione, dovrebbe essere possibile trasferire la gestione concreta a terzi, ad esempio nell'ambito di un *partenariato pubblico-privato*, purché la Confederazione mantenga la responsabilità finale per la gestione. È comunque condivisibile l'opinione secondo cui la Confederazione non deve necessariamente agire direttamente come ente responsabile e che, in particolare, è possibile prendere in considerazione il trasferimento a un'unità amministrativa della Confederazione o l'esternalizzazione a una società di diritto privato.

29 Alcuni sostengono che la Confederazione possa costruire e gestire un'opera solo se i Cantoni (con il semplice sostegno della Confederazione) rinunciano a gestirla. Nel caso dell'impresa Linth, un'opera costruita dalla Confederazione e inizialmente gestita da quest'ultima è stata successivamente trasferita per legge a un istituto creato dai Cantoni interessati. Inoltre, il principio della libertà economica pone alcuni limiti alla costruzione di opere di proprietà della Confederazione in concorrenza con l'economia privata. Per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, questa prima variante solleva quindi una questione più specifica: nel contesto dell'interesse «dell'intero Paese o di gran parte di esso» (sopra N. 25 ss.), si discute se, in base al principio di sussidiarietà, sia effettivamente necessario un intervento della Confederazione. Per quanto riguarda la variante della costruzione e della gestione, occorre invece verificare se sia necessario che l'impianto sia gestito dalla Confederazione stessa o se non sia possibile, ad esempio, una gestione da parte del Cantone, con il solo sostegno finanziario della Confederazione per la costruzione dell'impianto (cfr. subito dopo la seconda variante). Resta da vedere se la scarsa rilevanza della variante «costruzione e gestione» potrebbe aumentare in futuro nel contesto delle infrastrutture digitali (cfr. supra N. 20).

## 4. «Sostenere la loro realizzazione»

Come alternativa molto più rilevante dal punto di vista pratico alla realizzazione e alla gestione da parte della Confederazione, quest'ultima può limitarsi a sostenere la realizzazione da parte di terzi. Tale sostegno può essere di natura finanziaria, ma anche logistica, progettuale o coordinativa. Inoltre, la Confederazione può mettere a disposizione competenze specialistiche, ad esempio tramite le sue autorità competenti. Oltre ai Cantoni, i terzi che costruiscono e gestiscono l'opera sono principalmente privati, a condizione che l'opera sia di interesse pubblico (cfr. sopra N. 22). Anche gli Stati esteri possono essere potenziali beneficiari. Ciò può essere rilevante, ad esempio, se si intende promuovere la costruzione di impianti ferroviari oltre confine che servono al collegamento con la Svizzera. 30

Secondo il testo, può essere promossa solo la costruzione dell'opera, ma non il suo esercizio e la sua manutenzione. Per contro, il sostegno della Confederazione all'acquisto di un'opera esistente da parte dei Cantoni o di terzi dovrebbe essere compreso nell'art. 81 Cost. L'entità del sostegno è in gran parte a discrezione della Confederazione, anche se il principio di parità di trattamento (art. 8 Cost.), il principio di ordine della libertà economica (art. 94 Cost.) e il principio di sussidiarietà (art. 5a Cost.) pongono alcuni limiti. 31

## 5. Casi limite tra le due varianti

Rispetto alla prima variante, la Confederazione dovrebbe avere la possibilità di sostenere inizialmente la realizzazione da parte di terzi e poi, in un secondo momento, di rilevare l'opera per gestirla direttamente. È difficile ricondurre alla formulazione tedesca e italiana delle due varianti il caso in cui la Confederazione intenda sostenere un'opera già realizzata o rilevarla, ad esempio in caso di difficoltà finanziarie del gestore privato. Per quanto riguarda quest'ultima acquisizione da parte della Confederazione, alcuni sostengono che essa sia inclusa come «meno» nella variante della costruzione. In effetti, sembrerebbe eccessivamente formalistico vietare l'acquisizione da parte della Confederazione se fosse consentita una ipotetica demolizione e una successiva ricostruzione da parte della Confederazione. In definitiva, ci si può orientare al principio guida secondo cui la Confederazione, laddove si impegna a lungo termine nella gestione, deve anche sostenerne i costi, ma sotto forma di gestione propria e non di sovvenzioni permanenti a terzi. La 32

versione francese, con la variante «exploiter des ouvrages publics», offre la possibilità più vicina di ricondurre questi casi alla formulazione dell'articolo.

## C. Diritto di espropriazione

33 Nella versione precedente era ancora espressamente previsto il diritto della Confederazione di procedere a espropriazioni ai fini della realizzazione dell'opera (art. 23 cpv. 2 Cost. 1874). La mancata ripresa di questa parte della disposizione è stata motivata dal fatto che la Confederazione, in virtù delle sue ormai numerose competenze materiali, ha già il diritto di espropriazione e che la norma speciale è quindi superflua. Tuttavia, poiché la norma dovrebbe svolgere proprio una funzione di supplenza quando la Confederazione non dispone di una competenza specifica, questa interpretazione è decisamente discutibile. Alla luce della storia della disposizione, sembra preferibile consentire l'espropriazione in base all'art. 81 Cost. almeno nei casi in cui la Confederazione non dispone di una competenza specifica che comprenda il diritto di espropriazione.

## D. Rapporto con altre competenze

34 L'art. 81 Cost. è sussidiario rispetto alle competenze specifiche disciplinate dalla Costituzione federale. Sebbene l'art. 81 Cost. sia rilevante proprio nei casi in cui la Confederazione non dispone di competenze specifiche, la sua applicazione non deve servire ad aggirare i requisiti di tali basi di competenza più specifiche. In questo caso, potrebbe essere difficile distinguere correttamente tra una funzione di supplenza ammissibile e una violazione dell'ordinamento costituzionale delle competenze nei singoli casi.

35 Dall'articolo 75 Cost. relativo alla pianificazione del territorio non derivano di norma ulteriori competenze della Confederazione, poiché la competenza legislativa di principio ivi prevista non è compatibile con l'approccio caso per caso dell'art. 81 Cost. In passato, tuttavia, il legislatore ha fatto ricorso in alcuni casi alla competenza in materia di pianificazione del territorio di cui all'art. 22$^{quater}$ Cost. 1874 per promuovere progetti infrastrutturali in senso lato.

36 In precedenza è stata discussa una possibile violazione della ripartizione delle competenze costituzionali a causa di un'interpretazione troppo estensiva dell'articolo 81 Cost. (sopra N. 34). Particolarmente rilevante potrebbe invece

essere il caso in cui le restrizioni delle competenze federali derivino esclusivamente da una normativa di diritto comune. La legge sull'energia consente il sostegno a progetti di geotermia mediante garanzie della Confederazione, ma ne limita la portata. Poiché questa legislazione si basa sulle competenze materiali di cui agli articoli 64, 74-76, 89 e 91 Cost., si pone la questione se la Confederazione possa, in base all'articolo 81 Cost., concedere un sostegno che vada oltre questa disposizione di legge ordinaria. Dal punto di vista della gerarchia delle norme, ciò non sembra essere problematico, purché siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81 Cost., poiché tale limitazione non deriva dalle competenze materiali della Costituzione federale stessa. Tuttavia, alcuni sostengono che anche una tale normativa di diritto comune, in quanto concretizzazione della rispettiva competenza materiale, ostacoli il ricorso all'articolo 81 Cost. Poiché una legge federale semplice (nonostante l'effetto di fatto dell'art. 190 Cost.) non può modificare la ripartizione delle competenze prevista dalla Costituzione federale, tale opinione deve essere respinta.

Laddove sussistono competenze cantonali, l'art. 81 Cost. fonda una competenza federale parallela che non sostituisce le competenze cantonali. In questo caso, dipende fortemente dalla natura dell'opera in questione in che misura la Confederazione agisca solo in modo complementare ai Cantoni o da sola. In definitiva, tuttavia, l'art. 81 Cost. consente alla Confederazione di assumere la responsabilità della realizzazione di determinate infrastrutture. Se la Confederazione non realizza le opere, i Cantoni continuano invece ad avere la possibilità di realizzare autonomamente anche infrastrutture di importanza sovracantonale. 37

## E. Competenza e procedura

La competenza per le misure da adottare in applicazione dell'articolo 81 Cost. spetta all'Assemblea federale, ossia al potere legislativo. Ciò non è scontato, vista la natura primaria della competenza federale come competenza amministrativa (sopra N. 11 segg.). 38

Secondo l'art. 163 Cost., la forma dell'atto legislativo dipende innanzitutto dal fatto che si tratti di disposizioni legislative. Tali atti devono essere emanati sotto forma di legge federale o di ordinanza ai sensi dell'art. 163 cpv. 1 Cost. Gli altri atti sono emanati sotto forma di decreto federale ai sensi dell'art. 163 cpv. 2 Cost. Secondo l'interpretazione dell'art. 22 cpv. 4 LParl, le disposizioni 39

«normative» sono quelle che impongono obblighi, conferiscono diritti o stabiliscono competenze in modo direttamente vincolante e in modo generale e astratto. Tra queste possono rientrare anche «atti legislativi puramente costitutivi e organizzativi» come la LFFE. Data la complessità degli attuali progetti infrastrutturali, nella pratica è spesso necessaria una regolamentazione legale. In ogni caso, la distinzione tra disposizioni legislative e altri decreti si rivela spesso difficile.

40 Una legge federale può essere necessaria in particolare quando, secondo i principi relativi al livello normativo (cfr. in particolare l'art. 164 cpv. 1 Cost.), è richiesta una base legale formale. Ciò può essere necessario, ad esempio, in caso di grave violazione dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 36 cpv. 1 Cost. o in caso di riscossione di imposte. Inoltre, in caso di limitazione dei diritti costituzionali ai sensi dell'art. 164 cpv. 1 lett. b Cost. e negli altri casi di cui all'art. 164 cpv. 1 Cost., le disposizioni fondamentali devono comunque essere disciplinate in una legge federale.

41 Se invece, secondo questi criteri, non si tratta di disposizioni legislative e, in particolare, non è necessaria una legge federale, può essere emanato un decreto federale. Ci si chiede se tale decreto debba essere emanato sotto forma di semplice decreto federale (art. 29 cpv. 1 LParl in combinato disposto con l'art. 163 cpv. 2 Cost.) o di decreto federale soggetto a referendum (art. 29 cpv. 2 LParl in combinato disposto con l'art. 163 cpv. 2 Cost.).

42 Secondo la formulazione – in parte fortemente criticata – dell'art. 29 cpv. 2 LParl, ciò dipende dal fatto che la Costituzione federale o una legge federale forniscano una base legale per il decreto. Se si fa ricorso alla competenza legislativa complementare derivante dall'art. 81 Cost. (cfr. sopra N. 13 segg.) e si emana dapprima una legge federale, per gli ulteriori dettagli è possibile ricorrere a un semplice decreto federale.

43 Se però non esiste una base legale specifica, si pone la questione se l'art. 81 Cost. costituisca di per sé una base sufficiente nella Costituzione o se il decreto federale debba essere sottoposto al referendum (facoltativo). Partendo dal presupposto che l'art. 81 Cost. conferisce una competenza amministrativa che deriva direttamente dalla Costituzione (cfr. supra N. 11), è logico applicare l'art. 29 cpv. 1 LParl e quindi optare per un semplice decreto federale. Nella dottrina più recente si sostiene invece che l'indeterminatezza dell'art. 81 Cost. non consente di considerarlo, ai sensi dell'art. 29 cpv. 2 LParl,

una base sufficiente per una decisione concreta; pertanto, in ottemperanza al principio di legalità, è necessaria una decisione soggetta a referendum.

Se si interpreta l'articolo 29 capoverso 2 LParl alla luce dell'articolo 5 capoverso 1 Cost., , secondo il suo scopo si può rinunciare al referendum solo se il popolo ha avuto la possibilità di votare un referendum al momento della creazione della base legale nella Costituzione federale o in una legge federale (art. 140 cpv. 1 lett. a Cost. o facoltativamente secondo l'art. 141 cpv. 1 lett. a Cost.). Nel caso dell'art. 81 Cost., tuttavia, ciò è in gran parte inefficace a causa della sua indeterminatezza e della molteplicità dei casi di applicazione possibili. Il principio costituzionale di legalità è soddisfatto solo se il provvedimento è sottoposto a referendum. 44

La prassi dell'Assemblea federale è molto disomogenea. Così, misure basate sull'art. 81 Cost. (rispettivamente sulle disposizioni che lo hanno preceduto) sono già state emanate sotto forma di legge federale, decreto federale soggetto a referendum e decreto federale semplice. 45

*L'autore*

*Il Prof. Dr. iur. Markus Schreiber è assistente professore di diritto pubblico e blockchain presso lo Zug Institute for Blockchain Research (ZIBR) dell'Università di Lucerna.*

*Ringraziamenti*

*L'autore ringrazia Sanna Neuhauser per il supporto nella ricerca bibliografica e nella revisione anonima tra pari, nonché gli editori Prof. Dr. Odile Ammann e Dr. Stefan Schlegel per la revisione critica del manoscritto e gli utili commenti.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Beyeler Martin/Diebold Nicolas, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Die Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 17.10.2010, BBl 2010 8665.

Dörr Oliver, Vierter Beratungsgegenstand, 1. Referat: Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: Vereinigung der Deutschen

Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht, Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrerin Greifswald vom 2. bis 5.10.2013, Berlin 2014.

Hauser Petra Martina Hedwig, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Zürich 2009.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020, Band 3, S. 2283-2308.

Ruch Alexander, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Auflage, Zürich 2001, S. 929-942 (Hinweis: Dieses Kapitel findet sich nicht in der konzeptionell stark veränderten zweiten Auflage).

Vogel Stefan, Rechtsgutachten zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain, Fällanden 19.8.2016 (zit. Vogel, Rechtsgutachten CST).

## BIBLIOGRAFIA

Affolter Sian/Epiney Astrid/Prantl Janine, Rechtliche Vorgaben für die CO2-Speicherung im Untergrund – EU-Recht, Rechtsvergleich und Implikationen für das Schweizer Recht, Zürich 2024.

Auer Andreas, Les actes de l'Assemblée fédérale et les droits populaires, LeGes 3 (2000), S. 61–70.

Baumann Phil, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Zürich et al. 2019.

Beyeler Martin/Diebold Nicolas, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar - Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Bundesamt für Justiz, Rechtsgrundlagen für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, Gutachten 22. Dezember 2011.

Dubey Jaques, Kommentierung zu Art. 36 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Dziejarski Bartosz/Krzyżyńska Renata/Andersson Klas, Current status of carbon capture, utilization, and storage technologies in the global economy: A survey of technical assessment, 342 Fuel 2023 127776.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes 3 (2000), S. 13–27.

Gabrielli Paolo/Gazzani Matteo/Mazzotti Marco, The Role of Carbon Capture and Utilization, Carbon Capture and Storage, and Biomass to Enable a Net-Zero-CO2 Emissions Chemical Industry, 59 Industrial & Engineering Chemistry Research 15 (2020), S. 7033–7045.

Hauser Petra Martina Hedwig, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Zürich 2009.

Heß Alfred, Die Eisenbahnfinanzen, in: Ein Jahrhundert Schweizer Bahnen 1847-1947. Jubiläumswerk des Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartementes in fünf Bänden, Thiessing René (Hrsg.), Erster Band: Allgemeines - Geschichte - Finanzen - Statistik - Personal, Frauenfeld 1947, S. 417-454.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 3, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 2283–2308.

Jagmetti Riccardo, Kommentierung zu Art. 23 BV 1874, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler

Dietrich, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Lfg. 6, Basel/Zürich/Bern 1996.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 87 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 91 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kessler, Martin A., Kommentierung zu Art. 58 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019.

Kost Gregor, Präventiver Hochwasserschutz durch Bundesrecht unter besonderer Berücksichtigung raumplanerischer Hochwasserschutzmassnahmen und der Hochwasserschutzfunktion der Gewässerräume sowie Fragen im Zusammenhang mit Enteignungen, Luzern 2019.

Lehmann Lorenz/Zimmermann Rahel, Technologien zur CO2-Abscheidung, Entnahme und Speicherung in der Schweiz: Neue gesetzliche Entwicklungen und deren Lücken, Umweltrecht in der Praxis (URP) 5 (2023), S. 465–482.

Mahon Pascal, L'article 163 de la Constitution et les «autres» actes de l'Assemblée fédérale, LeGes 3 (2000), S. 41–59.

McLaughlin Hope/Littlefield Anna A./Menefee Maia/Kinzer Austin/Hull Tobias/Sovacool Benjamin K./Bazilian Morgan D./Kim Jinsoo/Griffiths Steven, Carbon capture utilization and storage in review: Sociotechnical implications for a carbon reliant world, 177 Renewable and Sustainable Energy Reviews 2023 113215.

Moll Kurt, Das Gebot der Wirksamkeit im Alpenschutz - Evaluation in der Verlagerungspolitik, Bern 2016.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss - Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004, S. 159–163.

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 43a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar Bundesverfassung, Version 28.4.2024, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv43a.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Kommentierung zu Art. 29 ParlG, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Basel 2024.

Ostovari Hesam/Müller Leonard/Skocek Jan/Bardow André, From Unavoidable CO2 Source to CO2 Sink? A Cement Industry Based on CO2 Mineralization, 55 Environmental Science & Technology 2021, S. 5212–5223.

Richli Paul/Winistörfer Marc M., Entstehung und Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftsrechts in der Schweiz von 1848-2022, Bern 2024.

Ruch Alexander, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Hrsg.: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, Zürich et al. 2001, S. 929–942.

Seidel Kurt, Das grosse Buch der Furka-Oberalp-Bahn - Wissenswertes u. Technisches, Ernstes und Heiteres aus der ereignisreichen Geschichte einer einzigartigen, zukunftsorientierten Schmalspurbahn der Schweizer Alpen, Mainz 1982.

Tschannen Pierre, Kommentierung zu Art. 163 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix/Schaffhauser René, Kommentierung zu Art. 91 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler

Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Vieweg Klaus, Reaktionen des Rechts auf Entwicklungen der Technik, in: Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?, Hrsg.: Schulte Martin, Heidelberg 1997, S. 35–54.

Vogel Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer - Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Zürich 2000 (zit. Vogel, Staat als Marktteilnehmer).

Vogel Stefan, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Vogel Stefan, Rechtsgutachten zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain, Fällanden 19.8.2016 (zit. Vogel, Rechtsgutachten CST).

Walther Reto, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar Bundesverfassung, Version 28.4.2024, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a.

Zindel Gaudenz G./Schott Bertrand G., Vorbemerkungen vor Art. 363 – 379 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019.

## I MATERIALI

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend einen Bundesbeitrag für die Maggiabrücke bei Ascona (Tessin) vom 15.11.1887, BBl 1887 IV 508, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1887/4_508__/de, besucht am 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung zum revidirten Bundesgesetz über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 16.6.1871, BBl 1871 II 647, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1871/2_647__/de, besucht 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Anschluss der Ost- und Westschweiz an das europäische Eisenbahn-Hochleistungsnetz (HGV-Anschluss-Gesetz) vom 26.5.2004, BBl 2004 3743, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/659/de, besucht am 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den unterirdischen Gütertransport vom 28.10.2020, BBl 2020 8849, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2362/de, besucht 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, Bern 1996, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 16.10.2025.

Revisionskommission, Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung, vom 8. April 1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Beilage zum Theil IV des Abschieds der ordentlichen Tagsatzung von 1847. Litt. C, Bern 1848, https://doi.org/10.3931/e-rara-24304, besucht am 16.10.2025.

Staatspolitische Kommission des Nationalrates, Parlamentarische Initiative - Parlamentsgesetz (PG), Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, BBl 2001 3467, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2001/3467.pdf, besucht am 16.10.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 96 cpv. 1 Cost.

Un commentario di Andreas Heinemann

CITAZIONE SUGGERITA

Andreas Heinemann, Commentario all'art. 96 cpv. 1 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Heinemann, art. 96 cpv. 1 Cost. N. XXX.

**Art. 96 Politica di concorrenza**

[1] La Confederazione emana prescrizioni contro gli effetti economicamente o socialmente nocivi di cartelli e di altre forme di limitazione della concorrenza.

# STRUTTURA

I. Concezione generale dell'articolo 96 Cost. e posizione nella Costituzione economica ..... 951
A. Struttura dell'articolo 96 Cost. ..... 951
B. Riferimento alla libertà economica e al mercato interno ..... 952
C. Tutela dei consumatori ..... 953
D. Altri riferimenti costituzionali ..... 953
E. Struttura della presentazione ..... 954
II. Genesi dell'articolo 96 capoverso 1 Cost. ..... 954
A. I «nuovi» articoli economici del 1947: il «vecchio» articolo sui cartelli ..... 954
B. L'articolo sulla concorrenza della Costituzione federale riveduta ..... 956
III. Contesto ..... 959
A. Portata dell'articolo 96 capoverso 1 Cost. ..... 959
B. I concetti di «principio dell'abuso» e «principio del divieto» ..... 960
C. Impegno al principio dell'abuso? ..... 962
D. Conclusione ..... 965
IV. Commento in senso stretto ..... 965
A. «adotta» ..... 965
B. «Disposizioni» ..... 966
C. «Effetti pregiudizievoli» ..... 967
D. «dannoso dal punto di vista economico o sociale» ..... 970
E. «di cartelli e altre restrizioni della concorrenza» ..... 971
F. «contro» ..... 973
G. Prospettive ..... 974
Letture consigliate ..... 975
Bibliografia ..... 976
I materiali ..... 980

# I. CONCEZIONE GENERALE DELL'ARTICOLO 96 COST. E POSIZIONE NELLA COSTITUZIONE ECONOMICA

## A. Struttura dell'articolo 96 Cost.

L'articolo 96 Cost. riunisce in un unico articolo le competenze federali relative a tre importanti materie di diritto economico: il capoverso 1 della disposizione riguarda il **diritto dei cartelli**, la lettera a capoverso 2 il **diritto di sorveglianza dei prezzi** e la lettera b capoverso 2 il **diritto contro la concorrenza sleale**. Nella vecchia Costituzione federale questi tre ambiti erano distribuiti in diverse disposizioni: la competenza in materia di diritto dei cartelli era sancita dall'articolo 31$^{bis}$ capoverso 3 lettera d aCost, che era stato adottato nel 1947 come uno dei «nuovi articoli economici». L'art. 31$^{septies}$ aBV sulla sorveglianza dei prezzi risaliva a un'iniziativa popolare approvata nel 1982. La competenza federale in materia di diritto contro la concorrenza sleale non era invece disciplinata in modo specifico, ma derivava, tra l'altro, dalla competenza in materia di regolamentazione dell'attività lucrativa di diritto privato (art. 31$^{bis}$ cpv. 2 aBV). 1

Il denominatore comune dei tre ambiti di competenza è il **riferimento alla concorrenza**. La Costituzione non definisce cosa si intende per concorrenza, ma lascia al legislatore il compito di precisarne i dettagli. Tuttavia, è possibile delineare una concezione preliminare dei tre ambiti come segue: mentre il diritto dei cartelli tutela la libertà e l'efficacia della concorrenza, il diritto contro la concorrenza sleale mira a garantire l'equità nel processo economico. Il diritto antitrust combatte quindi il «raffreddamento» della concorrenza, ovvero le restrizioni che ne impediscono il corretto funzionamento, mentre il diritto contro la concorrenza sleale combatte il «surriscaldamento», ovvero gli eccessi che ne compromettono il corretto funzionamento. Il diritto di sorveglianza dei prezzi, essendo incentrato sul potere di mercato, è sistematicamente attribuibile al diritto antitrust e tutela gli operatori del mercato da carenze concorrenziali in materia di prezzi. In base al mandato legislativo specifico di cui all'articolo 96 capoverso 2 lettera a Cost., esso costituisce un pilastro autonomo della politica della concorrenza. La classificazione giuridica nel capoverso 2 insieme al diritto contro la concorrenza sleale non è convincente, dato il carattere antitrust della sorveglianza dei prezzi. 2

3 L'articolo 96 Cost. intitolato «Politica in materia di concorrenza» può quindi essere definito nel suo complesso come un **articolo sulla concorrenza**, composto da un **articolo sui cartelli** (art. 96 cpv. 1 Cost.), un **articolo sulla sorveglianza dei prezzi** (art. 96 cpv. 2 lett. a Cost.) e un **articolo sulla concorrenza sleale** (art. 96 cpv. 2 lett. b Cost.). Dal punto di vista tipologico, l'articolo 96 Cost. è una norma di competenza oggettivamente limitata con effetto derogatorio a posteriori, che attribuisce alla Confederazione la competenza (legislativa) nei settori citati. Nella misura in cui la Confederazione non fa uso della sua competenza legislativa, la competenza rimane ai Cantoni. Nel settore del diritto dei cartelli e della sorveglianza dei prezzi, il legislatore federale ha fatto uso esaustivo della sua competenza, cosicché non rimane spazio per un diritto cantonale in materia di cartelli o di sorveglianza dei prezzi. Lo stesso vale per il diritto contro la concorrenza sleale, con la differenza che in questo caso i Cantoni hanno mantenuto le competenze pertinenti nel settore della polizia del commercio.

## B. Riferimento alla libertà economica e al mercato interno

4 Il raggruppamento dei tre settori in un unico articolo sottolinea l'importanza della tutela della concorrenza nel quadro generale dell'ordinamento economico. Esiste uno stretto legame con la **libertà economica** garantita dall'articolo 27 della Costituzione federale e dall'articolo 94 della Costituzione federale: da un lato, l'iniziativa imprenditoriale deve essere protetta dalle restrizioni statali. Dall'altro, le imprese non devono danneggiare la concorrenza con cartelli o altre restrizioni della concorrenza né distorcerla con comportamenti sleali. Entrambe le finalità di protezione convergono quando la concorrenza è limitata da imprese pubbliche. Dal principio della neutralità della concorrenza deriva che il diritto antitrust si applica in egual misura alle imprese private e a quelle pubbliche. L'affermazione talvolta riportata secondo cui il diritto antitrust ha la funzione di combattere le restrizioni «private» della concorrenza è quindi riduttiva. In generale, si tratta di restrizioni della concorrenza da parte di imprese (nel campo del diritto contro la concorrenza sleale anche da parte di altri attori del mercato), siano esse private o pubbliche. Il legislatore costituzionale conferisce al legislatore il compito di costituire, nel settore dell'economia, un ordine economico basato sul **principio della concorrenza**.

Anche l'articolo 95 Cost., in particolare il suo capoverso 2, serve a eliminare le restrizioni pubbliche al commercio. Uno spazio economico svizzero uniforme mira ad abolire le restrizioni intercantonali. La creazione di un mercato interno a livello nazionale serve a realizzare la libertà economica. La legge sul mercato interno attua queste disposizioni. 5

## C. Tutela dei consumatori

Esiste anche uno stretto legame con la **tutela dei consumatori**. Solo con una concorrenza funzionante i consumatori possono beneficiare di prodotti il più possibile economici, di alta qualità e innovativi. L'economia competitiva garantisce la **sovranità dei consumatori**, concedendo quindi agli attori alla fine della catena del valore la decisione su ciò che viene prodotto nell'economia nazionale. Se il meccanismo della concorrenza è perturbato da restrizioni o distorsioni, i consumatori perdono la loro sovranità. A causa di questo stretto legame, il progetto di Costituzione del 1995 prevedeva ancora di integrare la competenza federale in materia di protezione dei consumatori nell'articolo sulla concorrenza (art. 78 cpv. 3 LP 95). Tuttavia, poiché le questioni relative alla protezione dei consumatori vanno oltre quelle della concorrenza, alla fine si è optato per un articolo dedicato alla protezione dei consumatori, ovvero l'articolo 97 Cost. Occorre comunque tenere sempre presente l'interazione tra concorrenza e protezione dei consumatori: la tutela della concorrenza protegge anche i consumatori. E consumatori ben informati garantiscono che la concorrenza possa svolgere le sue funzioni. 6

## D. Altri riferimenti costituzionali

L'economia di mercato non è uno stato naturale, ma richiede diverse **garanzie** per la sua realizzazione. La proprietà deve essere garantita (art. 26 Cost.), sia quella privata e acquisita in base al diritto pubblico, sia quella intellettuale. Deve vigere la libertà contrattuale, che è compresa nel diritto fondamentale e nel principio della libertà economica. Lo stesso vale per il diritto di unire le forze e i mezzi di molti, ad esempio nelle società. Il buon funzionamento dell'economia di mercato dipende da una moneta stabile (cfr. art. 99 Cost. e la LBN). Infine, deve vigere l'uguaglianza giuridica (art. 8 Cost.). 7

Esistono anche tensioni tra il principio della concorrenza e singole disposizioni costituzionali. L'articolo 28 della Costituzione garantisce ai lavoratori e ai datori di lavoro la **libertà di coalizione**, ossia il diritto di 8

negoziare collettivamente le condizioni di lavoro e di concludere contratti collettivi di lavoro. Se le parti sociali non superano questi limiti, il diritto antitrust non è applicabile e il meccanismo della concorrenza è sospeso.

9 Infine, la Costituzione federale contiene, all'interno e all'esterno della sezione dedicata all'economia, numerosi **settori politici** e **settori economici** per i quali sono state stabilite norme speciali, ad esempio in materia di lavori pubblici e trasporti (art. 81 segg. Cost.), energia e comunicazioni (art. 89 segg. Cost.), agricoltura (art. 104 Cost.) e all'abitazione, al lavoro, alla sicurezza sociale e alla salute (art. 108 segg.). Solo in casi relativamente rari queste disposizioni consentono alla Confederazione di derogare al principio della libertà economica (cfr. ad esempio l'art. 104 cpv. 2 Cost.). Ciò non comporta tuttavia l'abolizione del principio della concorrenza; ad esempio, le misure devono rispettare il principio della neutralità della concorrenza.

### E. Struttura della presentazione

10 Le tre materie normative menzionate nell'articolo 96 Cost., ossia il diritto in materia di cartelli, di sorveglianza dei prezzi e di lealtà delle prestazioni, mirano a **tutelare una concorrenza efficace e non falsata** o a correggere sviluppi negativi qualora la concorrenza sia già stata danneggiata. Lo fanno in modi diversi e con strumenti diversi, per cui le tre competenze federali integrate nell'articolo sulla concorrenza sono presentate separatamente di seguito. In conformità con l'ordine previsto dall'articolo costituzionale, la presentazione dell'**articolo sui cartelli**, ossia dell'articolo 96 capoverso 1 Cost., figura all'inizio.

## II. GENESI DELL'ARTICOLO 96 CAPOVERSO 1 COST.

### A. I «nuovi» articoli economici del 1947: il «vecchio» articolo sui cartelli

11 Con i **«nuovi articoli economici»** inseriti nella Costituzione federale nel 1947 si intendeva creare le basi costituzionali per misure che fino ad allora erano state fondate sul diritto di emergenza. Tra questi figurava l'art. 31$^{bis}$ aBV, che all'atto della sua introduzione conferiva alla Confederazione, al capoverso 2, la competenza di emanare norme sull'esercizio delle professioni e di adottare misure di promozione, purché nel rispetto della libertà di commercio

e di industria. L'articolo 31bis aCost. prevedeva tuttavia alcune deroghe al paragrafo 3: se l'interesse generale lo giustificava, la Confederazione era autorizzata ad emanare «se necessario in deroga alla libertà di commercio e di industria» determinate norme, tra cui, secondo la lettera d, anche disposizioni «contro gli effetti economici o sociali dannosi dei cartelli e delle organizzazioni analoghe».

Il messaggio relativo ai nuovi articoli sull'economia ha fissato il **contesto storico**. Secondo il messaggio, le associazioni e i cartelli, con una «rete di legami e restrizioni», avevano «di fatto in gran parte annullato la libertà di commercio e di industria». In un processo di formazione delle associazioni durato circa 100 anni, era stata creata un'associazione per ogni professione. La formazione delle associazioni avrebbe «in gran parte eliminato uno dei presupposti fondamentali del liberalismo economico, ovvero che la vita economica è un libero gioco di forze individuali di forza approssimativamente uguale, i cui interessi si compensano reciprocamente sul mercato». Per contrastare questi fenomeni, era necessario conferire alla Confederazione la competenza di emanare norme contro i cartelli e le organizzazioni simili. 12

Per comprendere la **tendenza al cartellismo** dell'economia svizzera, è necessario fare riferimento alla linea favorevole ai cartelli seguita dal Tribunale federale in questi decenni. Fondamentale è la sentenza del Tribunale federale nel caso del panettiere *Vögtlin* del 1896. Un panettiere che aveva abbassato i prezzi era stato boicottato dall'associazione dei panettieri. Il Tribunale federale ha stabilito che «la libera concordazione di un prezzo minimo al di sotto del quale i membri dell'associazione non possono vendere la loro merce [...] non viola di per sé né il buon costume né l'ordine giuridico generale», legalizzando così in linea di principio i cartelli. Ciò non ha tuttavia impedito al Tribunale federale di proteggere gli outsider in altro modo: l'appello al boicottaggio doveva essere qualificato come un danno illegittimo, ovvero come un attacco al diritto del commerciante al «rispetto della sua personalità». Si stabilì così un modello di base: valeva il principio della «libertà di cartellizzazione». Contro le forme più gravi (ad esempio il boicottaggio collettivo), il singolo era tuttavia protetto dal diritto della personalità. 13

I nuovi articoli sull'economia si basano su questo rapporto tra regola ed eccezione. In linea con il clima favorevole ai cartelli dell'epoca, il Consiglio federale affermava nel messaggio che «non si tratta di impedire o combattere il fenomeno dei cartelli in sé, ma solo di controllarli, in particolare 14

introducendo un certo obbligo di pubblicità e combattendo gli abusi e le degenerazioni che si verificano». Il rispetto per la «complessità e difficoltà» del problema era tale che qualsiasi dichiarazione «sulla definizione dettagliata di una futura legislazione sui cartelli» era considerata «prematura». L'inserimento di un articolo sui cartelli nell'allora Costituzione federale avvenne quindi **con riserva**.

15 Ci volle quindi fino al 1962 perché fosse approvata la prima legge sui cartelli, sostituita poi dalla legge sui cartelli del 1985. Attualmente è in vigore la legge sui cartelli del 1995, che nel frattempo è stata più volte riveduta. Mentre le leggi sui cartelli del 1962 e del 1985 possono essere qualificate come deboli sia dal punto di vista sostanziale che istituzionale, la **legge sui cartelli del 1995** è una legge moderna, coerentemente orientata alla tutela di una concorrenza efficace. Tutte e tre le leggi sui cartelli si basavano sull'articolo 31$^{bis}$ capoverso 3 lettera d aBV. Le modifiche apportate dal 2000 fanno riferimento all'articolo sulla concorrenza della nuova Costituzione federale, ovvero all'articolo 96 capoverso 1 BV. Il riferimento nel preambolo della legge sui cartelli è stato adeguato di conseguenza.

## B. L'articolo sulla concorrenza della Costituzione federale riveduta

16 La formulazione dell'articolo 96 capovers. 1 Cost. si rifà strettamente all'articolo 31$^{bis}$ capovers. 3 lett. d aCost., ma presenta **tre differenze** di notevole portata. In primo luogo, la Confederazione non è più semplicemente «competente» a legiferare in materia di cartelli, ma «adotta» tali disposizioni, è quindi tenuta a farlo. In secondo luogo, non si fa più riferimento agli effetti dannosi dei «cartelli e delle organizzazioni analoghe» (come nella vecchia Costituzione federale), ma a quelli dei «cartelli e delle altre restrizioni della concorrenza», eliminando così la restrizione di natura organizzativa (cfr. al riguardo N. 56 seg.). In terzo luogo, l'articolo 96 capovers. 1 Cost. si distingue per l'eliminazione delle aggiunte «se l'interesse generale lo giustifica» e «se necessario in deroga alla libertà di commercio e di industria».

17 Mentre le prime due modifiche devono essere discusse nel quadro del commento dettagliato (sotto N. 40 segg., N. 56 segg.), va qui sottolineato il significato dell'omissione citata. La vecchia Costituzione federale partiva dal presupposto che esistesse una contrapposizione tra la libertà di commercio e di industria da un lato e il diritto dei cartelli dall'altro. Se l'interesse generale

lo giustificasse e «se necessario», si poteva derogare alla libertà di commercio e di industria per porre rimedio agli eccessi del cartellismo (cfr. supra N. 14). Non erano quindi i cartelli, ma il diritto dei cartelli a essere interpretato come una deroga alla libertà economica.

18 L'articolo 96 capoverso 1 Cost. non contiene tali clausole restrittive. Secondo il messaggio concernente la nuova Costituzione federale, la frase introduttiva della vecchia Costituzione federale è «superflua e non deve essere ripresa nel progetto, poiché l'obiettivo della politica della concorrenza è garantire un ordinamento economico liberale». Poiché il diritto della concorrenza serve a «sostenere e rafforzare il principio della libertà economica», non sussiste **alcuna deroga al principio della libertà economica**, motivo per cui non è più necessaria la riserva che, se necessario, sia consentita una deroga a tale principio. Il diritto dei cartelli non limita la libertà economica in modo contrario ai principi fondamentali, ma ne esprime i limiti intrinseci.

19 Si è così affermata una dottrina che già in relazione al vecchio articolo sui cartelli sosteneva che l'applicazione del diritto dei cartelli non doveva essere considerata una deroga al principio della libertà di commercio e di industria. Già in precedenza, ad esempio, Zaccaria Giacometti aveva affermato che la libertà contrattuale è tutelata dal principio della libertà economica solo nella misura in cui il suo esercizio non pregiudica il sistema della libera concorrenza; in altre parole, le restrizioni all'autonomia privata a tutela del sistema della libera concorrenza sono compatibili con la libertà di commercio e di industria. Rinunciando alla riserva, la nuova Costituzione federale esprime chiaramente in questo senso che non esiste **alcuna contraddizione tra la legislazione sui cartelli e la libertà economica**. La lotta contro i cartelli e altre restrizioni della concorrenza, alla quale il legislatore non è più solo autorizzato, ma anche obbligato, non costituisce quindi una limitazione della libertà economica, ma serve a garantirla in modo duraturo. La libertà economica non comprende il diritto di abolire tale libertà mediante cartelli o altre restrizioni della concorrenza. Questa modifica riflette un cambiamento fondamentale nella concezione della libertà, che riconosce il **paradosso della libertà** in campo economico.

20 Questa pietra miliare nella filosofia antitrust ha ribaltato la prospettiva della politica della concorrenza. Non si tratta più solo di combattere gli eccessi del cartellismo (cfr. supra N. 14). Il legislatore costituzionale incarica piuttosto il legislatore di proteggere la libertà economica dall'autosoppressione. La

tolleranza nei confronti delle restrizioni della concorrenza, che era alla base del vecchio articolo sui cartelli, è sostituita da una **visione critica del cartellismo**.

21 È interessante notare che le valutazioni della letteratura sull'importanza di questo processo divergono notevolmente. Mentre alcuni considerano l'abolizione della frase introduttiva come un «cambiamento di paradigma», altri non attribuiscono particolare importanza alla modifica. A un esame più attento, tuttavia, non vi è alcuna differenza sostanziale. Per coloro che già in base alla vecchia Costituzione federale non vedevano nel diritto dei cartelli una deroga alla libertà di commercio e di industria, è logico non attribuire particolare importanza all'abolizione della riserva nel nuovo articolo sui cartelli. Questa posizione sembra essere stata quella maggioritaria dalla metà degli anni '80. Ma non tutti hanno seguito la nuova interpretazione, continuando a basarsi sul principio della libertà di concorrenza e vedendo nell'articolo e nella legislazione antitrust una «violazione del principio dell'autonomia economica privata». Poiché l'abolizione della frase introduttiva ha chiarito la questione a favore dell'opinione maggioritaria, al processo nel suo complesso dovrebbe essere attribuita **un'importanza fondamentale**.

22 Questa affermazione si riferisce alla dimensione istituzionale della libertà economica. Il *principio* della libertà economica (art. 94 cpv. 1 Cost.) va distinto dal *diritto fondamentale* alla libertà economica (art. 27 Cost.). Dal punto di vista dei diritti fondamentali, il diritto dei cartelli costituisce una restrizione della libertà economica garantita dall'art. 27 Cost., che è soggetta ai requisiti dell'art. 36 Cost. Da ciò non si può tuttavia dedurre che esista (ancora) una «**libertà di cartello**», per quanto limitata. Il diritto dei cartelli è piuttosto uno degli esempi di **collisione tra un diritto fondamentale e il principio della libertà economica**. Da un lato, il diritto dei cartelli costituisce una limitazione dei diritti fondamentali; dall'altro, sostiene e rafforza un ordine concorrenziale liberale, realizzando così il principio della libertà economica. L'articolo sul cartello (art. 96 cpv. 1 Cost.) risolve questa ambivalenza: chiarisce che la tutela della concorrenza efficace è un interesse pubblico ai sensi dell'articolo 36 capoverso 2 Cost., cosicché l'ingerenza nel diritto fondamentale è legittima se sono soddisfatte anche le altre condizioni di cui all'articolo 36 Cost. Per quanto riguarda il diritto costituzionale vigente, non si può quindi più parlare di **«libertà di concorrenza»**.

L'**iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)»**, presentata il 12 dicembre 2017, avrebbe aggiunto all'articolo 96 capoverso 1 Cost. una seconda frase con il seguente tenore: «Essa [scil. la Confederazione] adotta in particolare misure volte a garantire l'approvvigionamento non discriminatorio di beni e servizi all'estero e a impedire restrizioni della concorrenza causate dal comportamento unilaterale di imprese con potere di mercato.» Una disposizione transitoria nell'articolo 197 della Costituzione avrebbe obbligato il Consiglio federale ad emanare, entro l'entrata in vigore delle modifiche legislative, disposizioni esecutive che avrebbero inserito, tra l'altro, il concetto di potere di mercato relativo nel diritto dei cartelli e la garanzia di acquisti online non discriminatori nel diritto contro la concorrenza sleale. Il legislatore ha attuato gli obiettivi centrali dell'iniziativa per prezzi equi con la revisione della legge sui cartelli del 19 marzo 2021 (RU 2021 576). Di conseguenza, l'iniziativa è stata ritirata il 25 marzo 2021, cosicché l'articolo della Costituzione federale relativo ai cartelli è rimasto invariato. 23

## III. CONTESTO

### A. Portata dell'articolo 96 capoverso 1 Cost.

Al centro dell'articolo 96 capoverso 1 Cost. vi è la concorrenza come **istituzione**. Ciò non esclude tuttavia che dalla disposizione si possa dedurre anche una finalità di tutela individuale. La **tutela individuale** dei concorrenti e degli altri operatori economici è tuttavia garantita principalmente dall'articolo 27 Cost., che è quindi menzionato anche nel preambolo della legge sui cartelli. L'art. 96 cpv. 1 Cost. non si limita a conferire alla Confederazione la competenza legislativa in materia di diritto dei cartelli, ma aggiunge – contrariamente, ad esempio, alla norma di competenza per il diritto contro la concorrenza sleale di cui all'art. 96 cpv. 2 lett. b Cost. , aggiunge prescrizioni di contenuto: le norme da emanare devono essere dirette «contro gli effetti economici o sociali dannosi dei cartelli e delle altre restrizioni della concorrenza». L'art. 96 cpv. 1 Cost. costituisce quindi una **disposizione di competenza con una direttiva materiale**. 24

È controversa l'importanza da attribuire a questa direttiva. Una corrente tradizionalista ne deduce che il diritto svizzero in materia di cartelli deve essere soggetto al **principio dell'abuso**. Esso si distinguerebbe così dalla 25

maggior parte degli altri ordinamenti in materia di cartelli, che seguono il **principio del divieto**. A ciò si contrappongono opinioni secondo cui l'art. 96 cpv. 1 Cost. non contenga alcuna fissazione del principio dell'abuso, oppure che ritengono obsoleta, poco significativa o irrilevante la distinzione tra principio di divieto e principio dell'abuso. La discussione, talvolta condotta in modo piuttosto apodittico, risente del fatto che, in parte a causa di un'errata comprensione del concetto di abuso, vengono scelte definizioni divergenti che portano a confusione terminologica. Occorre quindi chiarire innanzitutto la terminologia.

## B. I concetti di «principio dell'abuso» e «principio del divieto»

26 Inizialmente vi era consenso sul significato del concetto di «principio dell'abuso» nel diritto dei cartelli. Ad esempio, nel messaggio relativo alla legge sui cartelli del 1962, il principio dell'abuso è descritto come segue: «Una legge sui cartelli deve in linea di principio consentire i cartelli e le organizzazioni simili e limitarsi a combatterne gli eccessi». Alla base di ciò vi è una **visione positiva dei cartelli**: essi sono accolti come una forma di organizzazione economica fondamentalmente positiva. Pertanto, essi rimangono inizialmente ammessi (proprio come le altre restrizioni della concorrenza); solo gli abusi della formazione di cartelli devono essere combattuti. Il principio dell'abuso corrisponde al riconoscimento di un principio di «**libertà dai cartelli**», che può essere violato solo in casi individuali giustificati. Sotto il dominio del principio dell'abuso, la concorrenza ha un valore secondario.

27 Ciò ha conseguenze sul **versante delle conseguenze giuridiche**: in un ordinamento antitrust che segue il principio dell'abuso, gli accordi di cartello sono inizialmente efficaci e diventano nulli solo quando un'autorità giudiziaria ha vietato il cartello con sentenza passata in giudicato (nullità *ex nunc*). In base al principio di divieto, invece, i contratti contrari al diritto antitrust sono nulli fin dall'inizio (nullità *ex tunc*). Questa terminologia era ben nota al legislatore della legge antitrust del 1995. Nel messaggio relativo alla LCart 1995 si legge: «Il principio dell'abuso non ammette la nullità ex tunc, ma solo quella ex nunc».

28 Per quanto riguarda le **sanzioni**, ne consegue che, poiché un comportamento diventa illegale secondo il principio dell'abuso solo nel momento in cui un'autorità giudiziaria lo vieta con decisione passata in giudicato, non possono

essere inflitte sanzioni dirette, poiché il comportamento cartellistico era legale in passato. Le sanzioni dirette sono invece compatibili con il principio del divieto: il comportamento era infatti contrario al diritto delle cartelli sin dall'inizio.

Una parte della dottrina attribuisce invece un **altro significato** al concetto di abuso: con principio dell'abuso si intende la direttiva sostanziale di cui all'art. 96 cpv. 1 Cost., secondo cui le norme antitrust devono mirare a contrastare gli effetti dannosi dei cartelli e delle altre restrizioni della concorrenza. Secondo questa dottrina, l'abuso consiste quindi negli effetti negativi di un comportamento concorrenziale. Il cambiamento concettuale serve evidentemente a questa parte della dottrina come ancora di salvezza per risolvere il suo problema fondamentale: l'articolo 96 capoverso 1 Cost. non parla di «abuso». In deroga al significato tradizionale, essi attribuiscono al concetto di abuso un significato consequenzialista, che è sì sancito dall'articolo costituzionale, ma che va distinto dalla categoria dell'«abuso». 29

È corretto distinguere tra **due coppie di categorie**, ovvero tra il principio di divieto e il principio di abuso da un lato e l'approccio basato sulla forma e quello orientato agli effetti dall'altro. Il principio di divieto e il principio di abuso dicono qualcosa sull'atteggiamento di fondo nei confronti dei cartelli e sul funzionamento delle norme antitrust (atteggiamento negativo vs. positivo nei confronti dei cartelli; divieto iniziale vs. divieto a posteriori), mentre la contrapposizione tra forma ed effetto riguarda i requisiti sostanziali dei reati antitrust (tipo di restrizione della concorrenza vs. effetto della restrizione della concorrenza). Che l'equiparazione tra il principio dell'abuso e l'approccio orientato agli effetti sia errata è dimostrato già da un rapido sguardo al diritto antitrust statunitense: L'approccio basato sugli effetti più marcato a livello mondiale è combinato con il principio di divieto. 30

L'equiparazione del principio dell'abuso all'approccio orientato agli effetti causa numerosi malintesi e, a causa dell'uso di una terminologia idiosincratica, compromette la comparabilità giuridica. Di seguito si distingue quindi tra due questioni. In primo luogo, occorre chiarire se l'articolo 96 capoversio 1 Cost. imponga al legislatore il **principio dell'abuso** (vedi subito dopo) e, in secondo luogo, occorre determinare in che misura le disposizioni costituzionali vincolino il legislatore a un **«approccio basato sugli effetti»** (vedi sotto N. 44 segg.). 31

## C. Impegno al principio dell'abuso?

32 Il principio dell'abuso è caratterizzato da un atteggiamento di fondo positivo nei confronti dei cartelli. Il messaggio del 1937 relativo al vecchio articolo sui cartelli (art. 31$^{bis}$ cpv. 3 lett. d aBV) era perfettamente in linea con lo spirito dell'epoca (cfr. supra N. 14). Tuttavia, essa chiariva al contempo che non si doveva anticipare la questione della concreta configurazione di un'eventuale legge sui cartelli. Occorre quindi distinguere tra l'ampio margine di manovra della Costituzione federale e la concreta configurazione da parte del legislatore ordinario. Le leggi sui cartelli del 1962 e del 1985 seguivano chiaramente il principio dell'abuso. Il legislatore della legge sui cartelli del 1995, che ha portato un cambiamento di paradigma verso la tutela della concorrenza efficace e ha quindi inaugurato una «nuova era della politica della concorrenza», ha espresso i primi dubbi. Il messaggio relativo alla legge sui cartelli del 1995 contiene da un lato una relativizzazione della legislazione in materia di divieto e abuso. In altri punti, tuttavia, il messaggio si dichiara espressamente a favore del principio dell'abuso. Nonostante questa ambivalenza, sembra corretto qualificare anche la **legge sui cartelli del 1995 come legislazione in materia di abuso**.

33 Secondo il parere qui sostenuto, tuttavia, con l'introduzione di sanzioni dirette dalla revisione della LCart del 2003, la legge sui cartelli è **passata al principio di proibizione**. Come già esposto, le sanzioni dirette non possono essere spiegate con il principio dell'abuso (cfr. supra N. 28). Inoltre, il Tribunale federale ha riconosciuto la nullità *ex tunc* dei contratti contrari al diritto dei cartelli, il che è anch'esso caratteristico del principio di proibizione (cfr. supra N. 27). Con queste due modifiche, la legge sui cartelli ha quindi abbandonato il principio dell'abuso.

34 Nel contesto costituzionale in esame, tuttavia, non si tratta di stabilire quale principio si applichi a livello di legge ordinaria, ma piuttosto se l'**articolo sulla concorrenza della nuova Costituzione federale** consenta una legislazione di divieto o, al contrario, contenga una codificazione del principio dell'abuso. Per rispondere a questa domanda occorre ricorrere ai metodi di interpretazione riconosciuti. Il **testo** dell'articolo 96 capoverso 1 Cost. non contiene il termine «abuso». **Dal punto di vista storico**, va ricordato che già l'articolo 31$^{bis}$ capoverso 3 lettera d aCost., ossia l'articolo sui cartelli della vecchia Costituzione federale, pur essendo improntato allo spirito antitrust dell'epoca, non intendeva porre limiti rigidi al legislatore. Il

nuovo articolo sui cartelli di cui all'articolo 96 capoverso 1 Cost. mostra da un lato determinazione: l'emanazione di una legge sui cartelli non è più lasciata alla discrezionalità del legislatore, ma diventa un obbligo. D'altro canto, il messaggio relativo al nuovo articolo sui cartelli afferma ancora più chiaramente rispetto al messaggio relativo al vecchio articolo che quest'ultimo non stabilisce prescrizioni sui «mezzi della politica in materia di cartelli», che il margine di manovra del legislatore in materia di cartelli è «considerevole» e che questi può ricorrere «anche in parte al mezzo del divieto di cartelli». Si tratta di una reazione diretta e di un chiaro rifiuto del principio precedentemente sostenuto del «divieto di legiferare in materia di divieti». È semplicemente escluso vietare in generale gli accordi di concorrenza in quanto tali. La genesi dell'articolo sui cartelli suggerisce quindi che esso è **agnostico in materia di principi**: il legislatore è libero di decidere se sottoporre il diritto dei cartelli (di obbligatoria adozione) al principio dell'abuso o a quello del divieto. Il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale non menziona nemmeno il concetto di abuso (nel contesto del diritto dei cartelli). È vero che nel messaggio relativo alla legge sui cartelli del 1995 si afferma che la Costituzione federale prescrive il principio dell'abuso, anche se tale affermazione è relativizzata in altri punti (cfr. supra N. 32). Tuttavia, una dichiarazione relativa alla legislazione ordinaria non può prevalere sulla normazione a livello costituzionale, che ha concesso al legislatore antitrust un ampio margine di manovra, compresa la possibilità di vieti parziali. Coloro che attribuiscono valore assoluto alla dichiarazione contenuta nel messaggio relativo alla legge sui cartelli del 1995 non tengono conto della gerarchia delle norme e trascurano inoltre che la dichiarazione contenuta nel messaggio sulla LCart si riferisce al vecchio articolo sui cartelli, mentre la dottrina più recente e la modifica della Costituzione del 2000 hanno portato a un cambiamento di paradigma verso una visione critica dell'economia dei cartelli (cfr. supra N. 18 ss.).

Da **un punto di vista sistematico**, va osservato che la Costituzione federale 35
utilizza il termine «abuso» in altri punti, ad esempio nell'articolo 13 capoverso 2, nell'articolo 96 capoverso 2 lettera a, nell'articolo 107 capoverso 1, nell'articolo 109 capoverso 1, nell'articolo 119 capoverso 1 e nell'articolo 120 capoverso 1 Cost. Se il legislatore costituzionale avesse voluto che il legislatore si limitasse a vietare gli abusi del cartello, avrebbe potuto formulare tale divieto in modo analogo alle disposizioni citate, come ha fatto ad esempio in materia di sorveglianza dei prezzi (art. 96 cpv. 2 lett. a Cost.:

«Prevenzione degli abusi nella formazione dei prezzi»), ma non nel diritto dei cartelli (art. 96 cpv. 1 Cost.). Anche se lo avesse fatto, le conseguenze non sarebbero state quelle articolate dai sostenitori del principio dell'abuso, che ritengono esclusi i divieti basati su tale principio: ad esempio, l'obbligo di proteggere contro gli abusi della tecnologia genetica di cui all'art. 120 cpv. 1 Cost. ha la funzione di distinguere ciò che è ammissibile da ciò che non lo è. Per l'attuazione, il legislatore può emanare divieti, come ha fatto negli articoli 6 e seguenti della LTG. Non sussiste alcuna contraddizione con il principio dell'abuso sancito dalla Costituzione per il diritto della tecnologia genetica. I divieti sono uno strumento per impedire gli abusi.

36 **Dal punto di vista teleologico**, è di fondamentale importanza che nella nuova Costituzione federale sia stata soppressa l'aggiunta secondo cui, se necessario, è possibile derogare alla libertà di commercio e di industria (cfr. già sopra N. 18 segg.). La libertà economica deve essere protetta dall'autolesionismo: non è più il diritto antitrust a essere identificato come problema, bensì i cartelli stessi. L'atteggiamento positivo nei confronti dei cartelli è sostituito dal riconoscimento dei limiti intrinseci della libertà economica. Il legislatore è ora tenuto ad emanare norme antitrust e quindi a tutelare la concorrenza efficace. È «tenuto a contrastare ogni forma di abuso di potere nel diritto privato». Anche l'obiettivo dell'articolo antitrust è quindi contrario a vincolare il legislatore a un rigido sistema di principi e a maggior ragione a un obbligo di applicare la dottrina dell'abuso favorevole ai cartelli.

37 In sintesi, si può affermare che l'articolo della Costituzione federale sui cartelli concede al legislatore un ampio margine di manovra: l'articolo 96 capoverso 1 Cost. è una **norma di finalizzazione** che impone al legislatore l'obiettivo di impedire i danni causati dai cartelli e da altre restrizioni della concorrenza, ma gli lascia ampia libertà nella scelta dei mezzi. Non vi è alcun riferimento al principio dell'abuso. Le disposizioni dell'articolo sulla concorrenza escludono solo un divieto generale dei cartelli con riserva di autorizzazione. Non sarebbe quindi conforme alla Costituzione introdurre un sistema di notifica e autorizzazione come quello in vigore nella Comunità europea fino al 2004. Ciò non cambia tuttavia l'importanza fondamentale della concorrenza che il legislatore federale è tenuto a proteggere. L'adozione di una «libertà antitrust», per quanto limitata, deve quindi essere respinta. Il legislatore ha piuttosto il compito di «proteggere il bene della concorrenza».

Di conseguenza, gli argomenti che invocano in generale il principio dell'abuso non trovano ascolto in tribunale. Il Tribunale federale e il Tribunale amministrativo federale non hanno ancora riconosciuto espressamente la validità del principio di divieto. Tuttavia, entrambi i tribunali respingono come **irrilevanti** le argomentazioni delle parti che fanno riferimento al principio dell'abuso. 38

## D. Conclusione

Il principio dell'abuso nel diritto dei cartelli significa che i cartelli sono riconosciuti come una **buona forma di organizzazione economica** e che pertanto si deve e si può intervenire solo contro gli abusi della formazione di cartelli. Secondo una parte della dottrina, il principio dell'abuso è tuttora vincolante per il legislatore in materia di cartelli dal punto di vista costituzionale. L'interpretazione metodologica dell'articolo della Costituzione federale relativo ai cartelli offre un quadro diverso: già l'art. 31$^{bis}$ cpv. 3 lett. d aBV, l'articolo della vecchia Costituzione federale relativo ai cartelli, era formulato in modo aperto al riguardo. Nonostante tutta la simpatia che all'epoca si nutriva per i cartelli, non si doveva anticipare la concreta configurazione delle future leggi in materia. Al più tardi con l'art. 96 cpv. 1 Cost., ossia il nuovo articolo sui cartelli, non vi è più alcun riferimento al principio dell'abuso. Il legislatore in materia di cartelli è sostanzialmente libero nella configurazione, se si prescinde dall'introduzione di un sistema di notifica e di autorizzazione (cfr. supra N. 37). 39

# IV. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. «adotta»

Gli articoli della Costituzione federale relativi alle competenze sono spesso formulati in modo tale che una determinata materia è «di competenza della Confederazione» (ad es. il diritto civile e il diritto di procedura civile secondo l'art. 122 cpv. 1 Cost., il diritto penale e il diritto di procedura penale secondo l'art. 123 cpv. 1 Cost.). In altri contesti, la Costituzione fa un passo avanti e prevede che la Confederazione «editi» norme su un determinato tema (cfr. ad esempio gli art. 38 cpv. 2, 74 cpv. 1, 80 cpv. 1 e 98 cpv. 1 e 3 Cost.). Quando ad esempio l'art. 98 cpv. 1 Cost. stabilisce che la Confederazione «adotta» norme 40

sul settore bancario e borsistico, ciò significa che essa è **tenuta ad adottare norme** e che la mancata regolamentazione non è un'opzione.

41 Lo stesso vale per l'articolo 96 capoverso 1 Cost. La disposizione *obbliga* il legislatore federale ad emanare norme in materia di diritto dei cartelli. La **questione dell'opportunità di una legislazione sui cartelli** non è quindi più a sua discrezione; è quindi escluso un «laissez faire» nella politica della concorrenza. Alla base di ciò vi è la consapevolezza che la concorrenza non si autoalimenta, ma è minacciata dall'autodistruzione attraverso la formazione di cartelli e monopoli (cfr. già sopra N. 19 segg.). Lo Stato ha quindi la responsabilità di mantenere il sistema concorrenziale.

## B. «Disposizioni»

42 L'articolo 96 capoverso 1 LCart obbliga il legislatore federale ad emanare «prescrizioni» in materia di diritto dei cartelli, lasciandogli **libertà nella tecnica legislativa**. La soluzione effettivamente scelta, ovvero una legge sui cartelli separata, non è prescritta dalla Costituzione. Sarebbe conforme alla Costituzione integrare il diritto dei cartelli in una legge che disciplini l'intero mercato, come ha fatto la Francia con il Code de commerce. Si potrebbe anche immaginare una legge che riunisca sotto lo stesso tetto il diritto antitrust in senso stretto e il diritto di sorveglianza dei prezzi, a condizione che la legge integrata sul cartello e sulla sorveglianza dei prezzi preveda uno strumento specifico di sorveglianza dei prezzi e l'istituzione di un sorvegliante dei prezzi. Sarebbe anche ipotizzabile riunire il diritto antitrust e il diritto contro la concorrenza sleale in un'unica legge, come hanno fatto alcuni paesi dell'Europa centrale e orientale durante la transizione all'economia di mercato. La Costituzione offre al legislatore un ampio margine di manovra in tali questioni di tecnica legislativa.

43 La differenza di formulazione tra l'articolo 96 capoverso 1 («edita prescrizioni») e capoverso 2 («adotta misure») è puramente terminologica. Essa non significa che la Confederazione possa intervenire nel settore del diritto dei cartelli (capoverso 1) solo a livello legislativo e non a livello amministrativo. Il legislatore ha infatti giustamente basato sull'articolo 96 capoversio 1 Cost. anche le disposizioni esecutive relative all'applicazione del diritto dei cartelli da parte delle autorità federali.

## C. «Effetti pregiudizievoli»

Ai sensi dell'articolo 96 capoversio 1 Cost., la Confederazione deve emanare prescrizioni contro gli «effetti pregiudizievoli» per l'economia nazionale o la società dei cartelli e delle altre restrizioni della concorrenza. Mentre il messaggio relativo alla disposizione precedente sottolineava ancora «che non si tratta di impedire o combattere il fenomeno dei cartelli in sé, ma solo di controllarli, in particolare introducendo un certo obbligo di pubblicità e combattendo gli abusi e gli eccessi», l'**orientamento del nuovo articolo sul cartello** è diverso: «L'articolo 1 non si pronuncia sui mezzi della politica in materia di cartelli. Il legislatore in materia di cartelli dispone di un ampio margine di manovra; in determinate circostanze può anche ricorrere in parte al divieto di costituire cartelli». Esso non può tuttavia vietare «gli accordi di concorrenza in quanto tali». 44

Anche se la formulazione «effetti pregiudizievoli» risale alla vecchia Costituzione federale, **il significato nel contesto della nuova Costituzione federale si è trasformato nel suo contrario**: mentre in origine i cartelli erano accettati e si parlava addirittura di «libertà dai cartelli», ora si tratta di impedire i cartelli e altre restrizioni della concorrenza (cfr. supra N. 36 seg.). La legge sui cartelli del 1995 ha anticipato il cambiamento costituzionale avvenuto pochi anni dopo, inserendo il riferimento agli effetti pregiudizievoli nell'articolo 1 LCart in un contesto favorevole alla concorrenza: secondo l'articolo relativo allo scopo della legge sui cartelli, l'obiettivo del diritto dei cartelli è quello di «promuovere la concorrenza nell'interesse di un ordine economico liberale basato sul libero mercato». Per ordine liberale non si intende la «libertà dai cartelli», bensì una libertà di concorrenza globale. Questa interpretazione era già stata sviluppata nella dottrina del diritto costituzionale per il vecchio articolo sui cartelli, ma è diventata diritto costituzionale vigente al più tardi con il nuovo articolo sui cartelli. I cartelli e l'abuso di potere monopolistico sono in linea di principio vietati perché producono effetti dannosi. Non può trattarsi di effetti irrilevanti. In linea con questo principio, la legge richiede quindi, in relazione agli accordi di concorrenza, almeno una «restrizione significativa» della concorrenza (art. 5 cpv. 1 LCart). Per il controllo delle concentrazioni si applica un criterio di intervento speciale (art. 10 cpv. 2 LCart). Per l'abuso di una posizione dominante non è invece necessaria una qualificazione speciale, poiché in tali casi la concorrenza è già indebolita proprio a causa della posizione dominante 45

e i mercati interessati devono quindi essere protetti da qualsiasi ulteriore pregiudizio.

46 Alcune voci in dottrina vanno oltre, deducendo dall'art. 96 cpv. 1 Cost. che il legislatore può vietare solo un comportamento che **nel singolo caso ha effetti pregiudizievoli**. La Costituzione obbligherebbe il legislatore e gli organi preposti all'applicazione del diritto ad adottare un «approccio basato sugli effetti». Alla Costituzione viene quindi attribuito il compito di risolvere i singoli casi da parte del legislatore e delle autorità preposte all'applicazione del diritto.

47 Questo punto di vista misconosce la funzione dell'articolo sulla concorrenza come norma di competenza costituzionale. Come risulta dai materiali, al legislatore viene **concesso un ampio margine di manovra** che include la possibilità di vietare (cfr. supra N. 34). L'«approccio basato sugli effetti» è un approccio sviluppato negli Stati Uniti dai rappresentanti della *Chicago School* e diffuso a partire dagli anni '70. Il legislatore costituzionale svizzero, sia quello dei nuovi articoli economici del 1947 (quando la *Chicago School* non esisteva ancora!) sia quello della Costituzione federale del 2000, era ben lungi dall'intenzione di sancire nella Costituzione federale una teoria concreta in materia di politica della concorrenza. Del resto, l'obiettivo principale della *Chicago School* era quello di applicare una maggiore analisi economica agli accordi di concorrenza verticale, ai comportamenti unilaterali e al controllo delle concentrazioni. Il divieto *per se* dei cartelli classici nel diritto antitrust statunitense è rimasto invariato e continua ad essere applicato con coerenza. Non è quindi lecito ricavare dall'articolo sul cartello un significato estraneo al legislatore costituzionale con il concetto di «approccio basato sugli effetti».

48 A favore di un'interpretazione restrittiva depone anche la discussione di principio sugli **obiettivi del diritto dei cartelli**. Occorre distinguere tra approcci utilitaristici, che mettono al centro l'obiettivo dell'efficienza, e concezioni deontologiche o sistemiche, che proteggono la concorrenza in sé («teoria della libertà di concorrenza»). L'«approccio basato sugli effetti» è un approccio orientato all'efficienza, che può essere attribuito alle descrizioni utilitaristiche degli obiettivi e che dagli anni '90 è stato promosso (ma non assolutizzato) dalla Commissione europea con lo slogan «more economic approach». Anche a distanza di decenni, non è chiaro in che misura il criterio dell'efficienza debba essere recepito nella normativa antitrust. Persino i principali esponenti della *Chicago School* erano dell'opinione che si dovesse

evitare di esagerare il criterio dell'efficienza. Molti elementi indicano che una sintesi tra le posizioni di principio è possibile e auspicabile. È del tutto improbabile che il legislatore costituzionale abbia voluto risolvere la controversia sui principi della politica della concorrenza e vincolare il legislatore antitrust a una determinata scuola di pensiero. Anche dalla discussione sugli obiettivi del diritto antitrust si può quindi dedurre che la Costituzione non impone un obbligo generale di adottare un «approccio basato sugli effetti».

49 La chiave per una corretta interpretazione del concetto di «effetti pregiudizievoli» si trova nel messaggio relativo alla legge sui cartelli del 1995: secondo tale messaggio, l'articolo della Costituzione federale sul cartello chiarisce che la legislazione in materia di concorrenza **non può perseguire fini arbitrari**, ma deve proteggere dagli effetti negativi dei cartelli e di altre restrizioni della concorrenza. La teoria del saldo vigente secondo le leggi sui cartelli del 1962 e del 1985, che riconosceva obiettivi di interesse pubblico non concorrenziali, è quindi esclusa. Per il resto, il riferimento agli effetti dannosi esprime un'ovvietà: nel formulare gli elementi costitutivi del reato di cartello, il legislatore si trova di fronte al compito di distinguere tra restrizioni della concorrenza dannose e innocue. Questo compito è talmente ovvio che l'articolo sulla concorrenza «quasi inutilmente» menziona gli effetti dannosi.

50 Spetta al legislatore ordinario eseguire il mandato dell'articolo sul cartello. A livello internazionale è consuetudine che gli elementi costitutivi del diritto antitrust prevedano una **combinazione di fattori formali e di efficacia**. Ciò si basa sull'esperienza che esistono comportamenti particolarmente anticoncorrenziali per i quali un'analisi più approfondita degli effetti sarebbe sproporzionata. La soluzione adottata dal legislatore svizzero in materia di cartelli, ovvero un sistema di fattispecie generali, presunzioni ed esempi di applicazione, si inserisce in questa evoluzione. Ciò è compatibile con le disposizioni dell'articolo della Costituzione federale sui cartelli. È invece la posizione opposta ad essere discutibile dal punto di vista costituzionale: la richiesta di effettuare un'analisi d'impatto completa in ogni singolo caso ignora il fatto che esistono comportamenti particolarmente pericolosi per i quali un'analisi d'impatto più approfondita è superflua. L'impiego delle risorse delle autorità antitrust per una verifica degli effetti in tali casi riduce il potenziale di perseguire altre restrizioni della concorrenza. L'assolutizzazione dell'analisi degli effetti vanifica quindi il requisito di cui all'articolo 96

capoverso 1 Cost., che prevede la messa a disposizione di strumenti efficaci per la tutela della concorrenza e la garanzia di un **«ordinamento concorrenziale funzionante»**.

51 In sintesi, ne consegue che la norma obiettivo dell'articolo 96 capoverso 1 Cost. non obbliga a effettuare una verifica degli effetti dannosi in ogni singolo caso, ma incarica il legislatore di emanare norme antitrust che garantiscano una **protezione efficace della concorrenza**, al fine di evitare danni all'economia e alla società. Il legislatore dispone di un ampio margine di manovra nella scelta o nella combinazione di elementi basati sulla forma e sugli effetti e può anche prevedere divieti parziali. Un divieto generale dei cartelli con riserva di autorizzazione (cfr. supra N. 37), che nessuno vorrebbe introdurre, è tuttavia escluso dall'articolo sui cartelli.

## D. «dannoso dal punto di vista economico o sociale»

52 Il dibattito sugli effetti dannosi dei cartelli e di altre restrizioni della concorrenza è generalmente condotto in termini economici. Si dimentica però che l'articolo sui cartelli fa riferimento in alternativa agli **«effetti socialmente dannosi»**. Nelle precedenti leggi sui cartelli gli aspetti sociali rivestivano un ruolo importante, poiché secondo la teoria del saldo allora vigente gli aspetti sociali dovevano essere inseriti in un *bilancio economico e sociale* globale e ponderati con gli interessi economici e gli aspetti della concorrenza. L'articolo 29 LCart 1985, che sanciva la teoria del saldo nel diritto positivo, citava gli effetti sulle regioni del Paese e gli interessi dei lavoratori e dei consumatori interessati come beni giuridici da ponderare. Con l'abolizione della teoria del saldo, gli aspetti sociali sono stati eliminati dalla procedura ordinaria in materia di cartelli, cosicché essi sono menzionati solo in relazione alla procedura di autorizzazione eccezionale da parte del Consiglio federale.

53 Una tale restrizione del significato non è conforme alla disposizione generale dell'articolo 96 capoverso 1 Cost. Il criterio della nocività sociale si applica in generale al diritto della concorrenza. Esso sottolinea la funzione **sociale del diritto dei cartelli**, che va oltre le funzioni economiche: esso mira a impedire l'accumulo e la concentrazione del potere economico nelle mani di singoli, poiché l'esperienza dimostra che i cartelli e i monopoli, nonché i loro rappresentanti, esercitano anche una grande influenza sulla formazione della volontà politica. L'impedimento di accordi restrittivi della concorrenza, di

abusi di potere di mercato e di concentrazioni restrittive della concorrenza ha quindi anche una dimensione sociale.

In particolare, già la semplice conclusione di accordi cartellari, e non solo la loro attuazione, crea un **clima favorevole ai cartelli**, che è veleno per l'economia concorrenziale. Il Tribunale federale ha infatti statuito, in un'interpretazione conforme alla Costituzione (richiamandosi all'articolo 96 Cost.), che «gli accordi, e non solo la pratica dei tipi di accordi di cui all'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart, creano un clima di ostilità alla concorrenza che è "economicamente o socialmente dannoso" per il funzionamento della concorrenza normale». Occorre quindi proteggere anche la concorrenza potenziale. 54

In definitiva, il riferimento ai danni sociali causati dalla formazione di cartelli crea un legame tra un'economia di mercato libera dai cartelli e la democrazia diretta: le decisioni devono essere prese a livello decentralizzato, nell'economia dai singoli attori a livello dei mercati, nella sfera politica in ultima istanza dai cittadini. La dimensione sociale del diritto antitrust crea quindi un legame con i principi fondamentali dello Stato e sottolinea l'importanza del mandato conferito al legislatore dall'articolo 96 capoverso 1 Cost. di creare un ambiente favorevole alla concorrenza. 55

## E. «di cartelli e altre restrizioni della concorrenza»

Il **vecchio articolo sui cartelli** menzionava solo «cartelli e organizzazioni simili». In origine, la legislazione doveva quindi riguardare solo i cartelli in senso stretto (cioè gli accordi tra concorrenti che limitano la concorrenza, ovvero gli accordi orizzontali) e le organizzazioni simili. Secondo il messaggio relativo ai nuovi articoli sull'economia, ciò avrebbe dovuto includere anche i trust. Nel corso del tempo, la disposizione è stata interpretata in modo più ampio. Il legislatore della legge sui cartelli del 1995 riteneva, ad esempio, che la formulazione consentisse in generale misure «contro le restrizioni private della concorrenza». Ciò includeva norme contro gli accordi verticali di concorrenza (vale a dire quelli tra imprese operanti a diversi livelli del mercato, ad esempio i contratti di distribuzione), l'abuso di potere di mercato e le concentrazioni anticoncorrenziali, ossia le restrizioni della concorrenza che non rientrano necessariamente a prima vista nella nozione di «cartelli e organizzazioni simili». 56

57 Nel **nuovo articolo sui cartelli** è stata completamente superata la restrizione di natura organizzativa. Il diritto dei cartelli non deve più limitarsi ai «cartelli e alle organizzazioni analoghe», ma disciplinare in generale i «cartelli e altre restrizioni della concorrenza». Questa formulazione comprende tutti i comportamenti che rientrano abitualmente nella nozione di diritto dei cartelli, ossia le norme relative agli accordi di concorrenza (orizzontali e verticali), all'abuso di potere di mercato e al controllo delle concentrazioni. Inoltre, la formulazione è sufficientemente ampia da consentire l'introduzione di nuove disposizioni relative alle norme aziendali volte a contrastare le restrizioni della concorrenza contrarie alla funzione delle imprese. La disposizione sarebbe anche idonea come base per una sorveglianza dei prezzi nell'ambito della politica della concorrenza, se non fosse già disponibile una base di competenza specifica a tal fine nell'articolo 96 capoverso 2 lettera a LdC, che prevale in quanto norma più specifica. Ciò non esclude che le restrizioni della concorrenza relative ai prezzi rientrino anche nel diritto generale in materia di cartelli, ad esempio nel caso di cartelli sui prezzi o di abusi di posizione dominante da parte di operatori dominanti. Le violazioni della correttezza contrarie alla funzione sono invece materia del diritto contro la concorrenza sleale. A tal fine, l'articolo 96 capoverso 2 lettera b Cost. costituisce la base di competenza corretta.

58 Il diritto dell'UE prevede agli articoli 107 e seguenti TFUE un **controllo degli aiuti di Stato**, che costituisce il quarto pilastro del diritto europeo della concorrenza (insieme alle norme relative agli accordi restrittivi della concorrenza, all'abuso di posizioni dominanti e al controllo delle concentrazioni) nel capitolo dedicato alle «Regole di concorrenza». Il controllo degli aiuti non è tuttavia rivolto alle imprese, ma agli Stati membri che concedono le sovvenzioni o alle loro sottodivisioni e non costituisce quindi un diritto antitrust in senso stretto. Se il legislatore federale volesse introdurre un controllo delle sovvenzioni, l'articolo 96 capoverso 1 Cost. non costituirebbe quindi una base di competenza adeguata. Per le sovvenzioni cantonali e comunali è invece possibile invocare la competenza legislativa ai sensi dell'articolo 95 capoverso 2 Cost.; per le sovvenzioni federali si presume una competenza federale tacita.

59 Dall'obbligo del legislatore federale di emanare norme in materia di diritto dei cartelli (cfr. supra N. 40 seg.), combinato con la congiunzione «e» tra «cartelli» e «altre restrizioni della concorrenza» nell'articolo 96 capoverso 1 Cost.,

discorre che il legislatore deve emanare norme su **tutti i settori riconosciuti del diritto dei cartelli**. Esso non potrebbe quindi limitarsi a norme sui cartelli, tralasciando gli accordi verticali in materia di concorrenza. È altresì tenuto ad emanare norme sul comportamento unilaterale delle imprese e sul controllo delle concentrazioni.

Gli effetti dannosi dei «cartelli e delle altre restrizioni della concorrenza» possono essere evitati solo se le norme antitrust sono efficaci. Sia le norme di diritto sostanziale che le disposizioni relative alle istituzioni e alle procedure devono quindi essere concepite in modo tale da evitare o riparare i danni economici e sociali causati dai cartelli e dalle altre restrizioni della concorrenza. Per quanto riguarda il diritto sostanziale, le fattispecie non devono imporre requisiti eccessivi alle autorità preposte all'applicazione del diritto. Per quanto riguarda le istituzioni e le procedure, occorre distinguere tra **public** e **private enforcement**. Per l'applicazione del diritto pubblico devono essere disponibili autorità e tribunali dotati di risorse sufficienti e dei poteri necessari per garantire l'applicazione del diritto sostanziale entro un termine ragionevole. Un'applicazione efficace del diritto civile presuppone, tra l'altro, che non sussistano restrizioni alla legittimazione attiva contrarie al sistema e che i tribunali civili reagiscano alle particolari difficoltà probatorie nel diritto civile in materia di cartelli sfruttando appieno il margine di manovra a loro disposizione in materia di prova e di valutazione delle prove. Anche se l'articolo 96 capoverso 1 Cost. concede al legislatore un ampio margine di manovra, questi deve comunque sempre tenere conto del fatto che le norme in materia di diritto dei cartelli devono garantire una **protezione efficace della concorrenza**. Dall'articolo sul cartello si deduce quindi, come prescrizione vincolante per il legislatore e per chi applica la legge, il **principio di efficacia**: il diritto sostanziale e il diritto procedurale devono essere configurati, interpretati e applicati in modo tale che l'effettiva applicazione del diritto dei cartelli non sia resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile per via amministrativa o privata. 60

## F. «contro»

Le norme da emanare devono essere dirette «contro» gli effetti economici o sociali dannosi dei cartelli e delle altre restrizioni della concorrenza. Il legislatore non ha ripreso questa preposizione nel titolo della legge sui cartelli, ma ha scelto la formulazione «legge federale *sui* cartelli e altre restrizioni della 61

concorrenza». Il termine «sulle» è stato ripreso dalle leggi sui cartelli del 1962 e del 1985 e risale quindi a un'epoca in cui l'economia dei cartelli era vista in modo positivo. La legge sui cartelli del 1995 ha sì operato un cambiamento di rotta fondamentale a favore della protezione della concorrenza efficace, ma non ha espresso questa nuova orientazione nel titolo della legge. Gli effetti dannosi dei cartelli e delle altre restrizioni alla concorrenza vengono combattuti adottando norme «contro» di essi, come prescritto dall'articolo della Costituzione federale sui cartelli. Il legislatore è quindi chiamato a modificare il titolo della legge in «Legge federale contro i cartelli e altre restrizioni alla concorrenza», così come la LIG è denominata «Legge federale contro la concorrenza sleale».

## G. Prospettive

62 L'articolo sui cartelli del 2000 ha ribaltato i presupposti della politica della concorrenza: i cartelli non sono più riconosciuti come una buona forma di organizzazione, ma sono considerati una deviazione dalla libertà economica e quindi una minaccia all'ordine liberale dell'economia di mercato. Gli ambienti tradizionalisti contestano questo cambiamento di significato e si aggrappano a principi favorevoli ai cartelli che traggono dall'art. 96 cpv. 1 Cost. (vale a dire gli «effetti pregiudizievoli»), che la Costituzione federale del 2000 ha effettivamente ripreso dal periodo dei cartelli. Per evitare fin dall'inizio tali interpretazioni errate, è giunto il momento di **modificare l'articolo 96 capoverso 1 della Costituzione federale**. Si raccomanda di formulare la disposizione come segue: «La legislazione in materia di diritto dei cartelli e della concorrenza è di competenza della Confederazione». Spetta quindi al legislatore elaborare norme che attribuiscano il giusto peso all'interesse pubblico fondamentale di un'economia concorrenziale funzionante.

*L'autore*

*Il Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, economista diplomato, DIAP (ENA, Parigi), è titolare di una cattedra di diritto commerciale, economico ed europeo all'Università di Zurigo e professore ospite permanente all'Università di Losanna. La sua ricerca si concentra sul diritto economico svizzero, europeo e internazionale, con particolare interesse per il diritto dei cartelli e della proprietà intellettuale. È membro del consiglio di amministrazione e del comitato direttivo dell'Istituto europeo dell'Università di Zurigo (EIZ). Dal 2011 al 2022 ha fatto parte della Commissione svizzera della concorrenza, di*

*cui è presidente dal 2018. L'autore sarà lieto di ricevere commenti sul presente articolo all'indirizzo andreas.heinemann@ius.uzh.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zu Art. 96 BV).

Diebold Nicolas/Rütsche Bernhard, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, Zürich 2023.

Gerber David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998.

Heinemann Andreas, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43–73.

Heinemann Andreas, Artikel 96 Bundesverfassung – Schutz des Wettbewerbs, in: Weerts Sophie u.a. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 179–184.

Heinemann Andreas, Fortschritt und Rückschritt im schweizerischen Kartellrecht, ZSR 2023 I, 43–66.

Jacobs Reto, Art. 96 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Kley Andreas, Vor Art. 1 KG, in: Zächer Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

Martenet Vincent, Art. 96 LCart, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31$^{bis}$ BV, in: Aubert, Jean-François u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1991.

Rhinow René/Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch Roger/ Zweifel Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93–144.

Rhinow René/Gurovits András A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3, 592–617.

Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795–810.

Stoffel Walter, Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: Hänni Peter (Hrsg.), Mensch und Staat, FS Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 673–688.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Basel 2015.

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, 857–866.

## BIBLIOGRAFIA

Amstutz Marc/Carron Blaise, Art. 7 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Baldi Marino, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 316–322.

Baldi Marino/Borer Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz, WuW 1998, 343–356.

Baudenbacher Carl, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419–673.

Baudenbacher Laura Melusine, Vom gemeineuropäischen zum europäischen Rechtsmissbrauchsverbot, Baden-Baden 2016.

Baudenbacher Laura Melusine, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, Jusletter 30. Mai 2022.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birkhäuser Nicolas, Art. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Borer, Jürg, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011.

Bork Robert H., The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself, New York 1993.

David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012.

Dumont, Janine/Trüten, Dirk, Divergierende wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidungen, in: Kellerhals Andreas/Trüten Dirk (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz – Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich 2023, S. 508–516.

Errass Christoph, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006.

Gallmann Robert/Gersbach Andreas, Repetitorium Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017.

Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Gygi Fritz, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265–389.

Hänni Peter/Stöckli Andreas, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.

Hangartner Yvo, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, S. 439–441.

Heinemann Andreas, Demokratie und Marktwirtschaft – Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie – Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 121–134.

Heinemann Andreas, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht – Questions fondamentales en droit de la concurrence, Bern 2016, S. 7–33 (zit. Heinemann (2016), Erheblichkeit).

Heinemann Andreas, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016 I, S.v431–455.

Heinemann Andreas, Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss Helmut / Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 295–331.

Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2023.

Heinemann Andreas/Picht Peter G., Kartellrechtliche Methoden und wettbewerbspolitische Implikationen – ein Streifzug, in: Altwicker Tilman/Babusiaux Ulrike/Heiss Helmut/Hermstrüwer Yoan/Thier Andreas (Hrsg.), Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich 2025, S. 159–184.

Heizmann Reto A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005.

Hettich Peter, «Wirksamer Wettbewerb» – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

Hettich Peter, Art. 98 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Hilty Reto M., Art. 1 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013.

Kaiser Patricia S., Art. 96 Abs. 2 lit. a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv96abs2a (besucht am 15.8.2025)

Kobel Pierre, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, S. 1150–1162.

Künzler Adrian, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Tübingen 2008.

Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017.

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021.

Meier Martin, Ein «More Realistic Approach»?, Tübingen 2021.

Posner Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago 2001.

Reinert Mani, Art. 4 Abs. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Reymond Jean-Marc, Art. 6 LCart, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013.

Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

Richli Paul, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.

Rubin Bernhard, Art. 1 KG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Bern 2007.

Schluep Walter R.: in Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988

Schott Markus, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zürich 2010.

Schürmann Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994.

Smith Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Erstausgabe von 1776), Washington D.C. 1998.

Stoffel Walter R., Wettbewerbsabreden, in: Ducrey Patrik/Zimmerli Daniel (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2: Kartellrecht, 2. Aufl., Basel 2023, S. 69 – 192.

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse, Bern 2014.

Sullivan Lawrence A./Grimes Warren S./Sagers Christopher L., The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, 3. Aufl., St. Paul 2016.

Tercier Pierre/Martenet Vincent, Introduction générale, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013.

Thier Andreas, Schweizerische Kartellrechtstradition und «more economic approach», in: Sethe Rolf u.a. (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 621–645.

Thouvenin Florent, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Köln 2007.

Vallender Klaus A., Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, S. 677–686.

Vallender Klaus A./Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung (vor Art. 94 BV), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Weber Rolf H./Volz Stephanie, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2023.

Winiströrfer Marc M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung – Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021.

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, S. 857–866.

Zäch Roger/Heizmann Reto, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern 2023.

Zimmer Daniel (Hrsg.), The Goals of Competition Law, Cheltenham 2012.

## I MATERIALI

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1937/2_833_829_719/de, besucht am 15.8.2025.

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht vom 8.2.1957, BBl 1955 I 347 ff.,

abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1955/1_365__/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und andere Organisationen vom 18.9.1961, BBl 1961 II 553 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1961/2_553_549_1381/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9.9.1981, BBl 1981 III 342 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_342_314_295/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/1_468_472_389/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24.5.2023, BBl 2023, 1463 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1463/de besucht am 15.8.2025.

Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 96 cpv. 2 lett. a Cost.

Un commentario di Patricia S. Kaiser

CITAZIONE SUGGERITA

Patricia S. Kaiser, Commentario all'art. 96 cpv. 2 lett. a Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Kaiser, art. 96 cpv. 2 lett. a Cost. N. XXX.

**Art. 96 Politica di concorrenza**

[2] Prende provvedimenti:

a. per impedire abusi nella formazione dei prezzi da parte di imprese e organizzazioni di diritto pubblico e privato che hanno una posizione dominante sul mercato

# STRUTTURA

I. Contesto ..... 985
II. Storia dell'origine ..... 985
A. I primi controlli sui prezzi ..... 985
B. Iniziativa popolare "per la prevenzione dei prezzi abusivi ..... 985
1. Iniziativa popolare e controprogetto del Consiglio federale ..... 985
2. Il primo testo costituzionale ..... 986
C. Revisione costituzionale e nuovo Cost. ..... 986
II. Commento in senso stretto ..... 987
A. Potere di mercato e abusi nella determinazione dei prezzi (abuso di prezzo) ... 987
1. Terminologia del potere di mercato ..... 987
a. Evidenza costituzionale ..... 987
b. Indicazioni legali ..... 987
2. Distinzione tra potere di mercato e posizione dominante sul mercato ..... 989
3. Abusi nella determinazione dei prezzi (abuso di prezzo) ..... 990
a. Termine giuridico indeterminato ..... 990
b. Prezzo - casistica ..... 990
c. Esame degli abusi ..... 991
d. Prezzi bassi ..... 991
B. Società e organizzazioni di diritto privato e pubblico ..... 991
C. Forma organizzativa ..... 992
Letture consigliate ..... 993
Bibliografia ..... 995

# I. CONTESTO

L'articolo 96 Cost. costituisce la base di competenza per tre diverse competenze federali: il diritto dei cartelli (nell'al. 1), il diritto di sorveglianza sui prezzi (nell'al. 2 lett. a) e il diritto della concorrenza sleale (nell'al. 2 lett. b). Sebbene tutte e tre le competenze riguardino materie di diritto economico, si tratta tuttavia di ambiti normativi diversi. Prima della revisione totale della Costituzione federale, esse erano distribuite in articoli diversi. Qui vengono trattate in tre commenti separati. 1

# II. STORIA DELL'ORIGINE

## A. I primi controlli sui prezzi

La Svizzera aveva già effettuato controlli sui prezzi nel periodo tra le due guerre, durante la Seconda Guerra Mondiale e successivamente. Il controllo si basava sulla politica economica. Il decreto federale del 1972 mirava a far fronte al surriscaldamento dell'economia dell'epoca, che portava a un eccesso di domanda e quindi a una notevole inflazione. Senza un'adeguata base costituzionale, il periodo di validità di questo decreto federale - di conseguenza extra-costituzionale (art. 89bis cpv. 1 e 3 aBV) - fu limitato alla fine del 1975. A questo seguì il successivo decreto federale, che tuttavia dovette far fronte a una situazione mutata: la situazione economica si era raffreddata fino a diventare recessiva, mentre l'inflazione relativamente alta doveva ancora essere tenuta sotto controllo. 2

## B. Iniziativa popolare "per la prevenzione dei prezzi abusivi

### 1. Iniziativa popolare e controprogetto del Consiglio federale

Ispirate dal risultato positivo del decreto federale del 1975 nel referendum, le organizzazioni per la tutela dei consumatori lanciarono un'iniziativa popolare per l'istituzione permanente del controllo dei prezzi, non più come misura di politica economica, ma come misura motivata dalla politica della concorrenza. Il Consiglio federale, d'altro canto, ha contrastato l'iniziativa popolare con una controproposta che prevedeva un sistema di controllo dei prezzi motivato dalla politica economica e limitato alle fasi inflazionistiche. 3

Nel referendum del 28 novembre 1982, tuttavia, la maggioranza del popolo e dei cantoni votò a favore dell'iniziativa popolare e quindi di una motivazione di politica della concorrenza.

## 2. Il primo testo costituzionale

4 L'allora nuovo art. 31septies aBV recitava come segue:

*"Al fine di prevenire abusi nella determinazione dei prezzi, la Confederazione emana regolamenti per il monitoraggio dei prezzi e delle raccomandazioni di prezzo per beni e servizi di imprese e organizzazioni con potere di mercato, in particolare cartelli e entità simili a cartelli, ai sensi del diritto pubblico e privato. Tali prezzi possono essere ridotti se lo scopo lo richiede".*

4 Lo scopo di questa disposizione costituzionale era quello di prevenire l'aumento dei prezzi da parte dei cartelli e delle imprese e organizzazioni con potere di mercato a causa della mancanza di una concorrenza effettiva, ma non di creare concorrenza. Secondo il dispaccio, si tratta quindi di "una sorta di politica sostitutiva della concorrenza [...] che sostituisce il supervisore riconosciuto del miglior prezzo", ossia la concorrenza.

6 La creazione di concorrenza era riservata all'articolo sui cartelli (art. 31bis cpv. 3 lett. d aBV) e alla legislazione di attuazione. Questa disposizione costituzionale sarebbe stata sufficiente anche per l'istituzione del monitoraggio dei prezzi in termini di politica della concorrenza, in quanto forniva una base contro qualsiasi forma di effetti economicamente o socialmente dannosi dei cartelli e delle aziende con potere di mercato. Esisteva una competenza "parallela" del governo federale. Tuttavia, la nuova base creata dall'Art. 31septies aBV ha dato al legislatore federale un mandato legislativo specifico: garantire un monitoraggio efficace e rapido dei prezzi delle organizzazioni di mercato potenti. Ciò richiedeva un mandato specifico e quindi uno strumento molto specifico.

# C. Revisione costituzionale e nuovo Cost.

7 I due articoli distinti sono stati trasferiti nell'art. 96 cpv. 1 e cpv. 2 lett. a della Cost. del 18 aprile 1999. Quest'ultimo paragrafo, a sua volta, conferisce al legislatore federale il mandato vincolante di utilizzare uno strumento specifico di politica della concorrenza, ossia il monitoraggio dei prezzi, in

aggiunta allo strumento antitrust. L'art. 96 cpv. 2 lett. a Cost. è una competenza legislativa con successivo effetto derogatorio.

Sulla base delle regole generalmente applicabili per l'interpretazione degli articoli costituzionali, si deve continuare a ritenere che gli articoli antitrust e sul monitoraggio dei prezzi abbiano la stessa importanza. Pertanto, la revisione totale della Costituzione federale non ha modificato il significato indipendente dei due articoli per la Costituzione economica svizzera e il vecchio status giuridico è stato mantenuto. 8

## II. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Potere di mercato e abusi nella determinazione dei prezzi (abuso di prezzo)

### 1. Terminologia del potere di mercato

#### a. Evidenza costituzionale

Il presupposto per un'azione statale contro i prezzi abusivi è il potere di mercato di un'azienda o di un'organizzazione. Il termine potere di mercato (o l'aggettivo "potente sul mercato") viene utilizzato da Cost. solo nel paragrafo citato. Al di là di questo, tuttavia, il mercato è appena menzionato e viene utilizzato solo in agricoltura (art. 104). Anche la parola "potere" non ha un parallelo nel Cost. È menzionata solo nel contesto di "potere-politico o minaccia militare" nel contesto della difesa nazionale (art. 102). 9

#### b. Indicazioni legali

A livello normativo, la CartA ripete il concetto di potere di mercato nell'ambito di applicazione, ma non lo approfondisce. Tuttavia, all'art. 4 cpv. 2 menziona le "imprese dominanti sul mercato" e descrive il loro status nel senso che sono in grado di comportarsi in modo indipendente dagli altri partecipanti al mercato (concorrenti, fornitori o acquirenti) in misura significativa. 10

Anche la Legge sulla Sorveglianza dei Prezzi (LSPr) non affronta il concetto di potere di mercato nel suo campo di applicazione (art. 1 f.) e si limita a ripetere che si applica alle "società di diritto pubblico e privato con potere di mercato". 11

Per quanto riguarda il principio della politica di concorrenza di cui all'art. 12, invece, nel cpv. 1 si afferma che l'abuso dei prezzi può verificarsi solo "se i prezzi sul mercato rilevante non sono il risultato di una concorrenza effettiva". Il collegamento tra il concetto di potere di mercato e la mancanza di pressione concorrenziale o di sviluppo sostanziale della concorrenza è stato stabilito anche dal Tribunale Amministrativo Federale, che ha affermato che, in linea di principio, i prezzi che sono il risultato di una concorrenza effettiva non sono abusivi. E ha proseguito affermando che: "Questa comprensione [s]istematica economica di base deriva dalla Costituzione federale. La competenza della Confederazione ad adottare misure contro i prezzi abusivi è espressamente limitata agli abusi nella determinazione dei prezzi da parte di imprese e organizzazioni con potere di mercato (cfr. art. 96 cpv. 2 lett. a Cost.). Questa definizione di competenza, così come i diritti fondamentali della garanzia della proprietà (art. 26) e della libertà economica (27 Cost.), si basano su una concezione di base del sistema economico, che implica che i prezzi abusivi possono esistere solo se non c'è una concorrenza effettiva sul mercato interessato. Una concorrenza effettiva limita automaticamente la possibilità di fissare i prezzi a un livello non abusivo [...]". Anche se la "concorrenza effettiva" è quindi considerata il principio guida della politica di concorrenza, la LSPr deve tenere conto della precisazione che gli effetti della concorrenza devono riguardare i prezzi.

12 Mentre l'art. 94 Cost. - il principio dell'ordine economico - protegge la concorrenza privata dalla deformazione dello Stato, l'art. 96 Cost. si riferisce principalmente alla protezione della concorrenza da parte di privati: L'elemento unificante delle due norme costituzionali nella sezione comune sull'economia è quindi la protezione della concorrenza (si veda, tuttavia, il successivo n. 12). Le disposizioni non possono essere perfettamente separate e si completano a vicenda. La politica della concorrenza prevista dall'art. 96 Cost. è volta a garantire un ordine economico orientato alla concorrenza, il che significa che si armonizza in linea di principio con il principio della libertà economica (art. 94 Cost.). Anche la politica di concorrenza disciplinata dall'art. 96 Cost. è in linea con il principio della libertà economica (art. 27 Cost.). Pertanto, le prime - misure motivate dal diritto della concorrenza - possono anche limitare le seconde - posizioni protette dai diritti fondamentali: il metro di misura è l'art. 36 Cost. Questo sistema chiarisce che la politica di concorrenza ai sensi dell'art. 96 Cost. costituisce un interesse adeguato ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 Cost. e quindi una restrizione dei diritti

individuali. Da ciò la maggioranza della dottrina deduce che il paragrafo sul controllo dei prezzi protegge anche la concorrenza e quindi la protezione della concorrenza costituisce un interesse legittimo ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 Cost.

A mio avviso, tuttavia, il paragrafo sul controllo dei prezzi protegge il rovescio della medaglia della concorrenza effettiva: i consumatori privati e commerciali devono essere protetti dalle conseguenze di una mancanza di concorrenza. Il paragrafo sul controllo dei prezzi e di conseguenza la LSPr vengono applicati proprio quando la concorrenza è insufficiente, il che avviene principalmente per motivi legali (monopoli legali, ad esempio l'assicurazione degli edifici) o di fatto (monopoli naturali come la rete del gas). Tuttavia, è irrilevante che la concorrenza sia indesiderabile a causa di interessi pubblici prevalenti (ad esempio, nel settore agricolo) o meno (in cui il mercato potrebbe teoricamente svolgere un ruolo, ad esempio nel caso delle commissioni di transazione di Wordline, cfr. sezione 17). Pertanto, l'assenza di una concorrenza effettiva è una porta d'accesso per l'intervento dello Stato ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 Cost. 13

## 2. Distinzione tra potere di mercato e posizione dominante sul mercato

Il TAF ha affermato che esiste una piccola ma significativa differenza tra il monitoraggio dei prezzi e le indagini sugli abusi antitrust. Poiché la COMCO, a differenza del Sorvegliante dei prezzi, può imporre sanzioni amministrative per lo sfruttamento dei prezzi (art. 49a cpv. 1 CartA), il legislatore ha anche "fissato una soglia di intervento significativamente più alta". Per questo motivo, l'assenza di una concorrenza effettiva è sufficiente perché l'autorità di vigilanza sui prezzi possa intervenire nei casi di potere di mercato. La posizione dominante di mercato come potere di mercato qualificato, invece, è un prerequisito per l'intervento della COMCO ai sensi dell'art. 7 CartA. In questo senso, il potere di mercato ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 del CartA è un criterio per l'intervento, ma non per l'intervento. Ciò significa che la CartA si applica al potere di mercato (art. 2 cpv. 1), ma il reato di cui all'art. 7 CartA si applica solo in caso di posizione dominante sul mercato (oltre al potere di mercato relativo) in combinazione con una condotta illecita coperta dal reato. Ciò è in contrasto con la LSPr, per la quale il potere di mercato è il criterio di subordinazione decisivo e il prerequisito per l'intervento. Il potere di mercato 14

si colloca quindi "tra la normale influenza sul mercato e la posizione dominante sul mercato".

### 3. Abusi nella determinazione dei prezzi (abuso di prezzo)

#### a. Termine giuridico indeterminato

15 L'abuso di prezzo ("abuso nella determinazione dei prezzi"), menzionato anche nel testo costituzionale, è un concetto giuridico indefinito. Come già menzionato, la LSPr non riconosce una definizione legale di abuso di prezzo, ma lo collega alla concorrenza effettiva ed esclude l'abuso di prezzo se esiste (art. 12 cpv. 1 LSPr).

#### b. Prezzo - casistica

16 La LSPr "si applica ai prezzi di beni e servizi, compresi i prestiti. Sono esclusi i salari e le altre prestazioni derivanti dal rapporto di lavoro e dalle attività di prestito della Banca nazionale svizzera" (art. 1).

17 In termini economici, il prezzo è "il valore di scambio di un bene espresso in unità monetarie". È un "indicatore di scarsità". Ciò dimostra che le imposte, in quanto tributi incondizionatamente dovuti, non possono essere prezzi nel senso della norma costituzionale e quindi anche della LSPr. Nemmeno, ad esempio, una tassa di sollecito di diritto privato o un'ammenda sono prezzi. Nel caso delle imposte comunali, occorre chiarire se la parte fiscale del prelievo sia dominante: in questo caso, anch'esse non costituiscono un prezzo. D'altra parte, i diritti d'utenza di qualsiasi tipo rientrano nell'ambito di applicazione materiale della LSPr in quanto remunerazione per l'utilizzo di un servizio di un'impresa pubblica, di una struttura o di uno stabilimento. Si tratta, ad esempio, delle aziende municipali di fornitura e smaltimento (centrali elettriche, gas e acquedotti, impianti di incenerimento dei rifiuti e impianti di depurazione), dei taxi per il parcheggio e delle tariffe di mercato, nonché delle aziende di trasporto o dei diritti aeroportuali. In pratica, quindi, occorre sempre esaminare la natura e il carattere dell'imposta in questione e del servizio in questione.

18 Infine, anche gli oneri per beni e servizi forniti da società con potere di mercato sono considerati prezzi. Tra gli esempi si possono citare l'affrancatura di lettere o pacchi da parte della Posta Svizzera SA, le commissioni di transazione da parte di Worldline Schweiz SA (prima del

novembre 2021 SIX Payment Services SA) o i prezzi all'ingrosso da parte di società di telecomunicazioni come Swisscom SA.

Una buona panoramica dei vari prezzi monitorati dal Sorvegliante dei prezzi si trova nella raccolta Diritto e politica della concorrenza (RPW), la cui quinta parte contiene i rapporti annuali sul monitoraggio dei prezzi. 19

### c. Esame degli abusi

L'art. 13 LSPr fornisce un elenco di elementi di valutazione per il test dell'abuso in caso di aumento o mantenimento dei prezzi. Questo elenco non è esaustivo ("in particolare") e i singoli elementi non sono in relazione gerarchica tra loro. Inoltre, il supervisore dei prezzi ha un ampio margine di discrezionalità nella loro selezione e considerazione. L'"approccio al termine [...] deve quindi basarsi sulla finalità generale del monitoraggio dei prezzi della politica di concorrenza". Questo perché tali criteri si adattano anche alla comprensione costituzionale dell'abuso di prezzo. 20

Il requisito dell'abuso esprime che si tratta di un certo "sovraccarico" del prezzo. Le aziende dovrebbero continuare ad avere diritto a un "profitto ragionevole" (art. 13 cpv. 1 lett. b LSPr). Secondo la Corte Suprema Federale, il profitto deve includere un normale rendimento del capitale proprio e un premio di rischio in linea con il mercato. Indicatori di profitti eccessivamente elevati sono l'ammontare degli accantonamenti e delle riserve, nonché la distribuzione degli utili agli investitori. 21

### d. Prezzi bassi

I prezzi eccessivamente bassi, invece, non rientrano nel reato. Questi possono essere espressione di una politica di "bait-and-switch" ai sensi dell'LCSl o di un potere dell'acquirente e quindi rientrano nell'ambito di applicazione dell'LCSl. Di conseguenza, il potere dell'acquirente non può essere incluso nell'art. 96 cpv. 2 lett. a Cost. 22

## B. Società e organizzazioni di diritto privato e pubblico

Come si evince chiaramente dal testo costituzionale, il gruppo di soggetti coperti è estremamente ampio: il monitoraggio dei prezzi include persino le società controllate dallo Stato, nonché il settore pubblico e quindi alcuni tributi pubblici (cfr. n. 16). La formulazione si ispira alla legge sui cartelli. 23

24 Tuttavia, i poteri del supervisore dei prezzi in questo settore sono limitati dalla LSPr per ragioni direttamente democratiche. Se un prezzo è fissato o approvato da un'autorità statale, il supervisore dei prezzi ha solo il diritto di formulare raccomandazioni più severe (art. 14 f. LSPr).

## C. Forma organizzativa

25 La questione se la persona del supervisore dei prezzi (art. 3 LSPr) e quindi gli strumenti di supervisione dei prezzi siano prescritti dalla Costituzione trova una risposta incoerente in dottrina. Alcuni sostengono che, sebbene la divisione dei compiti sia stata storicamente stabilita con la persona del supervisore dei prezzi, questa potrebbe anche essere abolita. Il legislatore è libero di stabilire la divisione dei compiti tra la COMCO e il controllo dei prezzi. Ciò è giustificato non da ultimo da "difficili questioni di demarcazione", poiché l'art. 16 cpv. 2 LSPr e l'art. 3 cpv. 3 KG, che regolano la divisione dei compiti tra le due autorità, sono in parte contraddittori e porterebbero a complesse procedure parallele e a contraddizioni nell'applicazione della legge. Questa tragedia si avverte poco o nulla nel lavoro quotidiano delle autorità. L'autorità di vigilanza sui prezzi e la COMCO non solo collaborano (art. 5 cpv. 1 LSPr), ma si informano reciprocamente sulle decisioni importanti. In questo senso, il supervisore dei prezzi partecipa anche alle riunioni della COMCO con funzioni consultive. Inoltre, le due autorità si rinviano reciprocamente i casi da trattare, a seconda delle circostanze del caso e degli aspetti in primo piano.

26 A mio avviso, la tesi secondo cui la persona del supervisore dei prezzi non è richiesta dalla disposizione costituzionale applicabile non è convincente. Si riduce a un'interpretazione puramente grammaticale. Da un punto di vista sistematico e storico, la funzione separata del controllo dei prezzi con a capo la persona del sorvegliante dei prezzi diventa chiara solo perché con la revisione totale della Costituzione federale non si è voluto apportare alcun cambiamento in termini di contenuto e lo strumento del controllo dei prezzi della politica di concorrenza è stato chiaramente definito. A differenza di altri settori amministrativi in generale e della COMCO in particolare, la figura del sorvegliante dei prezzi è una persona con "grande influenza", che dovrebbe cercare di "contribuire a una soluzione amichevole nelle discussioni". L'art. 9 LSPr - lo standard per la ricerca di un accordo amichevole tra il supervisore dei prezzi e le parti interessate - ha quindi una funzione sia preventiva che

educativa. Questa funzione di mediazione non può essere svolta da un organismo come l'autorità garante della concorrenza, ma richiede una personalità di mediatore. Pertanto, la figura del supervisore dei prezzi occupa una posizione speciale a causa della sua storia. L'art. 9 LSPr - il cuore della LSPr - riprende i principi che hanno caratterizzato il monitoraggio dei prezzi della politica economica di emergenza del 1973-1978. Ciò dimostra che l'attenzione si concentra sulla persona del supervisore dei prezzi. Come una sorta di delegato, è al centro tra le aziende interessate e i consumatori. Va menzionato anche il seguente aspetto: per la revisione della legge sui cartelli, avvenuta contemporaneamente all'iniziativa popolare "per prevenire i prezzi abusivi" del 9 settembre 1981, la Commissione di esperti ha proposto l'integrazione degli articoli sul monitoraggio dei prezzi e la loro applicazione da parte della COMCO. In seguito al processo di consultazione, tuttavia, il Consiglio federale ha cancellato questi articoli, citando l'iniziativa popolare e le iniziative parlamentari in corso. A mio avviso, questo processo sottolinea il fatto che il monitoraggio dei prezzi non deve e non può essere attuato da un solo organismo o autorità (COMCO o monitoraggio dei prezzi). Anche se questa funzione potrebbe quindi - da un punto di vista puramente sistematico - essere creata solo nella legge, è l'interazione tra sistematica e storia a vietare questa conclusione errata.

*L'autore*

*Patricia S. Kaiser, LL.M., ha studiato diritto presso le Università di Basilea, Friburgo i.B. e Strasburgo. Ha poi lavorato per sei anni presso l'Ufficio federale di giustizia, dove è stata principalmente responsabile del dossier sulle misure assistenziali obbligatorie e sui collocamenti prima del 1981. Durante il lavoro ha scritto una tesi di laurea in diritto internazionale e si è specializzata in diritto amministrativo. Dopo aver completato la formazione in mediazione, è passata al servizio legale del Garante dei prezzi, che dirige oggi.*

*L'autrice è lieta di ricevere commenti su questo articolo all'indirizzo patricia.kaiser@pue.admin.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Aeberhard Kurt, Der Preismissbrauch im schweizerischen Kartellrecht, Diss., Bern 1979.

Bonvin Jacques/Olivier Schaller, in Martenet, Bovet, Tercier (éditeurs), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2012, ad Art. 12 et 13 LSPr, p. 1739 ss.

Decker Christopher, Modern Economic Regulation, An Introduction to Theory and Practice Illustrated, 2. Aufl., Cambridge 2023.

Preisüberwachung, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber, Erste Fassung, Gekürzte Version ohne Vorwort, Bern 2006 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/netznutzungsentgelte.pdf, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von (akut-)stationären Spitaltarifen, Aktualisierte Version Bern 2022 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/Praxis%20des%20Preis%C3%BCberwachers%20bei%20der%20Pr%C3%BCfung%20von%20(akut-)station%C3%A4ren%20Spitaltarifen.pdf, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Schweizer Gasmarkt und Kosten des Netzzugangs, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung für schweizerische Gasnetze, Erste Fassung, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf, besucht am 15.5.2023.

Richli Paul, Erste Eindrücke von der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, in: Peter Nobel/Robert E. Leu (Hrsg.), Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes, Jg. 41, Heft 4/1989, S. 191–209.

Schluep Walter R., «Wirksamer Wettbewerb», Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987.

Surveillance des Prix, Le marché suisse du gaz et la rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau gazier en Suisse, première version, Bern 2011

https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/le_marche_suissedugazetlaretributiondelutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Pratique du Surveillant des prix dans l'examen des tarifs hospitaliers des soins stationnaires (aigus), version mise à jour, décembre 2022, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/Pratique%20du%20Surveillant%20des%20prix%20dans%20l%E2%80%99examen%20des%20tarifs%20hospitaliers%20des%20soins%20stationnaires%20(aigus).pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau électrique en Suisse, première version, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/retribution_de_lutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Toller Marco, Die Preisüberwachung als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik, Diss., Zürich 1983.

Viscusi W. Kip/Harrington Jr. Joseph E./Sappington David E. M., Economics of Regulation and Antitrust, 5. Aufl., Cambridge/London 2018.

Volkart Rudolf/Wagner Alexander F., Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 7. Aufl., Zürich 2018.

## BIBLIOGRAFIA

Biaggini Giovanni, Art. 96 BV, in: Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovet Christian, Introduction à la Loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr) du 20 décembre 1985 (RS 942.20), in : Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercie Pierre, 2. Aufl., Basel 2013.

Dietrich Marcel/Bürgi Alexander, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: Amstutz Marc/Berger Mathis/Borer Jürg/Hilty Reto M./La Spada Anne-Virginie/Mathys Roland/Rigamonti Cyrill P./Thouvenin Florent/de Werra Jacques/Wild Gregor, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 2005, S. 179–88.

Jacobs Reto, Art. 96, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kaiser Patricia S., Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2023.

Künzler Adrian/Richard Lötscher, Nr. 4 PüG, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, S. 276–278.

Lanz Rudolf, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 873–923.

Lanz Rudolf, Art. 3 Abs. 3 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31$^{septies}$, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Band II, Basel/Zürich/Bern 1991.

Richli Paul, Zum Gesetzgebungsauftrag für die Preisüberwachung, in: Revue de droit suisse, Band 103, 1984, cahier 1.

Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kartellgesetz + Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Weber Rolf H., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 108 Cost.

Un commentario di Fabian Mösching

CITAZIONE SUGGERITA

Fabian Mösching, Commentario all'art. 108 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Mösching, art. 108 Cost. N. XXX.

**Sezione 8: Alloggio, lavoro, sicurezza sociale e sanità**

**Art. 108 Promozione della costruzione d'abitazioni e dell'accesso alla proprietà**

[1] La Confederazione promuove la costruzione d'abitazioni e l'acquisto in proprietà di appartamenti e case per il fabbisogno privato personale, nonché l'attività di enti e organizzazioni dediti alla costruzione d'abitazioni a scopi d'utilità pubblica.

[2] Promuove in particolare l'acquisto e l'attrezzatura di terreni per la costruzione d'abitazioni, la razionalizzazione dell'edilizia abitativa, la riduzione del prezzo della costruzione d'abitazioni e la riduzione dei costi abitativi.

[3] Può emanare prescrizioni sull'attrezzatura dei terreni per la costruzione d'abitazioni e sulla razionalizzazione edilizia.

[4] In tale ambito, prende in considerazione in particolare gli interessi delle famiglie, degli anziani, degli indigenti e dei disabili.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 1000
II. Evoluzione del mercato immobiliare in Svizzera ..... 1002
A. Carenza di alloggi e relative cause ..... 1002
B. Prospettive fino al 2040 ..... 1003
C. Strategia della Confederazione ..... 1005
III. Commento in senso stretto ..... 1006
A. Posizione nella Cost. federale ..... 1006
B. Mandato per la promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà abitativa (cfr. 1) ..... 1007
1. Edilizia abitativa ..... 1007
2. Promozione della proprietà abitativa ..... 1007
3. Soggetti responsabili e organizzazione dell'edilizia residenziale d'utilità pubblica ..... 1009
4. Ulteriori obblighi di intervento? ..... 1009
C. Singole misure di promozione (cpv. 2) ..... 1009
1. Suddivisione ..... 1009
2. Misure attualmente in vigore ..... 1010
3. Conflitti di obiettivi ..... 1011
D. Viabilità e razionalizzazione edilizia (cpv. 3) ..... 1012
1. Viabilità ..... 1012
2. Rationalizzazione edilizia ..... 1013
E. Considerazione degli interessi di determinati gruppi della popolazione / Obbligo sociale (cpv. 4) ..... 1014
IV. Conclusione ..... 1014
Letture consigliate ..... 1015
Bibliografia ..... 1016

## I. GENESI

1 Dopo che durante la seconda guerra mondiale la Confederazione aveva avviato tre campagne edilizie per stimolare l'attività edilizia residenziale, allora in fase di stallo, poco dopo la fine della guerra fu inserita nella Costituzione federale una prima disposizione in materia di edilizia residenziale con l'**art. 34$^{quinquies}$ aBV**. Questa disposizione fu elaborata come controproposta all'iniziativa popolare «Per la famiglia» – successivamente ritirata – e fu approvata dal popolo il 25 novembre 1945 con il 76,3% di voti favorevoli, nonché da tutti i Cantoni tranne uno. Il capoverso 3 della disposizione autorizzava la Confederazione a sostenere, nel settore dell'edilizia abitativa e degli insediamenti, iniziative a favore della famiglia, mentre una legge federale avrebbe dovuto disciplinare le condizioni legate ai contributi federali. Successivamente, sulla base di questa disposizione, il legislatore emanò diversi decreti federali e leggi per l'attuazione del progetto. Essi riguardavano, tra l'altro, i contributi finanziari della Confederazione ai Cantoni per combattere la carenza di alloggi, la promozione dell'edilizia sociale e misure speciali per il miglioramento delle condizioni abitative in montagna.

2 Come controproposta all'iniziativa della Denner AG, che intendeva obbligare la Confederazione a costituire un fondo svizzero per l'edilizia abitativa incaricato di concedere mutui ipotecari a condizioni vantaggiose, l'allora art. 34$^{quinquies}$, cpv. 3, della Costituzione federale del 1972 fu abrogato e sostituito da un nuovo art. 34$^{sexies}$ della Costituzione federale. Quest'ultimo ha posto fine alla limitazione della promozione dell'edilizia abitativa alla famiglia e ha costituito anche la base per la normativa attualmente in vigore. In base all'art. 34$^{sexies}$ aCst., il 1° gennaio 1975 entrò in vigore la **Legge sulla promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà** del 4 ottobre 1974 (LPA; RS 843), grazie alla quale tra il 1976 e il 2001 furono promossi più di 107'000 alloggi. Inoltre, a seguito di una modifica legislativa, l'art. 34$^{sexies}$ aCost. è servito anche come nuova base per la legge federale del 20 marzo 1970 sul miglioramento delle condizioni abitative nelle regioni di montagna (LMA; RS 844).

3 Con la **revisione totale della Cost.**, l'art. 34$^{sexies}$ aCost. è diventato l'attuale art. 108 Cost. In tale occasione la disposizione è stata formulata in modo più preciso e i capoversi 4 e 5 sono stati soppressi, senza tuttavia che ciò

comportasse modifiche di contenuto. La legge federale del 21 marzo 2003 sulla promozione di alloggi a prezzi accessibili (LPA; RS 842) è già stata emanata in base all'art. 108 Cost. Mentre la LFAE e in particolare le sue disposizioni in materia di diritto urbanistico rimangono in vigore, a partire dall'entrata in vigore della LFAE il 1° ottobre 2003 gli aiuti federali saranno garantiti solo secondo il nuovo diritto, mentre per gli aiuti di promozione previsti dal diritto precedente continua ad applicarsi la LFAE. Con l'introduzione della LFAE si è verificata una limitazione dell'ambito di promozione e una rinuncia a misure generali di promozione dell'edilizia abitativa (cfr. in calce N. 22). Inoltre, nell'ambito della legge federale del 19 dicembre 2003 sul programma di sgravio 2003, le misure della LFA motivate da considerazioni di politica sociale e immobiliare volte a ridurre i costi abitativi delle famiglie proprietarie e in affitto sono state sospese fino al 2008 e da allora non sono state applicate per decisione del Consiglio federale. Finora non sono stati quindi concessi aiuti finanziari diretti sotto forma di prestiti ai sensi degli articoli 12 e 24 della LFAE. Allo stesso modo, dalla riorganizzazione della perequazione finanziaria (NFA) non vengono più garantiti aiuti finanziari ai sensi della LFAE (art. 21 LFAE).

4 Probabilmente anche a causa degli sforzi limitati della Confederazione nel settore della promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà d'abitazione, negli ultimi anni sono state votate **varie iniziative popolari**. Così, l'«Iniziativa sul risparmio edilizio» è stata respinta l'11 marzo 2012, mentre l'iniziativa «Una casa propria grazie al risparmio edilizio» ha subito la stessa sorte il 17 giugno 2012. Anche l'iniziativa popolare «Abitare in sicurezza nella terza età» non ha trovato grazia agli occhi del legislatore il 23 settembre 2012, così come l'iniziativa popolare «Più alloggi a prezzi accessibili» il 9 febbraio 2020, per la quale il Consiglio federale ha comunque elaborato un controprogetto. Quest'ultimo riguardava un credito quadro di 250 milioni di franchi, con cui a partire dal 2020 e per dieci anni si sarebbe dovuto integrare il Fondo di rotazione (cfr. in calce N. 15 e N. 29) previsto dalla LFA per la concessione di prestiti a enti di edilizia d'utilità pubblica, e che è stato stanziato in seguito alla bocciatura dell'iniziativa popolare «Più alloggi a prezzi accessibili». Anche il presente commento si basa sulla situazione del mercato immobiliare svizzero descritta nel relativo messaggio. Il messaggio originario relativo all'art. 34$^{sexies}$ aBV si fonda sul mercato immobiliare così come si presentava ormai quasi 60 anni fa, motivo per cui, a mio avviso, da esso si possono trarre solo conclusioni limitate riguardo alla situazione odierna.

# II. EVOLUZIONE DEL MERCATO IMMOBILIARE IN SVIZZERA

## A. Carenza di alloggi e relative cause

5 Già l'introduzione delle prime norme costituzionali in materia di edilizia abitativa avvenne sullo sfondo della **carenza di alloggi** causata dalla seconda guerra mondiale. Se questa era dovuta a una crisi economica e a una situazione di penuria, la carenza di alloggi negli anni '60 e '80 era invece riconducibile alla congiuntura economica favorevole dell'epoca.

6 Solo nel 1994 il **tasso di sfitto** ha superato la soglia dell'1,0% e ha raggiunto un picco dell'1,85% nel 1998, per poi ridursi nuovamente in modo marcato. Come spiega il Consiglio federale nel suo messaggio sull'iniziativa popolare «Più alloggi a prezzi accessibili», l'evoluzione del mercato immobiliare svizzero dal 2000 al 2015 è stata caratterizzata da un eccesso di domanda. Soprattutto nelle regioni urbane e turistiche ciò ha portato a una carenza e, in alcuni casi, a un forte aumento dei prezzi di offerta degli alloggi in affitto e degli immobili di proprietà.

7 Oltre alla situazione economica generalmente favorevole, un fattore determinante è stata la **crescita demografica** a seguito dell'introduzione della libera circolazione delle persone tra l'UE e la Svizzera. Per coprire questa domanda aggiuntiva sarebbe stato necessario un ampliamento dell'offerta di circa 50'000 alloggi all'anno, ma tra il 2007 e il 2012 sono stati immessi sul mercato in media solo circa 43'000 nuovi alloggi all'anno. Di conseguenza, il tasso di sfitto è sceso allo 0,95% nel 2012 ed è risalito solo a partire dal 2013, quando sono stati costruiti oltre 50'000 appartamenti, raggiungendo l'1,54% nel 2021.

8 In particolare, la politica dei tassi d'interesse bassi o negativi della Banca nazionale svizzera ha indotto gli investitori istituzionali a investire nell'**edilizia residenziale**, in mancanza di alternative redditizie. Tuttavia, gli alloggi sono stati costruiti soprattutto negli agglomerati e nelle campagne, dove le riserve di terreno erano facilmente disponibili, e non nelle città. Da allora, tuttavia, il numero delle famiglie sta nuovamente aumentando più rapidamente del parco immobiliare e il tasso di sfitto sta di conseguenza diminuendo.

Nel 2022 questa tendenza si è accentuata a causa delle 60'000 persone provenienti dall'Ucraina che hanno cercato rifugio in Svizzera in seguito alla guerra d'aggressione russa. Nel 2022 la popolazione totale è aumentata di 158'000 persone, il che, in base alla dimensione media delle famiglie attualmente in Svizzera, comporta un fabbisogno aggiuntivo di circa 72'000 alloggi. Il parco immobiliare è però aumentato solo di 66'000 unità. L'Ufficio federale dell'edilizia abitativa (UFA) stima che attualmente **mancino da 5'000 a 10'000 alloggi all'anno**. Nel 2025 il tasso di sfitto è sceso all'1,00%, il che non è ancora eccezionale, dato che dal 2001 al 2015 è stato per lo più inferiore all'1%. Tuttavia, in singoli mercati regionali, in particolare nelle città, può risultare ancora molto più basso. 9

La crescita demografica non è però l'unico fattore alla base della carenza di alloggi in Svizzera; contribuiscono a essa anche la diminuzione delle dimensioni delle famiglie e l'aumento delle dimensioni degli alloggi. Il numero medio di persone per famiglia in Svizzera è sceso da 2,31 nel 2001 a 2,26 nel 2015 e infine a 2,17 nel 2023. La dimensione media di un appartamento di 3,5 locali, a sua volta, è aumentata di un metro quadrato tra il 2015 e il 2021, passando da 79,6 $m^2$; analogamente sono cresciute le superfici degli appartamenti con quattro o più locali. Senza questo aumento di superficie, sulla stessa superficie utile si sarebbero potute costruire 40'000 unità abitative in più in tutto il Paese in sei anni. Entrambi i fenomeni rappresentano **guadagni di benessere** ed è difficile immaginare che la popolazione svizzera rinunci volontariamente allo spazio abitativo, motivo per cui la carenza di alloggi deve essere risolta principalmente dal lato dell'offerta, ovvero con la costruzione di più appartamenti. Tuttavia, attualmente l'aumento dei prezzi dei materiali da costruzione, l'aumento dei tassi d'interesse, la carenza di manodopera qualificata e la scarsità di terreni edificabili frenano l'edilizia residenziale. 10

## B. Prospettive fino al 2040

Per i prossimi 15 anni (orizzonte di pianificazione ai sensi dell'art. 15 LPT) a partire dal 2025, l'Ufficio federale di statistica prevede una **crescita demografica compresa tra circa 1 milione** (scenario di riferimento) e 1,5 milioni di persone (scenario alto), per le quali occorrerà creare alloggi. In base al principio di densificazione, tale crescita dovrebbe avvenire principalmente nelle aree urbane, dove però già ora l'offerta non riesce a tenere il passo con 11

la domanda, poiché l'edilizia abitativa risulta particolarmente impegnativa proprio nelle aree già edificate. Se la carenza di alloggi dovesse persistere, non mancherà la richiesta di ulteriori zonizzazioni di terreni edificabili. Le zone edificabili attualmente non ancora edificate offrono teoricamente spazio per 0,9-1,6 milioni di persone, ma in alcuni Cantoni e regioni sono troppo estese e devono essere in parte ridimensionate. È quindi prevedibile che si debba destinare a zona edificabile ulteriore terreno in posizioni centrali, tanto più che non si può presumere che le capacità ancora disponibili nelle zone edificabili possano essere sfruttate in modo ottimale. Il conflitto di obiettivi con l'utilizzo parsimonioso del suolo ai sensi dell'art. 75 Cost. è evidente.

12 Di conseguenza, soddisfare la domanda di alloggi continuerà a rivelarsi difficile nel prossimo futuro, in particolare per chi è alla ricerca di un alloggio a prezzi accessibili. La **situazione tesa sul mercato degli alloggi** porta a un aumento dei canoni di locazione di nuova stipula, mentre i canoni di locazione degli alloggi esistenti sono aumentati soprattutto a causa dell'inflazione e del tasso d'interesse di riferimento. A ciò si aggiungono i prezzi crescenti dell'energia, che rendono l'alloggio in generale più costoso. L'attuale carenza di alloggi è di conseguenza problematica soprattutto per il quinto di reddito più basso, per il quale la quota dei costi abitativi è aumentata notevolmente dal 2000 e ora rappresenta ben un terzo del reddito, ovvero il 6% in più. Per il quinto di reddito successivo, la quota dei costi abitativi è di poco superiore al 20% ed è quindi leggermente inferiore rispetto al 2000. Sarà quindi necessario creare alloggi soprattutto per la fascia di reddito più bassa, con l'aggravante che nel prossimo futuro numerosi alloggi vecchi saranno ristrutturati o sostituiti da nuove costruzioni, con la conseguente scomparsa di alloggi a prezzi accessibili. A causa degli elevati costi di costruzione, tuttavia, attualmente vengono realizzati principalmente alloggi nel segmento di prezzo superiore. Come misure efficaci per la creazione di più alloggi a prezzi accessibili, in particolare per le persone a basso reddito, si propongono l'aumento del coefficiente di sfruttamento, la promozione dell'edilizia residenziale d'utilità pubblica mediante quote di affitto basato sui costi, nonché gli aiuti diretti, ovvero il sostegno diretto alle famiglie aventi diritto.

## C. Strategia della Confederazione

Il Consiglio federale intende continuare a garantire l'approvvigionamento di alloggi principalmente attraverso il **settore privato** secondo criteri di economia di mercato. Il settore pubblico è responsabile delle regole di mercato, la Confederazione in primo luogo del diritto di locazione tramite il CO, potendo emanare, in base all'art. 109 Cost., in particolare disposizioni contro gli abusi nel settore locativo. Inoltre, nell'ambito della promozione degli alloggi, la Confederazione deve continuare a contribuire a colmare le lacune dell'offerta a integrazione del mercato e, a tal fine, proseguire l'attuale partenariato con le organizzazioni dell'edilizia abitativa d'utilità pubblica. Esiste inoltre una politica abitativa autonoma in singoli Cantoni e Comuni, attuata principalmente attraverso aiuti finanziari. 13

**Misure aggiuntive** quali interventi nel diritto di locazione per la determinazione dei prezzi, una migliore accessibilità dei terreni della Confederazione e delle aziende collegate alla Confederazione per l'edilizia residenziale a prezzi accessibili o di utilità pubblica, un diritto di prelazione dei comuni a favore dell'edilizia a prezzi accessibili o un adeguamento del programma edilizio della Confederazione e dei Cantoni per la promozione delle risanamenti energetici, che favorirebbero la conservazione di alloggi a prezzi accessibili**, sono state respinte dal Consiglio federale**. 14

Considerata la forte domanda, è evidente che gli alloggi dell'**edilizia d'utilità pubblica,** che rappresentano appena il 4% di tutti gli alloggi in Svizzera, non saranno affatto sufficienti a coprire l'eccesso di domanda. Il già citato Fonds de Roulement (cfr. N. 4) ha permesso alla Confederazione, dal 2003, di sostenere annualmente in media poco meno di 1'500 alloggi. Grazie all'aumento del fondo di 250 milioni, la Confederazione prevedeva di poter sostenere inizialmente 1'600 alloggi a partire dal 2020 e di poter aumentare tale cifra a 1'900 alloggi entro il 2029 grazie ai rimborsi dei prestiti. A partire dal 2030 è previsto un sostegno costante a un livello inferiore, ovvero 1'200 alloggi. 15

Per affrontare il problema della carenza di alloggi, il capo del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR), il consigliere federale Guy Parmelin, ha invitato rappresentanti dei Cantoni, delle città e dei Comuni, nonché del settore immobiliare e delle costruzioni, a una «tavola rotonda», a seguito della quale è stato elaborato un piano d'azione pubblicato 16

nel febbraio 2024. Poiché il calo dell'attività edilizia è stato riconosciuto come un fattore essenziale della carenza di alloggi che si sta profilando, il **piano d'azione** punta principalmente sul versante dell'offerta, tanto più che le misure statali volte a regolare la domanda di alloggi comporterebbero in molti casi interventi sociali ed economici incisivi. Le diverse misure previste mirano a facilitare lo sviluppo insediativo verso l'interno, garantendo al contempo un'elevata qualità, nonché a rafforzare e accelerare le procedure di pianificazione e di concessione edilizia. Ciò dovrebbe infine consentire la creazione di un'offerta abitativa sufficiente, a prezzi accessibili e adeguata alle esigenze. Le misure sono in gran parte in linea con la precedente strategia del Consiglio federale in materia di approvvigionamento di alloggi e mirano principalmente a ottimizzare le condizioni quadro dell'economia di mercato. A causa della difficile situazione finanziaria, si è rinunciato alla riattivazione di aiuti finanziari diretti sotto forma di prestiti (cfr. sopra N. 3 in calce) o addirittura di contributi a fondo perduto.

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Posizione nella Cost. federale

17 L'art. 108 Cost. si trova nel Titolo III (Confederazione, Cantoni e Comuni), Capitolo II (Competenze), Sezione 8, che definisce le competenze e i compiti che spettano alla Confederazione nei settori «alloggio, lavoro, sicurezza sociale e sanità». Insieme agli obiettivi sociali dell'art. 41 Cost., questa sezione costituisce la cosiddetta Costituzione sociale. Insieme all'art. 109 Cost. (locazioni), l'art. 108 Cost. si dedica all'**ambito di competenza «alloggio»** ed è ad esso collegato dall'obiettivo comune di porre rimedio alla carenza di alloggi. Entrambe le disposizioni precisano l'obiettivo sociale di cui all'art. 41 cpv. 1 lett. e Cost., secondo il quale la Confederazione e i Cantoni, a complemento della responsabilità personale e dell'iniziativa privata, si adoperano affinché chi cerca un alloggio possa trovare, per sé e per la propria famiglia, un'abitazione adeguata a condizioni accessibili. Come l'alimentazione, la sicurezza o l'istruzione, l'alloggio fa parte dei bisogni fondamentali dell'essere umano e lo Stato deve impegnarsi a favore delle persone che non sono in grado di soddisfare questo bisogno con le proprie forze. Nella misura in cui la promozione dell'alloggio va oltre la garanzia minima di un «tetto sopra la testa», la Confederazione giustifica la propria attività sostenendo che buone condizioni abitative favoriscono il benessere

individuale e la capacità di rendimento e contribuiscono alla pace sociale nonché all'integrazione delle generazioni e della popolazione straniera. Ciò non solo alleggerirebbe l'onere dell'assistenza sociale e delle istituzioni sociali, ma rafforzerebbe anche la piazza economica svizzera.

## B. Mandato per la promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà abitativa (cfr. 1)

L'art. 108 cpv. 1 Cost. conferisce alla Confederazione il mandato fondamentale di promuovere l'edilizia abitativa e la proprietà abitativa, che in precedenza era menzionato solo marginalmente nell'art. 34$^{sexies}$ aCost. Si tratta di una **competenza di promozione obbligatoria**, che comprende anche i poteri legislativi relativi alla L'ABG, alla L'FG e alla L'VFG. La competenza è ampia, ma non esclude le competenze cantonali (cosiddetta competenza parallela). I Cantoni e i Comuni mantengono quindi la facoltà di prevedere misure di promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà d'abitazione di natura analoga o di portata più ampia. 18

Il cpv. 1 menziona **tre oggetti di promozione**, ovvero «la costruzione di alloggi», «l'acquisto di alloggi e di proprietà immobiliari destinati al fabbisogno proprio di privati» e «l'attività di enti e organizzazioni di edilizia residenziale d'utilità pubblica». A ciascuno dei tre obiettivi di promozione è attribuita la stessa importanza. 19

### 1. Edilizia abitativa

Per «edilizia abitativa» si intende la **creazione e la conservazione di alloggi** e comprende, oltre alla costruzione di nuovi alloggi, anche la ristrutturazione del patrimonio edilizio esistente. Gli alloggi possono essere realizzati sia per la locazione che per il trasferimento di proprietà, ma non per essere utilizzati come seconda casa. La promozione dell'edilizia abitativa avviene tramite gli strumenti di promozione citati nel cpv. 2. Considerata l'attuale situazione del mercato immobiliare (cfr. supra N. 5 segg.), la creazione di ulteriori spazi abitativi risponde sicuramente a un interesse pubblico. 20

### 2. Promozione della proprietà abitativa

È ammissibile al sostegno esclusivamente l'acquisto di **proprietà abitativa per uso proprio** o a fini di utilità pubblica, potendo trattarsi sia di proprietà 21

per piani che di case plurifamiliari e unifamiliari. Come risulta dalla formulazione «fabbisogno proprio di privati», le misure di promozione sono rivolte esclusivamente a persone fisiche che soddisfano con l'alloggio di proprietà il bisogno fondamentale di «abitare», cosa che non avviene nel caso delle seconde case. La promozione della proprietà abitativa persegue l'obiettivo politico di facilitare l'accesso alla proprietà abitativa ad uso proprio in Svizzera. La Confederazione adempie a questo mandato in particolare attraverso la struttura vantaggiosa della tassazione del valore locativo e le possibilità di prelievo anticipato fiscalmente agevolate dai pilastri 2 e 3a. Anche le possibilità di deduzione fiscale degli investimenti nei settori del risparmio energetico e della tutela ambientale hanno carattere di promozione. Recentemente il popolo ha deciso l'abolizione della tassazione del valore locativo, una circostanza di cui beneficiano almeno le persone che dispongono già di un'abitazione di proprietà.

22 Cardinaux sostiene che la promozione della proprietà immobiliare non persegua (più) **alcuno scopo sociale** o interesse pubblico, poiché gran parte della popolazione che presumibilmente risiederà in Svizzera a lungo termine possiede già un'abitazione di proprietà. Oltre alla citata elevata percentuale di popolazione straniera che non intende rimanere per sempre in Svizzera, esistono diversi altri motivi che spiegano il basso tasso di proprietà in Svizzera (attualmente circa il 36%) rispetto ad altri paesi europei. Tra questi si citano l'urbanizzazione, la tardiva introduzione della proprietà per piani nel 1965 e il diritto liberale delle locazioni, che porta a un'offerta (in linea di principio) ampia di appartamenti in affitto. Almeno dal punto di vista economico non sembra necessario puntare a un ulteriore aumento del tasso di proprietà. È vero che la proprietà immobiliare è – al momento – più conveniente dell'affitto e che il proprietario può beneficiare dell'aumento di valore del terreno. Tuttavia, la proprietà immobiliare riduce anche la mobilità, immobilizza gran parte del patrimonio, porta all'indebitamento e favorisce la dispersione insediativa, e non è in generale preferibile all'affitto. Ciononostante, resta insoddisfacente il fatto che la proprietà immobiliare sia difficilmente accessibile alle famiglie e alle persone con scarse disponibilità finanziarie nelle prime fasi della vita, poiché a loro viene negata la libera scelta della forma abitativa.

### 3. Soggetti responsabili e organizzazione dell'edilizia residenziale d'utilità pubblica

I soggetti responsabili e l'organizzazione dell'edilizia residenziale d'utilità pubblica sono principalmente le **cooperative edilizie**. In base alla LFA, il loro sostegno viene attuato indirettamente tramite organizzazioni attive a livello nazionale. 23

Come visto (sopra N. 3), i tre obiettivi di promozione sono stati pienamente realizzati dalla LFA fino al 2001. Con la successiva LFA si è verificata una **restrizione dell'ambito di promozione** e si è rinunciato a misure generali per la promozione dell'edilizia abitativa. 24

### 4. Ulteriori obblighi di intervento?

Alla luce delle numerose iniziative respinte negli ultimi anni, che miravano a un ulteriore sostegno dell'edilizia abitativa e della proprietà d'abitazione (cfr. N. 4), il Costituente non vede attualmente **alcun motivo per** discostarsi dalla strategia scelta dal Consiglio federale in materia di edilizia abitativa, sostenuta dal Parlamento. Tale valutazione va rispettata. A mio avviso, l'attuale linea di condotta non è in contraddizione con le intenzioni espresse al momento della creazione dell'originario art. 34$^{sexies}$ aCst. all'inizio degli anni '70. Già allora al legislatore federale era stato concesso un ampio margine di manovra, che non è stato modificato con il trasferimento nell'art. 108 Cost. Né la dottrina precedente né quella attuale vedono in ciò, dal punto di vista costituzionale, un motivo di contestazione. Nella giurisprudenza del Tribunale federale non si trovano, a sua volta, sentenze che vadano sostanzialmente oltre la riproduzione letterale dell'art. 108 Cost. o dell'art. 34$^{sexies}$ aCost. 25

## C. Singole misure di promozione (cpv. 2)

### 1. Suddivisione

il cvp. 2, precisa il mandato di promozione di cui al cpv. 1. Esso contiene, in un elenco non esaustivo, **cinque misure di promozione**. Queste possono essere suddivise in misure relative al terreno («acquisizione e urbanizzazione di terreni per l'edilizia abitativa») e misure relative alla costruzione («razionalizzazione e riduzione dei costi dell'edilizia abitativa»), nonché nella riduzione dei costi abitativi. 26

27 Le **misure relative ai terreni** erano previste nella LPT con la promozione dell'acquisto preventivo di terreni (art. 21 segg. LPT) e l'aiuto alla viabilità (art. 12 segg. LPT), ma sono state applicate raramente e di conseguenza non sono state trasferite nella LFA. Per quanto riguarda le **misure relative all'edilizia**, come la promozione della ricerca e della razionalizzazione nel settore edile, la LFAE contiene diverse disposizioni (art. 28 segg. LFAE), mentre la LSA si limita a menzionare i principi di promozione (art. 5 LSA).

## 2. Misure attualmente in vigore

28 Rileva ormai solo la riduzione dei costi abitativi, anche se il regime di riduzione della WEG, che prevedeva aiuti finanziari legati all'immobile integrati da una riduzione supplementare legata al soggetto, non è stato a sua volta ripreso nella WFG. Quest'ultima prevede ora, per la messa a disposizione di alloggi in locazione a prezzi accessibili (art. 10 segg. LFAE) e per la promozione della proprietà abitativa a prezzi accessibili (art. 22 segg. LFAE), aiuti finanziari sotto forma di prestiti senza interessi o a tasso agevolato e di fideiussioni. Tuttavia, questi aiuti finanziari diretti sono stati sospesi già da tempo (cfr. N. 3 in precedenza), cosicché attualmente la Confederazione pratica praticamente solo una **promozione indiretta dell'edilizia abitativa** a favore degli enti e delle organizzazioni di edilizia abitativa di utilità pubblica, che si basa sulla competenza generale in materia di promozione ai sensi del cpv. 1.

29 Da tempo esiste il **Fonds de Roulement** (cfr. N. 4, N. 15), alimentato con fondi federali, dal quale vengono concessi ai promotori di edilizia residenziale d'utilità pubblica prestiti fruttiferi e rimborsabili (art. 34 lett. c; art. 37 LFAE). Inoltre, la Confederazione garantisce le obbligazioni della Centrale di emissione per i costruttori di alloggi di utilità pubblica (EGW), il che consente ai membri dell'EGW di raccogliere capitali a lungo termine a condizioni di interesse vantaggiose (art. 34 lett. a; art. 35 LFA). Inoltre, la Confederazione concede controgaranzie alla Cooperativa di garanzia ipotecaria delle cooperative edilizie e abitative svizzere (HBG), facilitando così il finanziamento dell'edilizia abitativa e consentendo un onere d'interesse ridotto (art. 34 lett. b; art. 36 LFAE). Secondo il DFE, queste misure si sono dimostrate efficaci e devono essere proseguite e migliorate in modo mirato.

30 La portata del cpv. 2 appare limitata nelle circostanze menzionate, poiché gli esempi che questo cpv. formula per illustrare le misure che possono essere

adottate sulla base del mandato generale del cpv. 1 sono ormai per la maggior parte **lettera morta**. Il legislatore interpreta l'art. 108 Cost. in senso restrittivo e su di esso fonda solo la promozione diretta dell'edilizia abitativa e della proprietà d'abitazione. Come visto (supra N. 13 segg.), anche il Consiglio federale intende – se possibile – continuare a concentrarsi sulla promozione indiretta dell'edilizia abitativa. Come già menzionato (supra N. 25), con questo approccio egli non sfrutta in modo carente le competenze che gli sono concesse dall'art. 108 Cost. Questa constatazione relativa alle disposizioni generali vale naturalmente anche per quanto riguarda le misure di promozione speciali.

31 Sotto questo aspetto esistono **numerose altre misure statali** che hanno ripercussioni sull'edilizia abitativa e sulla proprietà immobiliare. È già stata menzionata la promozione della proprietà immobiliare attraverso la configurazione vantaggiosa della tassazione del valore locativo, che nel frattempo è stata addirittura completamente abolita (cfr. N. 21), nonché le possibilità di prelievo anticipato dalla previdenza con agevolazioni fiscali. Anche la concessione delle prestazioni complementari da parte dell'AVS e dell'AI tiene conto dei costi abitativi e si rivolge in modo mirato alle persone in condizioni economiche svantaggiate. Anche queste prestazioni complementari devono essere annoverate tra le misure di promozione abitativa e considerate come aiuto soggettivo. Inoltre, come già visto, anche i Cantoni possono intervenire nella promozione dell'alloggio. In base alle loro competenze in materia di pianificazione del territorio e diritto edilizio (art. 75 Cost.), essi possono promuovere l'edilizia residenziale d'utilità pubblica anche con strumenti di pianificazione del territorio, ad esempio attraverso la cessione di terreni edificabili o la concessione di privilegi d'uso.

## 3. Conflitti di obiettivi

32 Proprio nel settore della **pianificazione del territorio** sussistono tuttavia – come già accennato – notevoli conflitti di obiettivi alla luce dell'evoluzione demografica e del principio di un uso parsimonioso del suolo (art. 75 Cost.). È assolutamente necessaria una sinergia funzionante tra la promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà e la densificazione verso l'interno. Esistono punti di contatto anche per quanto riguarda la viabilità (cpv. 3). L'art. 75b Cost. non ha un effetto diretto sulla promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà, poiché si riferisce solo alle seconde abitazioni e non

all'approvvigionamento di base. Gli effetti effettivi di questa disposizione e della LASec su di essa basata sul mercato delle abitazioni primarie sono controversi. Lo stesso vale per gli effetti attualmente esistenti della «Lex Koller». A mio avviso, questi sono di importanza secondaria, poiché solo una parte estremamente ridotta delle transazioni immobiliari locali rientra nel campo di applicazione della «Lex Koller».

## D. Viabilità e razionalizzazione edilizia (cpv. 3)

33 Cpv. 3 conferisce alla Confederazione una competenza legislativa limitata ai settori della viabilità dei terreni edificabili e della razionalizzazione edilizia, con effetto derogatorio a posteriori (**competenza concorrente**). La competenza non è obbligatoria; se la Confederazione la esercita, può regolamentare questi settori in modo esaustivo e non è limitata (a differenza di quanto avviene nella pianificazione del territorio) alla definizione di principi.

### 1. Viabilità

34 La competenza legislativa in materia di viabilità dei **terreni destinati all'edilizia abitativa** si sovrappone alla pianificazione del territorio (art. 75 Cost.), che prevede una competenza per lo stesso oggetto. La LPT dispone di un proprio capitolo sul diritto di viabilità (art. 4 segg. LPT), che continua ad avere validità. Le misure previste sono state tuttavia poco utilizzate e non sono state riprese nella LFA. Il rapporto tra le disposizioni della LPT e l'art. 19 LPT, che disciplina la viabilità nell'ambito della pianificazione del territorio, è controverso.

35 Secondo l'art. 19 cpv. 1 LPT, un terreno è viabilizzato quando dispone di un accesso sufficiente per l'utilizzo previsto e le condutture necessarie per l'acqua, l'energia e le acque reflue sono sufficientemente vicine da consentire un allacciamento senza spese eccessive. L'art. 4 LPT precisa il concetto di viabilizzazione per l'edilizia abitativa, distinguendo tra viabilizzazione di base e viabilizzazione di precisione. Gli art. 4-6 LPT, sebbene antecedenti alla LPT, possono essere interpretati in linea di principio come **concretizzazioni** dei primi due capoversi dell'art. 19 LPT. Le disposizioni della LPT relative alla ricomposizione fondiaria (art. 7 segg.), a loro volta, in quanto *lex specialis* prevalgono sul principio generale della ricomposizione fondiaria ai sensi dell'art. 20 LPT.

## 2. Rationalizzazione edilizia

Per rationalizzazione edilizia si intende la realizzazione di edifici di un determinato valore con un dispendio e costi inferiori oppure la costruzione di più edifici o di edifici migliori con un dispendio determinato. Questo obiettivo può essere raggiunto mediante **miglioramenti di natura progettuale, organizzativa e tecnica**. La LPT prevede a tal fine alcune disposizioni generali (art. 28 segg. LPT), in particolare che il Consiglio federale emani direttive sulla razionalizzazione delle costruzioni (art. 31 LPT) e – se necessario – le disposizioni giuridiche indispensabili per la razionalizzazione delle costruzioni (art. 32 LPT). Queste disposizioni, prive di precisazioni sul contenuto, sono tuttora in vigore, mentre la LFA non prevede più (proprie) norme in materia di razionalizzazione delle costruzioni. Tuttavia, la Confederazione non ha ancora emanato norme edilizie indispensabili per la razionalizzazione delle costruzioni. Il Consiglio federale non attribuisce la competenza in materia di diritto urbanistico ed edilizio alla Confederazione; tuttavia, a livello cantonale sono in corso da tempo iniziative di armonizzazione ed è stata effettuata un'armonizzazione formale dei principali concetti edilizi e metodi di misurazione utilizzati nel diritto cantonale. All'Accordo intercantonale del 22 settembre 2005 sull'armonizzazione dei termini edilizi (AIE) hanno aderito finora 16 Cantoni. Inoltre, l'ARE ha presentato una struttura modello per una legge cantonale sull'edilizia, che dovrebbe contribuire all'uniformazione delle diverse leggi cantonali in materia e aumentare l'efficienza nell'edilizia. Nell'ambito del piano d'azione contro la carenza di alloggi, la Confederazione intende ora contribuire, almeno a livello di sostegno, anche a una maggiore efficienza delle procedure di pianificazione e di concessione edilizia. La razionalizzazione tecnica dell'edilizia rimane infine in gran parte affidata a iniziative private. 36

Insieme alla razionalizzazione edilizia, nell'art. 34$^{sexies}$ cpv. 2 lett. c aCost. è stata menzionata anche la ricerca e gli art. 25 segg. LFAE hanno dedicato un titolo comune alla ricerca sul mercato abitativo, alla ricerca edilizia e alla razionalizzazione edilizia. **L'art. 108 Cost. rinuncia a menzionare espressamente la promozione della ricerca sul mercato abitativo e della ricerca edilizia.** La competenza per l'acquisizione di basi scientifiche è implicitamente inclusa nelle diverse competenze specifiche della Confederazione. Inoltre, l'art. 64 Cost. conferisce una competenza globale per la promozione della ricerca, su cui possono basarsi anche i mandati di ricerca 37

previsti dalla legge per la promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà abitativa. Nella LSA le disposizioni sulla promozione della ricerca sono formulate in modo più generico rispetto alla LPT. La ricerca sostenuta dall'Ufficio federale dell'edilizia abitativa deve servire soprattutto ad aumentare la trasparenza del mercato e a elaborare le basi per un miglioramento dell'offerta di alloggi e del contesto abitativo (art. 41 cpv. 1 LSA). Inoltre, la ricerca nel settore dell'edilizia può essere intesa anche come misura di promozione a carico del costruttore ai sensi dell'art. 108 cpv. 2 Cost.

### E. Considerazione degli interessi di determinati gruppi della popolazione / Obbligo sociale (cpv. 4)

38 Il cpv. 4 sottolinea in **modo generico** l'obbligo sociale della promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà, senza tuttavia fondare una competenza. L'elenco menziona espressamente le famiglie, gli anziani, le persone bisognose e i disabili, senza stabilire priorità. Ciò che accomuna i gruppi di persone citati è il fatto che, per motivi finanziari o di altro tipo, si trovano ad affrontare sfide particolari sul mercato immobiliare o nell'acquisto di un'abitazione di proprietà. Poiché l'elenco non è esaustivo, possono essere presi in considerazione anche gli interessi di altri gruppi di persone, ad esempio i giovani, che non sono espressamente menzionati.

## IV. CONCLUSIONE

39 La Confederazione esercita le proprie competenze nel settore della promozione dell'edilizia abitativa e della proprietà immobiliare con **grande moderazione**. Essa limita la propria attività principalmente a garantire le condizioni quadro di economia di mercato per un'offerta sufficiente di alloggi. Nonostante la carenza di alloggi sia passata che attuale, la strategia ha funzionato nel complesso bene, tanto più che la Svizzera ha dovuto assorbire ripetutamente un forte aumento demografico. Anche se da più parti si deplora il mancato sfruttamento delle competenze e si chiedono ulteriori interventi nel mercato immobiliare, il successo non sarebbe garantito. Già solo per le dimensioni del mercato immobiliare, l'influenza dello Stato è limitata, e non solo a causa di difficoltà finanziarie. Nel complesso, l'approccio scelto non è criticabile e, in particolare, i Cantoni e i Comuni hanno la possibilità di intervenire a livello locale in modo complementare. Lo fanno ripetutamente,

ma finora non sono riusciti a dimostrare risultati migliori, o comunque questi non sono documentati.

*L'autore*

Il Dr. iur. Fabian Mösching, avvocato, LL.M. (University of Sydney), è cancelliere presso la I Sezione di diritto pubblico del Tribunale federale svizzero a Losanna. Ha scritto la sua tesi di dottorato sulle misure volte a limitare le seconde case.

## LETTURE CONSIGLIATE

Alvarez Cipriano/Streiff Oliver, Art. 108 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 4. Aufl., Zürich 2023.

Aubert Jean-François, Art. 108 BV in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constiution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich/Basel/Genf 2003.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bühlmann Lukas/Spori Niklaus, Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus mit raumplanerischen Mitteln, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen, Raum & Umwelt, 2010/1, S. 1 ff.

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern und Bundesamt für Statistik (BFS), Neuenburg, Statistik des gemeinnützigen Wohnungsbaus 2024, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/wohnraumfoerderung/zahlen-und-fakten/statistik_gemeinnuetziger_wohnungsbau.html, besucht am 1.5.2026.

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern, Wie viele Haushalte haben in der Schweiz Wohneigentum und warum sind es nicht mehr?, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/zahlen-und-fakten/wohneigentumsquote.html, besucht am 1.5.2026.

Cardinaux Basile, Art. 108 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.). Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel 2025.

Défago Gaudin Valérie, Art. 108 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Scognamiglio Donato, IAZI AG, Standpunkt: Wohnungsknappheit ist kein Naturgesetz, 2023, abrufbar unter, https://www.iazi.ch/news/medien/politik_05_2023.pdf, besucht am 1.5.2026.

Willimann Ivo/Lienhard Melanie/Gmünder Markus/Käppeli Stephan, Wohnungsknappheit in der Schweiz: Ein Überblick, Die Volkswirtschaft vom 6. Februar 2024, S. 48 ff.

Wüest Partner, Wirkung wohnungspolitischer Massnahmen, Auftragsstudie für die Volkswirtschaftsdirektion und die Baudirektion des Kantons Zürich, Zürich 2024.

## BIBLIOGRAFIA

Alvarez Cipriano/Streiff Oliver, Art. 108 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 4. Aufl., Zürich 2023.

Aubert Jean-François, Art. 108 BV in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constiution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich/Basel/Genf 2003.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Botschaft vom 21.3.2018 zur Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen» und zu einem Bundesbeschluss über einen Rahmenkredit zur Aufstockung des Fonds de Roulement zugunsten des gemeinnützigen Wohnungsbaus, BBl 2018 2213, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/849/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Wohnungen).

Botschaft vom 23.6.2010 zur Volksinitiative «Sicheres Wohnen im Alter», BBl 2010 5303, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/887/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Sicheres Wohnen im Alter).

Botschaft vom 18.9.2009 zu den Volksinitiativen «Für ein steuerlich begünstigtes Bausparen um Erwerb von selbstgenutztem Wohneigentum und zur Finanzierung von baulichen Energiespar- und Umweltschutzmassnahmen (Bauspar-Initiative)» sowie «Eigene vier Wände dank Bausparen», BBl 2009

6975, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2009/1240/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Bausparen).

Botschaft vom 4.7.2007 zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BBl 2007 5743, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/791/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Aufhebung Lex Koller).

Botschaft vom 27.2.2002 über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum, BBl 2002 2829, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/399/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft WFG).

Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft BV).

Botschaft an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz zur Förderung des Wohnungsbaus und des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum vom 17.9.1973, BBl 1973 II 679, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1973/2_679_663_533/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft WEG).

Botschaft an die Bundesversammlung betreffend die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 34$^{sexies}$ über die Wohnbauförderung und einen Artikel 34$^{septies}$ über die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsvereinbarungen auf dem Gebiete des Wohnungswesens sowie den Bericht über das eidgenössische Volksbegehren zur Bildung eines Wohnbaufonds zwecks Förderung des Wohnungsbaus, des Wohnungseigentums und für die Sicherstellung angemessener Wohnungsmietzinse (vom 30.6.1971), BBl 1971 I 1657, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1971/1_1657_1677_1335/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Wohnbauförderung).

Bericht an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie» vom 10.10.1944, BBl 1944 865, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1944/1_865_825_9/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Familie).

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern, Wie viele Haushalte haben in der Schweiz Wohneigentum und warum sind es nicht mehr?, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/zahlen-und-fakten/wohneigentumsquote.html, besucht am 1.5.2026. (zit. BWO Wohneigentum).

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern und Bundesamt für Statistik (BFS), Neuenburg, Statistik des gemeinnützigen Wohnungsbaus 2024, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/wohnraumfoerderung/zahlen-und-fakten/statistik_gemeinnuetziger_wohnungsbau.html, besucht am 1.5.2026. (zit. BWO Statistik).

Bühlmann Lukas/Spori Niklaus, Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus mit raumplanerischen Mitteln, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen, Raum & Umwelt, 2010/1, S. 1 ff.

Cardinaux Basile, Art. 108 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel 2025.

Défago Gaudin Valérie, Art. 108 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), Aktionsplan Wohnungsknappheit, Runder Tisch vom 13. Februar 2024, abrufbar unter, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/86057.pdf, besucht am 1.5.2026. (zit. Aktionsplan Wohnungsknappheit).

Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 28. September 2025 betreffend den Beschluss über die kantonalen Liegenschaftssteuern auf Zweitliegenschaften, abrufbar unter, https://www.admin.ch/de/volksabstimmung-vom-28-september-2025, besucht am 1.5.2026. (zit. Erläuterungen Liegenschaftssteuern).

Fahrländer Partner Raumentwicklung AG, Regulierungsfolgeabschätzung zur Änderung des BewG als Begleitmassnahmen im Kontext der Nachhaltigkeitsinitiative sowie zur Beantwortung der Motion 22.4413 von SR Martin Schmid, Bericht vom 18. November 2025, abrufbar unter, https://www.admin.ch/de/newnsb/4mzivVX5Ko4dpap06YtuI, besucht am 1.5.2026. (zit. RFA Änderungen BewG).

Friedli Daniel, Eigenheim-Paradox: Wieso die Schweiz reich ist und die Mehrheit trotzdem zur Miete wohnt, NZZ am Sonntag vom 13.10.2024.

Jeannerat Eloi, Art. 19 RPG in: Aemissegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG, Nutzungsplanung, Zürich 2017.

Junod, Charles-André, Art. 34$^{sexies}$ aBV in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987-1996.

Martel Andrea, Die Schweiz steuert auf eine Wohnungsnot zu. Verdichtetes Bauen allein wird das Problem nicht lösen, NZZ vom 11.1.2023.

Mösching Fabian, Kommentierung zu Art. 75b BV in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.) Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version 4.11.2023.

Stellungnahme des Bundesrates vom 21. August zur Parlamentarischen Initiative Einführung einer Objektsteuer auf Zweitliegenschaften, BBl 2024 2101, abrufbar unter, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/2101/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Stellungnahme Objektsteuer).

Ters Kristyna, Wohnschutz bremst den Neubau in der Schweiz, Die Volkswirtschaft vom 10.3.2026, S. 32 ff.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. Bern 2021.

Tschirren Martin, Wohnraum bleibt knapp, Die Volkswirtschaft vom 10.3.2026, S. 24 ff.

Willimann Ivo/Lienhard Melanie/Gmünder Markus/Käppeli Stephan, Wohnungsknappheit in der Schweiz: Ein Überblick, Die Volkswirtschaft vom 6.2.2024, S. 48 ff.

Wüest Partner, Wirkung wohnungspolitischer Massnahmen, Auftragsstudie für die Volkswirtschaftsdirektion und die Baudirektion des Kantons Zürich, Zürich 2024.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 110 Cost.

Un commentario di Nicolas Bueno / Yasmin Bellazrak-Dinari

CITAZIONE SUGGERITA

Nicolas Bueno/Yasmin Bellazrak-Dinari, Commentary of art. 110 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Bueno/Bellazrak-Dinari, art. 110 FC N. XXX.

**Art. 110 Lavoro**

[1] La Confederazione può emanare prescrizioni su:

a. la protezione dei lavoratori e delle lavoratrici;

b. i rapporti tra i datori di lavoro e i lavoratori e le lavoratrici, in particolare la regolamentazione in comune di questioni aziendali e professionali;

c. il servizio di collocamento;

d. il conferimento dell'obbligatorietà generale a contratti collettivi di lavoro.

[2] I contratti collettivi di lavoro possono essere dichiarati di obbligatorietà generale soltanto se tengono conto adeguatamente di

legittimi interessi minoritari e delle diversità regionali e non pregiudicano né l'uguaglianza giuridica né la libertà sindacale.

[3] Il 1° agosto è il giorno della festa nazionale. Per il diritto del lavoro, è equiparato a una domenica ed è rimunerato.

# STRUTTURA

I. Premessa ..... 1024
II. Contesto e sistema ..... 1026
III. Commento ..... 1027
A. Art. 110 cpv. 1 Cost. competenza legislativa ..... 1027
1. Art. 110 cpv. 1 lett. a Cost. tutela dei lavoratori ..... 1027
2. Art. 110 cpv. 1 lett. b Cost. Rapporti tra datori di lavoro e lavoratori ..... 1030
3. Art. 110 cpv. 1 lett. c Cost. Servizio di collocamento ..... 1031
4. Art. 110 cpv. 1 lett. d Cost. Contratti collettivi di lavoro ..... 1032
B. Art. 110 cpv. 2 Cost. condizioni per l'estensione dei contratti collettivi ..... 1033
C. Art. 110 cpv. 3 Cost. 1 agosto ..... 1034
Letture consigliate ..... 1035
Bibliografia ..... 1036

## I. PREMESSA

1 La rivoluzione industriale ha trasformato notevolmente la situazione socio-economica delle società europee del XIX secolo. Ha dato vita a una classe operaia e urbana spesso soggetta a condizioni di vita difficili. Sostenuto ideologicamente dal pensiero socialista marxista in Europa, il movimento dei lavoratori ha gradualmente affermato la sua necessità di protezione giuridica e ha acquisito alcuni diritti, che hanno dato origine al diritto del lavoro.

2 Questa esigenza di protezione si è riflessa nella legislazione europea sul lavoro. In Svizzera, le prime norme giuridiche a tutela dei lavoratori e delle lavoratrici sono nate all'inizio del XIX secolo, inizialmente a livello cantonale. I cantoni avevano la giurisdizione esclusiva in materia. Inizialmente, la protezione si estendeva principalmente al lavoro delle donne e dei bambini e solo nell'industria, sebbene il settore agricolo occupasse circa il 50% della popolazione svizzera nel 1850. In termini di legislazione, il Cantone di Zurigo è stato un precursore in Svizzera, con l'adozione del regolamento cantonale del 7 novembre 1815 che proteggeva i bambini che lavoravano nelle fabbriche. Il cantone di Turgovia ha seguito l'esempio adottando un'ordinanza simile sul lavoro minorile il 22 dicembre 1815. Il Cantone di Glarona fu il primo a estendere la protezione ai lavoratori adulti delle fabbriche.

3 Mentre la Costituzione federale del 12 settembre 1848 segnò l'istituzione dello Stato federale svizzero, fu solo con l'adozione della Costituzione federale del 29 maggio 1874 (aCost.) che lo Stato acquisì poteri legislativi a livello federale per la protezione dei lavoratori. L'articolo 34 della Cost. inizialmente conferiva alla Confederazione il potere di legiferare in materia di tutela dei lavoratori in determinati ambiti. Il paragrafo 1 di questa disposizione stabiliva che la Confederazione aveva il potere di "stabilire norme uniformi sul lavoro minorile nelle fabbriche, sull'orario di lavoro che può essere imposto agli adulti in tali fabbriche e sulla protezione da garantire ai lavoratori contro l'esercizio di industrie malsane e pericolose".

4 Su questa base la Confederazione adottò la Legge federale del 23 marzo 1877 sul lavoro nelle fabbriche, che fu accettata dal popolo con un referendum il 21 ottobre dello stesso anno. Questa legge proibiva l'impiego di bambini al di sotto dei quattordici anni nelle fabbriche, limitava la giornata lavorativa a undici ore, regolava il lavoro notturno e introduceva la responsabilità del

datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro. Con la sua adozione, la Svizzera disponeva di uno dei testi legislativi più protettivi d'Europa.

Tuttavia, la giurisdizione federale rimaneva limitata al lavoro nelle fabbriche in quanto tale. Con l'entrata in vigore dell'art. 34$^{ter}$ aCost. il 5 luglio 1908, i poteri legislativi della Confederazione furono estesi alle arti e ai mestieri, cioè alle attività artigianali e commerciali. Tuttavia, questa estensione escludeva ancora il settore agricolo. 5

Nel dopoguerra, il popolo e i Cantoni accettarono una revisione di alcuni articoli economici della Costituzione, che estendeva ulteriormente le competenze della Confederazione nei settori del diritto del lavoro pubblico e delle assicurazioni sociali. La revisione dell'art. 34$^{ter}$ Cost. ha conferito alla Confederazione il diritto di legiferare in modo più ampio "sulla protezione dei lavoratori e delle lavoratrici", "sui rapporti tra datori di lavoro e lavoratori o lavoratrici, in particolare sulla regolamentazione comune delle questioni riguardanti l'impresa e la professione" e "sull'obbligatorietà generale dei contratti collettivi di lavoro". 6

L'attuale art. 110 Cost. riproduce sostanzialmente la versione del 1947 dell'art. 34$^{ter}$ Cost. Il paragrafo 3 sulle ferie del 1° agosto, da parte sua, riprende e chiarisce l'art. 116$^{bis}$ Cost. Questo paragrafo è stato aggiunto alla Costituzione del 1874 in seguito all'accettazione di un'iniziativa popolare nel 1993. L'articolo 34 aCost. sul lavoro in fabbrica, invece, è stato ritenuto obsoleto e non è stato ripristinato. 7

Diverse iniziative popolari hanno tentato invano di modificare l'art. 34$^{ter}$ Cost. o l'art. 110 Cost. La maggior parte di esse mirava ad aumentare il diritto alle ferie o a proteggere i salari, come le iniziative "6 settimane di ferie per tutti", "per un orario di lavoro più breve" o l'iniziativa sui salari minimi. L'iniziativa "1:12 - Per salari equi" mirava a limitare a dodici volte la differenza tra il salario più alto e quello più basso all'interno di un'azienda. Infine, l'iniziativa popolare "per un reddito di base incondizionato" è stata respinta il 5 giugno 2016. Una nuova iniziativa sul tema, "vivere con dignità - per un reddito di base incondizionato e finanziabile", è recentemente fallita nella fase di raccolta delle firme. 8

## II. CONTESTO E SISTEMA

9 L'articolo 110 della Costituzione federale è una disposizione centrale del diritto del lavoro (pubblico). Si trova nel Capitolo 2 del Titolo III della Costituzione, che regola la divisione dei poteri tra Confederazione e Cantoni. Lo scopo di questa disposizione è di conferire alla Confederazione il potere di legiferare in alcune aree del diritto del lavoro pubblico, in particolare la protezione dei lavoratori. In materia di lavoro, il potere di legiferare in materia di politica occupazionale e di assicurazione contro la disoccupazione è oggetto di disposizioni più specifiche, rispettivamente gli articoli 100 e 114 della Costituzione. Inoltre, l'art. 122 par. 1 Cost. costituisce la base costituzionale del diritto del lavoro privato. Esso conferisce alla Confederazione il potere di legiferare in materia di diritto civile e di procedura civile.

10 L'articolo 110 della Costituzione svizzera non è quindi una disposizione che conferisce diritti fondamentali del lavoro agli individui. Infatti, la Costituzione garantisce la libertà di associazione e il diritto di sciopero solo nella sezione sui diritti fondamentali. A differenza di altre costituzioni nazionali, la Costituzione federale non garantisce il diritto fondamentale a condizioni di lavoro giuste ed eque, garantito dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Anche l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha recentemente aggiunto il lavoro sicuro e sano alla lista dei principi e dei diritti fondamentali sul lavoro. In generale, la Costituzione sottolinea anche la responsabilità dell'individuo nel provvedere ai propri bisogni (art. 6 Cost.) e non garantisce alcun diritto alla sicurezza sociale al di là delle situazioni di disagio (art. 12 Cost.).

11 Sebbene la Costituzione garantisca pochi diritti fondamentali in relazione al lavoro, menziona alcuni obiettivi sociali in relazione al lavoro. Ad esempio, ai sensi dell'articolo 41, paragrafo 1, lettera d), della Costituzione svizzera, la Confederazione e i Cantoni devono impegnarsi a garantire che tutte le persone in grado di lavorare possano mantenersi lavorando a condizioni eque. Tuttavia, dall'art. 41 Cost. non si può dedurre alcun diritto soggettivo a prestazioni statali. Questo obiettivo sociale si basa sul diritto fondamentale al lavoro riconosciuto a livello internazionale. Gli articoli 100 Cost. sulla politica economica e 110 Cost. sul lavoro, che conferiscono alla Confederazione il potere di adottare misure in materia di occupazione e di legiferare sulla

protezione dei lavoratori, consentono alla Confederazione di mettere in pratica questo obiettivo sociale, ma non la obbligano a farlo. Nel confronto internazionale, tuttavia, la Costituzione federale può essere definita più "liberale" che "sociale", almeno per quanto riguarda la protezione dei lavoratori.

## III. COMMENTO

L'articolo 110 della Costituzione federale è composto da tre paragrafi. Lo scopo dell'articolo 110, paragrafo 1, è quello di conferire alla Confederazione poteri legislativi in alcuni settori del "lavoro". Questi riguardano principalmente il diritto del lavoro pubblico e, in misura minore, il diritto del lavoro collettivo relativo ai contratti collettivi di lavoro. D'altra parte, l'art. 110 cpv. 1 Cost. non costituisce la base per la competenza federale a legiferare in materia di diritto del lavoro privato, che è conferita dall'art. 122 cpv. 1 Cost. L'articolo 110, paragrafo 2, della Costituzione specifica le condizioni alle quali un contratto collettivo di lavoro può diventare vincolante per un'intera professione o settore economico. Infine, l'art. 110 cpv. 3 Cost. disciplina le conseguenze delle festività del 1° agosto dal punto di vista del diritto del lavoro. 12

### A. Art. 110 cpv. 1 Cost. competenza legislativa

Gli ambiti in cui la Confederazione è autorizzata a legiferare ai sensi dell'art. 110 cpv. 1 Cost. sono la tutela dei lavoratori (lett. a), i rapporti tra datori di lavoro e lavoratori (lett. b), il servizio di collocamento (lett. c) e l'estensione del campo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro (lett. d). Queste aree sono presentate in successione. 13

#### 1. Art. 110 cpv. 1 lett. a Cost. tutela dei lavoratori

Ai sensi dell'art. 110 cpv. 1 lett. a della Costituzione svizzera, la Confederazione è autorizzata a legiferare "sulla protezione dei lavoratori". Si discuterà innanzitutto dell'ambito di applicazione personale di questa disposizione, in termini di concetto di "lavoratori", prima di passare all'ambito materiale della "protezione" nella prassi del Tribunale federale. 14

Per quanto riguarda l'ambito personale di applicazione dell'art. 110 cpv. 1 lett. a della Costituzione federale, il termine "lavoratori" non è sempre stato 15

utilizzato. Come si è detto nella genesi dell'art. 110 della Costituzione (supra, nn. 4 e 5), la giurisdizione federale si applicava inizialmente solo alle persone che lavoravano nelle fabbriche, poi nelle "arti e mestieri", prima di applicarsi più in generale agli "impiegati e lavoratori" e infine ai "lavoratori". Nonostante questa evoluzione, alcuni lavoratori rimangono non tutelati dal diritto pubblico, o perché la Confederazione non ha esercitato i suoi poteri o perché non si qualificano come lavoratori.

16 Da un lato, la Confederazione non ha fatto pieno uso dei suoi poteri quando ha adottato la Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (LTr). Questa legge è diventata lo standard essenziale del diritto pubblico in materia di lavoro. Regola le questioni relative alla salute e agli orari di lavoro, compreso il lavoro domenicale, e contiene disposizioni speciali di protezione per i giovani lavoratori, le donne incinte e le madri che allattano. Sebbene il suo campo di applicazione sia ampio, non si applica, ad esempio, alle persone che lavorano nelle aziende agricole e nelle famiglie. La maggior parte dei dipendenti pubblici è soggetta a un regime speciale federale o cantonale.

17 D'altro canto, la dottrina è unanime nel ritenere che la tutela si applichi esclusivamente ai lavoratori dipendenti, ossia a chi fornisce un servizio dipendente a un datore di lavoro in cambio di una retribuzione. Deve esistere un rapporto di lavoro, e questo concetto esclude quindi tutto il lavoro autonomo e non retribuito, come il volontariato.

18 A questo proposito, l'emergere di nuove forme di lavoro, talvolta considerate "neoliberali", solleva interrogativi sulla classificazione dello status professionale. È il caso, in particolare, dello status professionale delle persone che lavorano nelle cosiddette attività di piattaforma, ad esempio nel trasporto passeggeri e nelle consegne a domicilio, ma anche di tutta una serie di "liberi professionisti". Mentre alcune di queste persone sono qualificate e hanno redditi elevati, altre sono costrette ad accettare nuove forme di lavoro, che possono essere più flessibili, ma spesso sono anche meno pagate e non godono dei benefici economici che un datore di lavoro deve garantire per un servizio simile in un rapporto di lavoro. Questo problema ha recentemente portato la Commissione europea a proporre una direttiva volta a chiarire lo status professionale dei lavoratori delle piattaforme, prevedendo una presunzione legale di rapporto di lavoro. Anche in Svizzera, il Tribunale

federale ha confermato l'esistenza di un rapporto di lavoro piuttosto che lo status di lavoratore autonomo degli autisti nei casi Uber.

L'ambito materiale della "protezione" dei lavoratori è interpretato in modo ampio. Esso comprende tutti gli aspetti della personalità, in particolare la salute, la privacy e il diritto a non essere discriminati. Oltre alla LTr, anche la legge federale del 24 marzo 1995 sulla parità e la legge federale dell'8 ottobre 1999 sulle misure di accompagnamento applicabili ai lavoratori distaccati sono state adottate in parte sulla base dell'art. 110 cpv. 1 lett. a. Cost. In pratica, il Tribunale federale ha stabilito che, in virtù del suo campo di applicazione, la LTr disciplina in modo esaustivo la protezione dei lavoratori. In linea di principio, quindi, i Cantoni non sono più competenti in materia. Tuttavia, anche quando le norme federali sono esaustive, una soluzione cantonale non è esclusa se persegue un obiettivo diverso dalla protezione dei lavoratori. È questo il caso, in particolare, della chiusura dei negozi la domenica, dell'introduzione di un salario minimo cantonale e del divieto di fumo passivo, come descritto di seguito. 19

Per quanto riguarda la chiusura domenicale dei negozi, il Tribunale federale ha costantemente affermato che le disposizioni cantonali sul lavoro domenicale e sull'apertura dei negozi non possono essere intese a tutelare i lavoratori, in quanto la questione è disciplinata in modo esaustivo dalla LTr. Tuttavia, la LTr riserva ai Cantoni il diritto di stabilire norme di polizia sul riposo domenicale e sugli orari di apertura, in particolare per garantire l'ordine pubblico e la pace. 20

Nel contesto dell'adozione di una legge cantonale sul salario minimo, anche il Tribunale federale ha riconosciuto ai Cantoni il potere di legiferare, a condizione che l'obiettivo della misura sia la lotta alla povertà e non costituisca una misura di politica economica o di protezione dei lavoratori. In pratica, ciò significa che il salario minimo deve essere fissato a un livello relativamente basso, vicino al reddito minimo derivante dai sistemi assicurativi o di assistenza sociale. 21

Inoltre, la Confederazione ha utilizzato i suoi poteri legislativi per proteggere la salute dei lavoratori adottando la legge federale sulla protezione dal fumo passivo. L'articolo 4 di questa legge prevede tuttavia che i Cantoni possano adottare disposizioni più severe in materia di "protezione della salute". Il Tribunale federale ha chiarito che questa riserva autorizza i Cantoni a vietare 22

il fumo in modo più rigoroso per proteggere la salute dei consumatori, ma non per proteggere i lavoratori, in quanto questo settore è disciplinato in modo esaustivo dalla legge federale. Infine, per quanto riguarda la salute dei lavoratori, la Confederazione è intervenuta anche durante la pandemia COVID-19 imponendo alcuni obblighi ai datori di lavoro. Tuttavia, la legge COVID-19 si basava più ampiamente sulla competenza federale in materia di diritto del lavoro privato, senza menzionare l'art. 110 della Costituzione.

23 Infine, il legislatore federale ha recentemente affermato che l'art. 110 cpv. 1 Cost. può servire come base costituzionale per integrare l'art. 116 Cost. sugli assegni familiari per quanto riguarda la legislazione sui posti di assistenza all'infanzia fuori dalla scuola e fuori dalla famiglia.

## 2. Art. 110 cpv. 1 lett. b Cost. Rapporti tra datori di lavoro e lavoratori

24 Ai sensi dell'art. 110 cpv. 1 lett. b della Costituzione federale, la Confederazione può legiferare "sui rapporti tra datori di lavoro e lavoratori, in particolare sulla regolamentazione comune delle questioni riguardanti l'impresa e la sfera professionale". La lettera b riprende sostanzialmente la corrispondente lettera dell'art. 34$^{ter}$ Cost. che intendeva distinguere la competenza della Confederazione in merito ai rapporti "individuali" tra un datore di lavoro e un lavoratore, che sono disciplinati dal diritto privato. In realtà, i rapporti individuali tra un datore di lavoro e un lavoratore sono disciplinati dalla legislazione relativa ai contratti di lavoro (articoli da 319 a 362 del Codice delle obbligazioni). La base costituzionale di queste disposizioni è l'articolo 122 cpv. 1 della Costituzione svizzera, che conferisce alla Confederazione il potere di legiferare in materia di diritto civile. D'altra parte, l'art. 110 cpv. 1 lett. b Cost. riguarda le modalità di partecipazione o di gestione di un'impresa e il ruolo assegnato ai lavoratori collettivi in questa funzione.

25 L'iniziativa popolare "per la partecipazione dei lavoratori", presentata nel 1971, mirava a consentire alla Confederazione di legiferare espressamente "sulla partecipazione dei lavoratori e delle loro organizzazioni al processo decisionale nelle aziende e nelle amministrazioni". L'Assemblea federale ha presentato un controprogetto in cui si specificava che "la Confederazione ha il diritto di legiferare su un'adeguata partecipazione dei lavoratori a livello aziendale che salvaguardi le opportunità decisionali e la gestione economica

dell'azienda". Sia l'iniziativa popolare che il controprogetto furono respinti dal popolo e dai cantoni nel marzo 1976.

All'inizio degli anni '90 è sorta una controversia sull'ambito materiale di applicazione dell'art. 110 cpv. 1 lett. b Cost. Alcuni autori accademici ritenevano che la base costituzionale non fosse sufficiente per stabilire una legislazione sulla partecipazione dei lavoratori non solo al funzionamento di un'azienda, ma anche alla sua gestione economica. Per altri, questa disposizione non escludeva la competenza della Confederazione in materia. Sulla base di questa disposizione costituzionale, il 17 dicembre 1993 è stata adottata la Legge federale sull'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese (Legge sulla partecipazione, LPart), che però non riguarda la partecipazione alla gestione economica di un'impresa. 26

La legge sulla partecipazione si applica alle aziende private e garantisce diversi diritti di partecipazione ai lavoratori, tra cui il diritto di essere informati o di partecipare ad alcune questioni come la prevenzione degli infortuni. Nelle aziende con cinquanta o più dipendenti, i lavoratori possono eleggere dei rappresentanti. Questi diritti si applicano a tutte le persone che lavorano a tempo indeterminato con un contratto di lavoro, nell'azienda o nel settore aziendale, indipendentemente dalla loro funzione o dal loro livello gerarchico. I lavoratori devono avere il tempo necessario per studiare le informazioni fornite dal datore di lavoro, formulare proposte concrete e portarle all'attenzione del datore di lavoro. 27

È ancora controverso se l'art. 110 cpv. 1 lett. b Cost. possa servire da base per una legge che garantisca non solo l'informazione o la consultazione, ma anche un'autentica partecipazione dei lavoratori alla gestione, cioè al processo decisionale, dell'azienda. 28

## 3. Art. 110 cpv. 1 lett. c Cost. Servizio di collocamento

Ai sensi dell'art. 110 cpv. 1 lett. c della Costituzione federale, la Confederazione può legiferare "in materia di servizio di collocamento". Questa disposizione corrisponde alla lettera e dell'articolo 34$^{ter}$ Cost. nella versione del 1947. Il concetto di collocamento comprende sia il collocamento privato che quello pubblico delle persone. 29

Questa disposizione è alla base della Legge federale sui servizi di collocamento e sull'assunzione di servizi del 6 ottobre 1989 (LSE). Questa 30

legge copre sia il collocamento privato di personale e la locazione di servizi, sia il servizio pubblico di collocamento. Il suo obiettivo è quello di tutelare i lavoratori che si avvalgono di questi servizi. Con questa legge, il legislatore federale regolamenta il servizio di collocamento in modo completo, cosa che non accadeva con la precedente legge sul servizio di collocamento del 22 giugno 1951.

31 L'obiettivo della LSE è quello di prevenire il lavoro nero e migliorare la protezione dei lavoratori, garantendo che il collocamento privato abbia la precedenza su quello pubblico. Inoltre, regolamenta le attività delle agenzie di lavoro temporaneo o interinale, nonché il rapporto e il contratto di lavoro temporaneo, cosa che non avveniva con la legge precedente. È accompagnata dall'ordinanza del 16 gennaio 1991 sul servizio di collocamento. Il capitolo relativo al servizio pubblico di collocamento è stato integrato nel 2017 con una sezione sull'obbligo di comunicare i posti vacanti. Questa modifica fa seguito all'adozione dell'art. 21a della Legge federale sugli stranieri del 16 dicembre 2005, nell'ambito dell'attuazione dell'art. 121a della Costituzione svizzera sulla gestione dell'immigrazione.

## 4. Art. 110 cpv. 1 lett. d Cost. Contratti collettivi di lavoro

32 Con la revisione costituzionale del 1947 sugli articoli economici, la Confederazione ha acquisito il potere di legiferare sulla "forza vincolante generale dei contratti collettivi di lavoro". Il testo dell'attuale Costituzione del 1999 è più preciso. Conferisce alla Confederazione il diritto di legiferare "sull'estensione del campo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro".

33 Un contratto collettivo di lavoro è un accordo tra datori di lavoro o associazioni di datori di lavoro, da un lato, e associazioni di lavoratori, dall'altro. Riguarda la conclusione, lo scopo e la cessazione dei contratti di lavoro individuali tra i datori di lavoro e i lavoratori interessati. La particolarità del contratto collettivo di lavoro è che è vincolante per i terzi, cioè per i membri delle associazioni firmatarie che non hanno concluso direttamente l'accordo. Le sue disposizioni hanno un effetto diretto e vincolante sui datori di lavoro e sui lavoratori a cui si applicano. In pratica, al 1° marzo 2018, 581 contratti collettivi di lavoro coprivano più di 2,1 milioni di dipendenti in Svizzera.

Tuttavia, un contratto collettivo non è vincolante per i datori di lavoro e i lavoratori che non sono membri di un'associazione firmataria. L'esistenza di un potenziale vantaggio economico per le aziende concorrenti "dissidenti" è problematica. Tale vantaggio potrebbe verificarsi, ad esempio, per un datore di lavoro che non è membro e che quindi non è obbligato a rispettare il salario minimo concordato dagli altri datori di lavoro di un settore. Per porre rimedio a questa situazione e ristabilire una concorrenza più equa, la Confederazione ha il potere, a determinate condizioni, di estendere il campo di applicazione di un contratto collettivo di lavoro a un intero settore economico o a una particolare professione. Va notato che il rispetto delle condizioni di lavoro e dei salari minimi stabiliti in un contratto collettivo dichiarato legalmente vincolante si applica anche alle imprese che hanno sede all'estero e distaccano personale in Svizzera ai sensi della legge sul distacco dei lavoratori. 34

La Confederazione ha fatto pieno uso di questo potere con l'adozione della Legge federale per l'estensione del campo di applicazione del contratto collettivo di lavoro del 28 settembre 1956 (LECCT). Questa legge stabilisce le condizioni per l'estensione di un accordo per tenere conto dei diritti e degli interessi delle parti non soggette ad esso. Queste condizioni trovano la loro base costituzionale nell'art. 110, cpv. 2, della Costituzione svizzera, come illustrato nella sezione successiva. 35

## B. Art. 110 cpv. 2 Cost. condizioni per l'estensione dei contratti collettivi

L'articolo 110 cpv. 2 Cost. è direttamente collegato al potere federale di legiferare sull'estensione del campo di applicazione di un contratto collettivo di lavoro ai sensi del cpv. 1, lettera d. 1 lett. d. Secondo l'art. 110 cpv. 2 della Costituzione federale, la Confederazione deve soddisfare una serie di condizioni per estendere il campo di applicazione di un contratto collettivo di lavoro a un intero ramo o professione. Tali condizioni sono stabilite dall'art. 2 della LECCT. 36

In primo luogo, l'estensione di un contratto deve tenere in giusta considerazione gli interessi legittimi delle minoranze e delle particolarità regionali. Un accordo può essere esteso solo se copre già un numero significativo di datori di lavoro e di lavoratori. L'art. 2 n. 3 della LECCT prevede un sistema a triplo quorum. L'accordo deve già applicarsi alla 37

maggioranza dei lavoratori e dei datori di lavoro del settore o della professione, e i datori di lavoro vincolati dall'accordo devono anche già impiegare la maggioranza di tutti i lavoratori. Diverse iniziative parlamentari "per un moderno partenariato sociale" hanno chiesto l'eliminazione di quest'ultima condizione, in quanto tale requisito è difficile da soddisfare in settori economici in cui un gran numero di microimprese impiega un numero ridotto di lavoratori. Per quanto riguarda la minoranza soggetta all'estensione, la legge stabilisce solo che gli interessi di questa minoranza devono essere presi in considerazione quando risultano dalla diversità delle condizioni regionali e aziendali. Infine, l'estensione deve rispettare il principio di uguaglianza davanti alla legge e la libertà sindacale. Per quanto riguarda la condizione del rispetto della libertà sindacale, l'art. 2 cap. 5 LECCT specifica solo che i giocatori mantengono il diritto di aderire o meno a un'associazione.

38 Queste condizioni devono essere rispettate dai cantoni anche quando l'estensione è limitata a tutto o parte del territorio di un singolo cantone. In pratica, la giurisprudenza del Tribunale federale si è quindi concentrata sul rispetto del diritto federale in caso di estensione di un contratto collettivo, in particolare da parte dei Cantoni.

## C. Art. 110 cpv. 3 Cost. 1 agosto

39 L'articolo 110 cpv. 3 della Costituzione federale stabilisce che il 1° agosto è giorno festivo. Dal punto di vista del diritto del lavoro, è equiparato alla domenica ed è retribuito. Attualmente è l'unico giorno festivo federale. Questa data si riferisce al Patto federale con il quale i tre cantoni originari (Uri, Svitto e Untervaldo) stipularono un'alleanza difensiva all'inizio di agosto del 1291. Il 1° agosto è stato introdotto nell'art. 116$^{bis}$ aCost. in seguito all'accettazione dell'iniziativa popolare "per un giorno festivo" del 26 settembre 1993. L'art. 110 cpv. 3 della Costituzione svizzera è accompagnato dall'ordinanza del 30 maggio 1994 sulle festività nazionali, che stabilisce che il 1° agosto è un giorno festivo equiparato alla domenica e non computabile come giorno festivo ai sensi dell'art. 18 cpv. 2 del Codice del lavoro, e deve essere pagato per intero. L'articolo 2 dell'ordinanza prosegue affermando che l'impiego dei lavoratori nei giorni di festa nazionale è disciplinato dalle disposizioni sul lavoro domenicale, fatta salva la legge cantonale che disciplina il riposo domenicale e gli orari di apertura degli esercizi commerciali, di ristorazione e di intrattenimento.

L'inserimento di questa disposizione nell'art. 110 della Costituzione federale sul lavoro è dovuto alla sua seconda frase, che definisce il modo in cui questo giorno deve essere trattato dal diritto del lavoro. In primo luogo, il 1° agosto è trattato come una domenica. Anche l'art. 1 dell'Ordinanza sulle feste nazionali e l'art. 20a cpv. 1 della Legge sul lavoro lo chiariscono. Le disposizioni relative al divieto di lavoro domenicale e alle eccezioni a tale divieto si applicano quindi al 1° agosto. In secondo luogo, il par. 3 sancisce il principio della retribuzione. In origine, l'art. 116$^{bis}$ aCost. non trattava della retribuzione. Oggi, l'art. 110 cpv. 3 Cost. conferisce direttamente il diritto al pagamento del salario. Questo obbligo non è stato inserito né nel Codice delle obbligazioni né nella Legge sul lavoro. Secondo il Tribunale federale, il diritto al pagamento del salario è un diritto che deriva direttamente dalla Costituzione. La giurisprudenza ha inoltre chiarito che questo diritto al salario esiste anche per le persone pagate a ore, a condizione che abbiano lavorato il 1° agosto. Questo diritto si applica sia ai rapporti di diritto privato che a quelli di diritto pubblico. 40

**Gli autori**

*Il Prof. Dr. Nicolas Bueno è professore di diritto internazionale ed europeo presso UniDistance Svizzera. Ha conseguito il dottorato presso l'Università di Losanna e ha condotto ricerche di dottorato e post-dottorato presso la Columbia Law School (Fulbright), l'Università di Lovanio, la London School of Economics e l'Università di Zurigo (SNF-Ambizione). I suoi progetti di ricerca si concentrano sulle responsabilità lavorative delle imprese multinazionali e sul futuro del diritto del lavoro nella teoria della post-crescita.*

*Yasmin Bellazrak - Dinari, MLaw, è dottoranda e assistente alla ricerca e all'insegnamento in diritto internazionale pubblico presso UniDistance Svizzera. Attualmente sta scrivendo una tesi di dottorato sulla protezione internazionale offerta alle vittime migranti della tratta di esseri umani. La sua ricerca si concentra sulla protezione internazionale dei diritti umani.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bogg Alan/Ford Michael, Article 31: Fair and Just Working Conditions, in: Peers Steve/Hervey Tamara/Kenner Jeff/Ward Angela (édit.), The EU Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden 2022, 875-922.

Bueno Nicolas, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, 21(5) The International Journal of Human Rights (2017) 565-588, https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1298092.

Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Perdaems Elsa, Droit du travail, Bâle 2020.

Portmann Wolfgang/Wildhaber Isabelle, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4ème éd., Zürich/St.Gallen 2020.

Saul Ben/Kinley David/Mowbray Jacqueline, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials, Art. 7: Just and Favourable Conditions of Work, Oxford 2014.

Saul Ben, Right to Just and Favourable Conditions of Work, in: Binder Christina/Nowak Manfred (édit.), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Cheltenham 2022, p. 583-588.

Wyler Rémy/Heinzer Boris, Droit du travail, Berne 2019.

## BIBLIOGRAFIA

Baumann Werner/Moser Peter, Agriculture, chap. 4. Les XIXe et XXe siècles, in : Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 19.11.2007, Online : https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/013933/2007-11-19/.

Böhmert Victor, Arbeiterverhältnisse und Fabrikeinrichtungen der Schweiz, Bericht erstattet im Auftrage der eidgenössischen Generalcommission für die Wiener Weltausstellung, vol. I, Zürich 1873.

Bueno Nicolas, Right to Work, in Binder Christina/Nowak Manfred (édit.), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Cheltenham 2022, p. 578–583.

Cardinaux Basile, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Art. 110 der Bundesverfassung, Basel 2015.

Eichenberger Kurt, Verfassungsrechtliche Festlegung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in: Mélanges Frank Vischer, Zurich 1983.

Engermann Stanley, The History and Political Economy of International Labor Standards, in: Kaushik Basu/Henrik Horn/Lisa Román/Judith Shapiro

(édit.) International Labor Standards: History, Theory, and Policy Options, Wiley 2003, p. 9-83.

Fabre Cécile, Social Rights in European Constitutions, in: Gráinne de Búrca (édit.), Social Rights in Europe, Oxford 2005, p. 15-28.

Gächter Thomas, Art. 110 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014.

Lempen Karine, Art. 110 Cost., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

Mahon Pascal, Art. 110 Cost., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003.

Meier Anne, Art. 356 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2021.

Pärli Kurt/ Eggmann Jonas, Corona und die Arbeitswelt: Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, Jusletter 8.2.2021.

Perrenoud Stéphanie, L'évolution historique du droit de la relation de travail, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publiques, Genève/Zürich, 2016, p. 1-220.

Tomassetti Julia, Neoliberal Conceptions of the Individual in Labour Law, in: Addabbo Tindara (édit.), The Collective Dimensions of Employment Relations, Cham 2021, p. 117-154.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 117a Cost.

Un commentario di Ralph Trümpler / Gregori Werder

CITAZIONE SUGGERITA

Ralph Trümpler/Gregori Werder, Commentary of art. 117a FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Trümpler / Werder, N XXX zu Art. 117a BV.

**Art. 117a Cure mediche di base**

[1] Nell'ambito delle loro competenze, la Confederazione e i Cantoni provvedono affinché tutti abbiano accesso a cure mediche di base sufficienti e di qualità. Entrambi riconoscono e promuovono la medicina di famiglia come componente fondamentale di tali cure.

[2] La Confederazione emana prescrizioni concernenti:

a. la formazione e il perfezionamento per le professioni delle cure mediche di base, nonché i requisiti per l'esercizio delle stesse;

b. l'adeguata remunerazione delle prestazioni della medicina di famiglia.

# STRUTTURA

I. Storia delle origini ..... 1041
II. Commento in senso stretto ..... 1042
A. Assistenza sanitaria di base e medicina di famiglia (paragrafo 1) ..... 1042
1. Divisione delle competenze e focus ..... 1042
2. Accesso sufficiente a un'assistenza sanitaria primaria di alta qualità (paragrafo 1, frase 1) ..... 1043
a. "Assistenza sanitaria di base ..... 1043
b. Obbligo programmatico della Confederazione e dei Cantoni ..... 1045
3. Riconoscimento e promozione della medicina di famiglia (paragrafo 1, frase 2) ..... 1046
B. Mandati legislativi alla Confederazione (paragrafo 2) ..... 1048
1. Contenuto normativo generale e ordine delle competenze ..... 1048
2. Professioni di assistenza sanitaria primaria ..... 1048
3. Disposizioni relative all'istruzione e alla formazione e all'esercizio della professione (lit. a) ..... 1049
4. Remunerazione adeguata per i servizi dei medici di medicina generale (lett. b) ..... 1050
Letture consigliate ..... 1051
Gli autori ..... 1051
I materiali ..... 1052
Bibliografia ..... 1052

# I. STORIA DELLE ORIGINI

Le origini della disposizione dell'Art. 117a della Costituzione federale sull'"assistenza sanitaria di base" risalgono all'iniziativa popolare "Sì alla medicina di famiglia", che ha visto la luce il 27 aprile 2010. I promotori avevano presentato l'iniziativa popolare sotto forma di bozza elaborata per la preoccupazione del futuro e dell'importanza della medicina di famiglia in Svizzera. L'obiettivo dell'iniziativa era quello di rendere la professione più attraente in termini di immagine e finanziariamente, e quindi di alleviare la carenza di medici di base che si profilava da tempo. L'iniziativa mirava a continuare a garantire "un'assistenza medica di base ambulatoriale sufficiente, accessibile a tutti, completa, professionalmente completa e di alta qualità per la popolazione svizzera da parte dei medici di base", apportando le opportune correzioni. 1

Sebbene anche il Consiglio federale ritenga che la medicina di famiglia sia un pilastro importante dell'assistenza medica di base per la popolazione, ha respinto l'iniziativa popolare per altri motivi. In sintesi, era dell'opinione che le richieste degli iniziatori fossero già state soddisfatte a livello di leggi e ordinanze, e che fossero già state avviate o pianificate misure per quanto riguarda altre richieste. Inoltre, ha definito discutibili e problematici la menzione di un solo gruppo professionale e l'alto livello di dettaglio che utilizza numerosi termini poco chiari. 2

Tuttavia, il Consiglio federale ha riconosciuto una necessità fondamentale di azione e ha ammesso che era necessario un contro-draft diretto. Nei Consigli federali, questa controproposta è stata poi modificata dai Consigli inserendo una disposizione secondo la quale i servizi della medicina di famiglia dovevano essere adeguatamente remunerati. Così si è cercato e trovato un compromesso tra le preoccupazioni dell'iniziativa e la controproposta del Consiglio federale. Questa soluzione di compromesso ha portato i promotori a ritirare l'iniziativa. Concretamente, il comitato d'iniziativa ha dichiarato il 27 settembre 2013 che con l'adozione del controprogetto del 19 settembre 2013 da parte del Parlamento e lo sviluppo di un piano generale sulla "Medicina di famiglia e l'assistenza sanitaria di base", le principali richieste dell'iniziativa saranno accolte e saranno introdotte le misure appropriate. L'iniziativa popolare è stata ritirata per questo motivo il 26.09.2013. 3

4 Oltre al compromesso nella formulazione della disposizione costituzionale, anche il piano generale "Medicina di famiglia e assistenza medica di base" si è rivelato significativo per il ritiro dell'iniziativa. In particolare, mirava a rafforzare l'assistenza primaria vicino a casa, promuovendo la medicina di famiglia con misure di attuazione cantonali (come la creazione di posizioni di assistenza alla pratica da parte dei cantoni) e voleva concentrarsi sulla formazione, sulle questioni relative alla struttura tariffaria e sulla ricerca a livello nazionale.

5 Nel referendum del 18.05.2014, la controproposta diretta è stata accettata con una quota di sì superiore all'88% in tutti i Cantoni.

## II. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Assistenza sanitaria di base e medicina di famiglia (paragrafo 1)

#### 1. Divisione delle competenze e focus

6 La Confederazione e i Cantoni devono adempiere al contenuto programmatico della disposizione "nell'ambito delle loro competenze" (Art. 117a comma 1 BV, prima parte della frase). L'Art. 117a BV rimane quindi largamente ininfluente sulla distribuzione delle competenze tra la Confederazione e i Cantoni nell'ambito dell'assistenza sanitaria. Non vengono stabilite nuove competenze né a livello federale né a livello cantonale. Il fatto che l'Art. 117a comma 1 della Costituzione federale faccia riferimento alle competenze federali già stabilite in base al principio di enumerazione e alla competenza generale sussidiaria dei Cantoni in base all'Art. 3 della Costituzione federale era già stato sottolineato nel periodo precedente alla votazione sul decreto federale sull'assistenza sanitaria di base. In particolare, è stato sottolineato che la promulgazione dell'Art. 117a BV non sposterebbe alcuna competenza tra la Confederazione e i Cantoni e che l'articolo costituzionale è in questo senso "compatibile con il federalismo".

7 Anche se la disposizione non influisce sul precedente ordine di competenze tra la Confederazione e i Cantoni, o l'Art. 117a comma 1 BV non intendeva spostare le competenze federali nell'ambito dell'assistenza sanitaria, è comunque probabile che abbia un'influenza sullo svolgimento dei compiti statali e sulla corrispondente struttura dell'assistenza sanitaria svizzera: In particolare, l'affermazione che la Confederazione e i Cantoni (nell'ambito

delle loro competenze) devono garantire un'assistenza medica di base sufficiente e di alta qualità, accessibile a tutti, promuove l'idea di uno Stato obbligatorio e - al contrario - di una responsabilità e di una mentalità private garantiste insufficienti. L'Art. 117a comma 1 della Costituzione federale si applica anche proprio a quei servizi di assistenza sanitaria (ambulatoriale) per la popolazione che finora e tradizionalmente non sono stati forniti e garantiti dallo Stato, ma da fornitori privati (come i medici di famiglia). Con un tale focus, la disposizione costituzionale può - intenzionalmente o meno - creare nuove aspettative di responsabilità dello Stato nel garantire l'assistenza sanitaria, che finora non esisteva in questa misura.

## 2. Accesso sufficiente a un'assistenza sanitaria primaria di alta qualità (paragrafo 1, frase 1)

### a. "Assistenza sanitaria di base

Il termine "assistenza sanitaria di base" è un termine legale indeterminato. A prima vista, il suo contenuto non è chiaro e deve essere determinato nell'ambito dell'interpretazione. Per quanto riguarda il testo della Costituzione, l'unica cosa chiara è che l'assistenza primaria fornita da medici privati è una "componente essenziale di questa assistenza primaria" (cfr. Art. 117a Paragrafo 1 Frase 2 BV), da cui si può concludere che l'assistenza primaria - tra le altre cose - deve essere intesa come medicina di base. Inoltre, la formulazione contribuisce poco alla comprensione del termine in quanto tale o della sua portata - ma questa affermazione si applica in linea di principio anche agli altri termini utilizzati nella Costituzione in riferimento alla medicina, come "medicina d'avanguardia" (Art. 48a comma 1 lett. h BV) o "medicina complementare" (Art. 118a BV) e "medicina riproduttiva" (Art. 119 BV). 8

È grazie soprattutto a Gächter e Renold-Burch che il termine "assistenza sanitaria primaria" ha acquisito contorni più netti. La loro interpretazione convincente in base agli elementi concettuali, ai criteri specifici per gli specialisti e i bisogni, nonché ai termini e ai concetti internazionali, si è affermata e fornisce una buona comprensione generale di ciò che si intende per assistenza sanitaria primaria. Le spiegazioni seguenti si basano anche su questo. 9

10 Bisogna distinguere in anticipo due elementi concettuali: L'assistenza sanitaria (medica) da un lato e l'assistenza sanitaria primaria dall'altro. L'assistenza sanitaria riguarda il lato istituzionale del sistema sanitario, vale a dire la pianificazione, la costruzione e il funzionamento delle strutture sanitarie ospedaliere, ma anche il settore ambulatoriale, nel senso del funzionamento degli studi medici e dei centri sanitari ambulatoriali. Anche se quest'ultima area è prevalentemente e tradizionalmente organizzata nel settore privato, si può osservare una certa tendenza per cui sempre più spesso, ad esempio, gli ospedali pubblici entrano nell'area ambulatoriale e gestiscono centri sanitari ambulatoriali. Secondo Gächter/Renold-Burch, occorre fare attenzione a non confondere il concetto di assistenza sanitaria con quello di salute pubblica: il primo comprende l'assistenza medica (diagnosi e trattamento di disturbi della salute, malattie e incidenti), il secondo ha l'obiettivo aggiuntivo di "mantenere e migliorare" lo stato di salute della popolazione (ecco perché sono incluse anche l'assistenza, la riabilitazione e aree come la promozione della salute o la prevenzione).

11 Il concetto di assistenza primaria deve essere inteso, secondo l'opinione qui espressa e alla luce del Messaggio del Consiglio federale sulla medicina di famiglia, in modo tale che i servizi di assistenza primaria vadano effettivamente oltre l'assistenza medica minima a cui una persona in situazione di emergenza ha diritto in base all'Articolo 12 della Costituzione federale. Tuttavia, non tutti i tipi di servizi medici possono essere richiesti senza limitazioni ai sensi di questo titolo. Piuttosto, si deve tracciare un confine laddove gli specialisti che lavorano nelle libere professioni (devono) fornire un trattamento o dove i servizi medici possono essere offerti solo in forma concentrata o specializzata per altre ragioni. Ad esempio, il Dispaccio esclude anche i servizi dell'assistenza sanitaria di base che esistono solo in casi isolati (ad esempio, il trattamento di malattie molto rare) o quelli che possono essere offerti solo in forma concentrata per altri motivi (ad esempio, la disponibilità di conoscenze specialistiche dei fornitori di servizi per singoli quadri clinici, i requisiti di qualità e sicurezza, ad esempio nell'ambito della medicina altamente specializzata, i requisiti tecnici elevati o le implicazioni finanziarie).

12 Nel messaggio sul suo controprogetto diretto, il Consiglio federale definisce innanzitutto il termine "assistenza sanitaria di base" in termini di gruppi professionali e, oltre ai medici di base, include anche infermieri, farmacisti,

fisioterapisti e psicologi clinici. Inoltre, anche altri professionisti sanitari medici e non medici contribuirebbero in modo significativo all'assistenza sanitaria di base. Inoltre, esiste la categoria delle cosiddette professioni sanitarie (come le ostetriche, i nutrizionisti), che oggi rientrano nel campo di applicazione della Legge federale sulle professioni sanitarie (GesBG). Di conseguenza, l'"assistenza medica di base" di cui all'Art. 117a della Costituzione federale deve essere vista come una sorta di compito composito di varie professioni con orientamenti e funzioni diverse.

Il Consiglio federale interpreta quindi il termine in modo specifico e funzionale. La descrizione di ciò che si intende per servizi di assistenza sanitaria primaria è orientata "al bisogno abituale della popolazione di beni e servizi medici di base preventivi, curativi, riabilitativi e palliativi". In questo contesto, è decisivo che i servizi di base dell'assistenza primaria siano utilizzati regolarmente dalla popolazione in generale o da singoli gruppi di popolazione. 13

Infine, Gächter e Renold-Burch tendono ad equiparare l'"assistenza sanitaria primaria" con il termine inglese "primary health care". Con riferimento alla definizione dell'OMS, si intendono i servizi medici di base che dovrebbero essere accessibili a tutte le persone. 14

## b. Obbligo programmatico della Confederazione e dei Cantoni

L'articolo 117a comma 1 della Costituzione federale stabilisce che la Confederazione e i Cantoni, nell'ambito delle loro competenze, devono garantire un'assistenza sanitaria di base che soddisfi i criteri di "sufficiente", "accessibile a tutti" e "di alta qualità". Si tratta di un mandato programmatico che non specifica obiettivi concreti né stabilisce diritti individuali ai benefici. Anche se i termini utilizzati non sono giustiziabili, i tre criteri citati forniscono un punto di riferimento quantitativo e qualitativo per l'"assistenza sanitaria primaria" desiderata nel Paese. Questo criterio deve essere preso in considerazione nell'attuazione dell'obbligo programmatico, per cui gli organi statali responsabili devono avere un'ampia libertà di manovra nella sua attuazione. 15

Innanzitutto, si stabilisce che l'assistenza sanitaria primaria deve essere "accessibile a tutti". Il criterio dell'accessibilità deve essere inteso in termini geografici, finanziari e anche temporali, e obbliga la Confederazione e i 16

Cantoni, nell'ambito delle rispettive competenze, a garantire che i servizi di assistenza sanitaria primaria siano accessibili alla popolazione in tutte le parti del Paese in tempi e costi ragionevoli. La forma in cui viene o può essere garantita l'accessibilità ai servizi di assistenza sanitaria primaria individuale - ad esempio, in forma telematica, digitale o fisica - è variabile e dipende di conseguenza dalle rispettive possibilità tecniche e dallo stato della scienza e della medicina. I servizi di assistenza sanitaria di base devono essere ugualmente accessibili a tutti, altrimenti l'accesso verrebbe negato a singole fasce della popolazione. Tuttavia, bisogna anche notare che non tutte le categorie di servizi rientrano nel termine "assistenza sanitaria di base".

17 Il fatto che l'assistenza sanitaria primaria debba essere di "alta qualità" ha implicazioni sotto tre aspetti. In primo luogo, la Confederazione e i Cantoni devono garantire che gli operatori sanitari coinvolti nell'assistenza sanitaria di base abbiano un'istruzione e una formazione ben coordinate. Secondo il messaggio del Consiglio federale sulla medicina di famiglia, l'alta qualità richiede anche che i servizi siano forniti in modo coordinato e in rete. Infine, la disposizione si applica anche a livello individuale e richiede un'alta qualità di fornitura di servizi da parte dei singoli fornitori di servizi.

18 Cosa si debba intendere con il criterio "sufficiente" non si può dedurre esplicitamente dal messaggio del Consiglio federale sulla medicina di famiglia. Almeno, nei commenti sulla qualità si afferma che i servizi devono essere offerti nella "misura necessaria". La misura necessaria si raggiunge quando si evita sia il sottoutilizzo che il sovrautilizzo o l'abuso. È interessante notare che la disposizione non è solo un obbligo programmatico. Ha anche un effetto limitante. Questo tiene conto anche del principio secondo l'Art. 43a, comma 5 della Costituzione federale, secondo il quale i compiti dello Stato devono essere adempiuti in base alle necessità e in modo economico.

## 3. Riconoscimento e promozione della medicina di famiglia (paragrafo 1, frase 2)

19 Oltre all'obbligo programmatico della Confederazione e dei Cantoni, nell'ambito delle loro competenze, di fornire un'assistenza sanitaria di base sufficiente, di alta qualità e accessibile a tutti (Art. 117a comma 1, frase 1 BV), l'Art. 117a comma 1, frase 2 BV li obbliga anche a riconoscere e promuovere la medicina di famiglia come componente essenziale di questa assistenza sanitaria di base. L'esplicita denominazione della medicina di famiglia come

parte dell'assistenza sanitaria primaria intende sottolineare la sua importanza come vera e propria "spina dorsale dell'assistenza medica primaria". In questo modo, l'Art. 117a Paragrafo 1 Frase 2 BV adempie al mandato rivolto alla Confederazione e ai Cantoni di riconoscere la medicina di famiglia stessa. Tuttavia, dalla formulazione della disposizione si evince anche che l'assistenza sanitaria primaria non è garantita solo dalla medicina di famiglia, ma che anche altri gruppi professionali - sia medici che non medici - danno il loro contributo.

Il significato del termine medicina di famiglia non è stato chiaro per molto tempo. Nei messaggi del Consiglio federale sull'iniziativa "Sì alla medicina di famiglia" e sulla revisione della Legge sulle professioni mediche, tuttavia, il termine è stato definito chiaramente. Di conseguenza, oggi "la medicina di famiglia è intesa come un campo di attività medica con un focus sulle cure primarie [...]". 20

L'interpretazione corrispondente del termine ha trovato ora spazio anche nella legge. In definitiva, è stata presa in considerazione una preoccupazione giustificata dell'iniziativa "Sì alla medicina di famiglia". La Legge sulle Professioni Mediche definisce l'importanza e la funzione centrale della medicina di famiglia come obiettivo formativo specifico della medicina umana, dell'odontoiatria e della chiropratica. Inoltre, la funzione di controllo della medicina di famiglia viene definita come un ulteriore obiettivo formativo. Infine, nello stesso punto si specifica che le conoscenze, le competenze e le abilità specifiche nel campo della medicina di famiglia devono essere acquisite in parte nell'ambito degli assistenti di studio. 21

Inoltre, la medicina di famiglia è una delle due specializzazioni (l'altra è quella di specializzando ospedaliero) che possono essere perseguite nell'ambito della formazione continua per ottenere il titolo di perfezionamento "Medicina interna generale". Per definire ulteriormente il termine, è quindi opportuno fare riferimento alle competenze da acquisire nell'ambito di questa formazione continua. Al termine della loro formazione, gli specialisti devono avere la competenza per lavorare nell'intero spettro dell'assistenza ambulatoriale. Devono essere in grado di valutare quali indagini, esami e terapie sono indicati e in quale periodo di tempo, e devono - questo è fondamentale per chiarire il termine - essere in grado di eseguire da soli i "più comuni" di questi. Se necessario, tuttavia, è necessario consultare uno specialista. Se ne deduce che la medicina di famiglia è un primo punto di 22

contatto che più spesso è in grado di intraprendere autonomamente le azioni rilevanti dal punto di vista medico.

23 Infine, si può ritenere certo che i servizi delle persone con i titoli post-laurea di medicina interna generale (in precedenza medicina generale e medicina interna), di medicina generale e di pediatria e medicina degli adolescenti devono essere conteggiati come parte della medicina di famiglia. Si tratta delle persone che sono state esentate dalla restrizione dell'autorizzazione quando il cosiddetto blocco dell'autorizzazione è stato reintrodotto nel 2013, in conformità con l'art. 55a LAMal, e che sono state quindi riconosciute dal legislatore come fornitori di cure primarie.

## B. Mandati legislativi alla Confederazione (paragrafo 2)

### 1. Contenuto normativo generale e ordine delle competenze

24 Mentre il mandato alla Confederazione e ai Cantoni ai sensi dell'Art. 117a, comma 1, BV è di natura puramente programmatica, l'Art. 117a, comma 2, BV conferisce alla Confederazione un mandato legislativo e quindi il dovere di intervenire a livello normativo nell'ambito dell'istruzione e della formazione e dell'esercizio della professione, nonché per quanto riguarda la remunerazione dei servizi di medicina di famiglia. Poiché la Confederazione aveva già questa competenza almeno nell'ambito del diritto privato in base all'Art. 95 della Costituzione federale e nell'ambito dell'assicurazione contro le malattie e gli infortuni in base all'Art. 117 della Costituzione federale, al mandato legislativo viene talvolta attribuito anche un carattere puramente appellativo. Tuttavia, va notato che nell'ambito dell'assistenza sanitaria di base, la disposizione odierna stabilisce una competenza federale completa e successivamente derogatoria sia per il settore del diritto privato che per l'esercizio professionale nel settore del diritto pubblico. L'esatta portata di questa competenza è determinata dall'interpretazione dei termini "professioni di assistenza sanitaria di base", "formazione e perfezionamento" e "pratica", nonché "servizi di medicina di famiglia".

### 2. Professioni di assistenza sanitaria primaria

25 Per quanto riguarda il concetto di assistenza sanitaria primaria, occorre fare riferimento alle spiegazioni precedenti. Per quanto riguarda la questione di quali gruppi professionali forniscono i servizi di assistenza sanitaria di base, il

Consiglio federale, al momento della stesura dell'articolo 117a comma 2 della Costituzione federale, ha assunto in linea di principio che le professioni dell'assistenza sanitaria di base dovessero essere definite in dettaglio dal legislatore. Allo stesso tempo, però, ha anche espressamente sottolineato che l'ambito di applicazione non si limita ai medici di assistenza primaria classicamente indicati come medici di base. Anche altri professionisti della salute, sia medici che non medici (ad esempio, nei settori odontoiatrico, farmaceutico, infermieristico, di consulenza nutrizionale, occupazionale e fisioterapico, radiologico e dei servizi medici di emergenza), contribuiscono in modo significativo all'assistenza sanitaria di base e quindi rientrano in questo termine. L'apertura della formulazione della disposizione, che regolamenta "le professioni" e non "le professioni", lascia esplicitamente spazio alla sussunzione di professioni diverse da quelle conosciute oggi, a seconda degli sviluppi medici e sociali. La Legge sulle professioni sanitarie, entrata in vigore il 1° febbraio 2020, sarà probabilmente decisiva per la definizione e l'inclusione di nuove professioni sanitarie, soprattutto perché è stata promulgata sulla base dell'Art. 117a comma 2 lit. a della Costituzione federale.

## 3. Disposizioni relative all'istruzione e alla formazione e all'esercizio della professione (lit. a)

Come spiegato in precedenza, l'Art. 117a comma 2 lit. a BV conferisce alla Confederazione la competenza completa di regolamentare la formazione iniziale e continua nelle professioni dell'assistenza sanitaria di base. Inoltre, la Confederazione ha la competenza di emanare disposizioni uniformi a livello federale in merito all'esercizio di queste professioni. L'istruzione e la formazione devono essere intese come un "continuum che comprende la formazione professionale di base, la formazione presso gli istituti tecnici superiori, le scuole universitarie professionali e le università, la formazione continua orientata alla professione e la formazione continua accademica post-laurea". Il CET serve per approfondire e ampliare le competenze acquisite durante la formazione o per specializzarsi in un particolare campo o area di attività". 26

La Confederazione ha già adempiuto al suo obbligo promulgando la Legge sulle professioni mediche (LPMed) e la Legge sulle professioni psicologiche (LPS) e ha successivamente creato una base costituzionale (aggiuntiva) per le 27

disposizioni di queste due leggi. Nell'ambito delle professioni sanitarie, ha adempiuto al mandato costituzionale promulgando la Legge sulle Professioni Sanitarie (GesBG). A questo punto, va notato che con l'emanazione della Legge sulle professioni sanitarie, l'ingresso della Legge sulle professioni mediche e della Legge sulle professioni psicologiche è stato integrato dall'Art. 117a comma 2 della Costituzione federale. Questa è una conseguenza diretta del fatto che l'Articolo 117a Paragrafo 2 BV ha esteso la competenza normativa del Governo federale, che prima era limitata al settore del diritto privato, al settore del diritto pubblico. Lo scopo di questi decreti è quello di regolare, tra le altre cose, l'istruzione, la formazione e la pratica professionale di coloro che rientrano nel loro ambito soggettivo.

## 4. Remunerazione adeguata per i servizi dei medici di medicina generale (lett. b)

28 Con l'obbligo della Confederazione di creare un regolamento sulla remunerazione adeguata dei servizi dei medici di famiglia, è stata soddisfatta una, se non la richiesta centrale dell'iniziativa "Sì alla medicina di famiglia". Dopotutto, lo svantaggio finanziario della medicina di famiglia rispetto alla medicina specialistica è stato uno dei motivi principali del suo lancio. Senza questa concessione nella preparazione della controproposta, il Comitato d'iniziativa probabilmente non avrebbe ritirato l'iniziativa. Sebbene sia sostanzialmente già chiaro dal testo della Costituzione, occorre tuttavia sottolineare che esplicitamente solo i servizi dei medici di famiglia beneficiano di questo privilegio costituzionale e non le "professioni dell'assistenza sanitaria di base" secondo la lettera a della disposizione.

29 Il risarcimento non avviene attraverso un sistema di pagamenti diretti. Piuttosto, è stata trovata una via attraverso una corrispondente progettazione delle strutture tariffarie e dei listini prezzi della legge sulle assicurazioni sociali, come TARMED e il listino di analisi. Cosa si debba intendere per compensazione adeguata, d'altra parte, difficilmente può essere specificato in modo appropriato. La Costituzione lascia al legislatore un margine di manovra maggiore di quello che potrebbe avere. In definitiva, si deve concordare con l'opinione di Gächter/Renold-Burch, secondo cui l'adeguatezza della remunerazione "deve essere misurata rispetto all'obiettivo di rafforzare [...] la medicina di famiglia".

## LETTURE CONSIGLIATE

Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Zürich/Basel 2014.

Gutzwiller Felix/Jeanneret Olivier (Hrsg.), Sozial- und Präventivmedizin Public Health, 2. Aufl., Bern 1999.

Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel 1992.

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, in: Band VIII – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) von Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel 2005.

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Zürich/Basel 2008.

Wolf Salome/Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008.

## GLI AUTORI

Avvocato Prof. Dr. iur. Ralph Trümpler ha studiato presso le Università di Friburgo i.Ü., Zurigo e Lucerna. Dopo aver conseguito il dottorato nel campo del diritto costituzionale, ha lavorato come cancelliere presso diversi tribunali amministrativi e si è specializzato in diritto pubblico come avvocato. Dal 2018 è docente e dal 2023 professore di diritto amministrativo presso la facoltà di giurisprudenza di Kalaidos. Presso Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG si occupa di mandati nell'ambito del diritto costituzionale e amministrativo e del diritto pubblico commerciale.

Gregori Werder, avvocato, fornisce consulenza e contenzioso in tutte le aree del diritto pubblico presso lo studio legale Werder Viganò AG, con particolare attenzione al diritto sanitario pubblico, al diritto delle assicurazioni sanitarie e al diritto del personale. Inoltre, tiene regolarmente corsi di formazione su argomenti di diritto pubblico e svolge vari incarichi di insegnamento.

Gli autori accolgono suggerimenti e commenti via e-mail all'indirizzo truempler@rudincantieni.ch e/o g.werder@wvlaw.ch.

## I MATERIALI

Bekanntmachung der Departemente und der Ämter zum Zustandekommen der Eidgenössischen Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27. April 2010, BBl 2010, S. 2939 ff.

Bekanntmachung der Departemente und der Ämter zum Rückzug der Eidgenössischen Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27. April 2010, BBl 2013, S. 7989.

Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011, S. 7553 ff. (zit. BBl 2011 7553).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014 vom 18. August 2014, BBl 2014, S. 6346 ff. (zit. BBl 2014 6346).

Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013, BBl 2013, S. 6205 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Gächter Thomas, Was ist «medizinische Grundversorgung»?, Pflegerecht 2015, S. 101 ff.

Gächter Thomas/Filippo Martina, Stärkt der neue «Grundversorgungsartikel» der schweizerischen Bundesverfassung das «Recht auf Gesundheit»?, Bioethica Forum, 8(3):85–89.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, Rechtsgutachten zur Tragweite von Art. 117a Abs. 2 lit. a BV für die Gesundheitsberufe, 12. Mai 2015.

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018.

Gächter Thomas/Werder Gregori, Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?, Pflegerecht 2019, S. 2 ff.

Filippo Martina, Angemessene Abgeltung der Leistungen nur für die Hausarztmedizin?, Pflegerecht 2015, S. 107 ff.

Kahil-Wolff Hummer Bettina, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Basel 2021.

Kaufmann Marianne, Was muss oder soll der Bund bei den Berufen der medizinischen Grundversorgung regeln?, Pflegerecht 2015, S. 104 ff.

Tschudi Peter, Geschichte der Hausarztinitiative bis zum Grundversorgungsartikel, Pflegerecht 2015, S. 95 ff.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 118 Cost.

Un commentario di Ralph Trümpler / Gregori Werder

CITAZIONE SUGGERITA

Ralph Trümpler/Gregori Werder, Commentary of art. 118 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Trümpler / Werder, N XXX zu Art. 118 BV.

**Art. 118 Protezione della salute**

[1] Nell'ambito delle sue competenze la Confederazione prende provvedimenti a tutela della salute.

[2] Emana prescrizioni su:

a. l'impiego di alimenti, nonché di farmaci, stupefacenti, organismi, sostanze chimiche e oggetti che possono mettere in pericolo la salute;

b. la lotta contro malattie trasmissibili, fortemente diffuse o maligne dell'uomo e degli animali; vieta in particolare ogni forma di pubblicità per i prodotti del tabacco che raggiunge fanciulli e adolescenti;

c. la protezione dalle radiazioni ionizzanti.

# STRUTTURA

I. Storia delle origini ..... 1057
II. Commento in senso stretto ..... 1057
A. Misure per proteggere la salute (paragrafo 1) ..... 1057
B. Mandati legislativi (paragrafo 2) ..... 1059
1. Competenza legislativa completa con effetto derogatorio retroattivo ..... 1059
2. Manipolazione di alimenti, medicinali, narcotici, organismi, sostanze chimiche e oggetti pericolosi per la salute (lit. a) ..... 1059
3. Combattere le malattie (lit. b) ..... 1062
4. Protezione dalle radiazioni ionizzanti (lit. c) ..... 1063
Letture consigliate ..... 1064
Gli autori ..... 1065
I materiali ..... 1065
Bibliografia ..... 1066

# I. STORIA DELLE ORIGINI

L'art. 118 Cost. viene definito l'articolo sulla salute della Costituzione federale e ha trasferito gli articoli 69, 69$^{bis}$ e 24$^{quinquies}$ comma 2 aCost. nel nuovo testo costituzionale. Ad eccezione di alcuni aggiustamenti redazionali - in particolare, gli esseri umani e gli animali non sono più menzionati nel paragrafo 1, ma nel paragrafo 2 lit. b della disposizione - corrisponde in gran parte all'E-Art. 109 Cost. secondo il progetto di revisione della Costituzione federale del Consiglio federale. Le mozioni di minoranza nella Commissione Costituzionale del Consiglio Nazionale per aggiungere una disposizione per la promozione dell'auto-aiuto e la promozione della prevenzione "primaria", nonché per creare una competenza per l'emissione di regolamenti sull'istruzione e la formazione "nelle professioni mediche scientifiche" sono state respinte di stretta misura nel Consiglio Nazionale. 1

# II. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Misure per proteggere la salute (paragrafo 1)

L'Art. 118, comma 1, della Costituzione federale formula un mandato programmatico molto generale alla Confederazione per l'adozione di misure di protezione della salute umana e animale. L'aggiunta di "nell'ambito delle sue competenze" chiarisce che il mandato programmatico in quanto tale non stabilisce nuove competenze federali. Sulla base di questo concetto, la salute pubblica rimane fondamentalmente di competenza dei Cantoni. Tuttavia, il fatto che l'Art. 118 comma 2 della Costituzione federale elenchi poi diverse aree tematiche che, per certi versi, conferiscono alla Confederazione una competenza legislativa vincolante (frammentaria) con conseguente effetto derogatorio rispetto alla tutela della salute della popolazione che deve essere garantita, lo mette in prospettiva. Le "strategie" emanate dalla Confederazione in vari settori mettono alla prova l'ordine di competenze dello Stato, nella misura in cui la Confederazione è impegnata in una certa misura nella promozione della salute globale e non specifica per una malattia - questo include non solo la strategia di politica sanitaria 2020-2030 del Consiglio federale, ma anche le numerose strategie sanitarie nazionali orientate a un tema (ad esempio, nei settori della demenza, della sanità elettronica, del cancro, delle malattie non trasmissibili, delle cure palliative, ecc.) 2

3 Il concetto di salute è centrale per la comprensione dell'Art. 118 comma 1 Cost.. Tuttavia, si cerca invano non solo nella disposizione stessa, ma anche nei materiali una definizione di questo "termine altamente indeterminato che necessita di essere concretizzato". Nei materiali relativi ad altre disposizioni della Costituzione federale, come l'Art. 41 comma 1 lett. b Cost., così come nel resto della legge federale, è stata omessa anche una circoscrizione definitoria del concetto di salute. Ciò è probabilmente dovuto anche al fatto che una definizione concisa e universale è difficilmente realizzabile a causa del suo quadro di riferimento, che dipende dal rispettivo contesto. Al contrario, i numerosi tentativi di definizione da parte della dottrina sono quasi impossibili da tenere sotto controllo, con una parte della dottrina che sostiene in linea di principio che il concetto di salute debba essere circoscritto sulla base delle rispettive opinioni applicabili della storia contemporanea, mentre altre dottrine sostengono che debba essere concretizzato sulla base del suo scopo nel contesto del rispettivo ambiente normativo.

4 Per quanto riguarda il diritto internazionale, ha senso intendere il concetto di salute in modo ampio, come fa l'OMS nella Dichiarazione di Alma-Ata del 1978 o nelle definizioni della Carta di Ottawa per la promozione della salute del 1986. Al punto I della Dichiarazione di Alma-Ata, la salute è descritta come uno "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale" e non è esplicitamente intesa come un semplice stato di "assenza di malattia o infermità". A prescindere dal fatto che la salute possa mai essere descritta in modo corretto e definitivo concettualmente e come concetto, è probabile che un'ampia comprensione del termine corrisponda a un consenso sul fatto che il concetto di salute è mutevole e non deve essere ridotto ad "assenza di malattia".

5 L'oggetto dell'Art. 118 comma 1 della Costituzione federale è innanzitutto costituito dalle misure di polizia per scongiurare il pericolo, che sono generalmente destinate a prevenire danni diretti alla salute - si tratta quindi di pericoli concreti e diretti per la salute pubblica e quindi per la salute delle persone e degli animali in generale. Le menomazioni indirette, come quelle causate dall'aria, dal rumore, dall'acqua o da altre influenze ambientali, non sono coperte, ma sono oggetto del cosiddetto articolo sulla protezione ambientale (Art. 74 Cost.). Per quanto riguarda la protezione più specifica degli animali, è rilevante anche l'Articolo 80 della Costituzione federale. Infine, le misure che riguardano lo stato di salute dell'individuo e la

promozione della salute non rientrano nell'ambito di questa disposizione. Di conseguenza, non esiste fondamentalmente alcuna base costituzionale per una promozione della salute completa e non specifica per la malattia, nel senso di "promozione dell'auto-aiuto" e promozione per la "prevenzione primaria", tra l'altro perché la Commissione costituzionale del Consiglio nazionale e successivamente anche il Consiglio nazionale stesso hanno respinto una versione corrispondente dell'Art. 118 comma 1 Cost. (ma cfr. N 2 in fine). È ovvio che questo contrasta con il concetto ampio di salute generalmente postulato. Tuttavia, alcuni aspetti della promozione della salute non specifica per la malattia sono alla base di varie garanzie internazionali concordate e dei diritti umani (sociali) - in particolare il "diritto alla salute" secondo l'articolo 12 del Patto ONU I . Tuttavia, tali norme non danno luogo a diritti individuali, ad esempio alla promozione della salute non specifica di una malattia, ma le relative garanzie devono essere considerate come un requisito programmatico per l'assistenza sanitaria degli Stati firmatari, che a sua volta può servire come giustificazione per la Confederazione per prendere in considerazione la promozione della salute completa e non specifica di una malattia, laddove siano necessarie spinte nazionali (cfr. a questo proposito le strategie nazionali per la salute orientate ai temi di cui sopra).

## B. Mandati legislativi (paragrafo 2)

### 1. Competenza legislativa completa con effetto derogatorio retroattivo

Nel paragrafo 2 dell'Articolo 118 della Costituzione federale, alla Confederazione viene conferita l'autorità e l'obbligo di emanare regolamenti nei settori secondari della salute, elencati in modo esaustivo, secondo le lettere da a a c. La competenza della Confederazione ha un effetto derogatorio retroattivo. La competenza federale è una competenza successiva e completa con effetto derogatorio. 6

### 2. Manipolazione di alimenti, medicinali, narcotici, organismi, sostanze chimiche e oggetti pericolosi per la salute (lit. a)

In base all'Art. 118 comma 2 lit. a della Costituzione federale, la Confederazione deve emanare norme sulla manipolazione di alimenti, prodotti e beni di consumo pericolosi per la salute. La disposizione corrisponde all'Art. 69bis a Cost.. Sebbene la competenza normativa sia in linea di principio esaustiva, non è possibile emanare un elenco esaustivo di 7

beni e oggetti specifici di natura pericolosa all'interno di queste categorie, rispetto ai quali la Confederazione ha competenza legislativa nel senso sopra descritto. Si presume invece che la Confederazione debba intraprendere un'azione normativa non appena un oggetto può essere assegnato a una delle categorie menzionate nell'Art. 118 Paragrafo 1 lit. a Cost. e sembra essere potenzialmente pericoloso per la salute. In questo caso si devono proteggere i consumatori e non gli specialisti. POLEDNA sottolinea giustamente che l'Art. 118 comma 1 lit. a Cost. ha in definitiva anche il carattere di una disposizione di protezione del consumatore.

8 La formulazione "trattare" scelta dal legislatore costituzionale indica che non solo gli atti primari - come il consumo o l'uso nel caso di alimenti, medicinali o stupefacenti - sono coperti dalla disposizione. Piuttosto, secondo i materiali, si deve presumere che i processi e le azioni più diversi siano coperti dalla definizione, ossia in particolare la produzione, la trasformazione, il commercio (importazione, stoccaggio, distribuzione, acquisto) e l'utilizzo. Tuttavia, la produzione per uso personale non deve essere inclusa nell'ambito di applicazione.

9 Nell'ambito dei prodotti alimentari, la Confederazione ha esercitato la sua competenza emanando la Legge federale sulle derrate alimentari e gli oggetti d'uso (LDerr; RS 817.0). Su questa base, sono state emanate numerose ordinanze dipartimentali e alcune del Consiglio federale, come l'Ordinanza sulle derrate alimentari e gli oggetti d'uso (LGV; RS 817.02) o l'Ordinanza sul tabacco (TabV; RS 817.06). L'Art. 4 comma 1 LMG contiene poi una definizione generale di alimento come "qualsiasi sostanza o prodotto destinato o ragionevolmente prevedibile ad essere ingerito dall'uomo allo stato trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato". Questa definizione è integrata nell'Art. 4 comma 2 LMG da un elenco positivo e nell'Art. 4 comma 3 LMG da un elenco negativo. Il legislatore federale ha rinunciato a una definizione generale e astratta di beni di consumo e ha invece definito nell'Art. 5 LD otto categorie di prodotti in cui un oggetto può rientrare per essere considerato un bene di consumo ai sensi della LD.

10 La Confederazione ha adempiuto all'obbligo e alla competenza di regolamentare il trattamento dei medicinali e degli stupefacenti emanando la Legge federale sui medicinali e i dispositivi medici (LPM, Legge sugli agenti terapeutici; RS 812.21). Questo vale anche per i narcotici se vengono utilizzati come prodotti terapeutici (Art. 2 comma 2 lett. b HMG). Il Governo federale

regola anche il trattamento degli stupefacenti nella Legge federale sugli stupefacenti e le sostanze psicotrope (BetmG; RS 812.121). Ai sensi dell'Art. 2 lit. a BetmG, gli stupefacenti sono sostanze e preparati che producono dipendenza e che hanno effetti del tipo morfina, cocaina o cannabis, nonché sostanze e preparati che vengono prodotti sulla loro base o che hanno un effetto simile a questi. Nel caso della cannabis, si può osservare una liberalizzazione che procede lentamente. Ad esempio, l'uso della cannabis a scopo terapeutico è stato legalizzato a partire dal 1° agosto 2022, e l'Art. 8a BetmG ha permesso esperimenti pilota con distribuzione controllata di questa sostanza per "scopi di piacere" dal 15 maggio 2021.

I termini "organismi" e "sostanze chimiche" hanno in comune il fatto di dover essere interpretati in senso stretto, poiché in ultima analisi anche gli animali e gli esseri umani sono organismi e i loro "componenti" sono sostanze chimiche e la competenza sarebbe onnicomprensiva con una comprensione ampia del termine. Si deve quindi presumere che la disposizione riguardi solo le sostanze chimiche e i loro preparati in quanto tali ("sostanze chimiche") e i microrganismi ("organismi"). Le disposizioni sulla manipolazione dei microrganismi si trovano in diverse leggi federali, come la Legge sulla protezione dell'ambiente (USG; RS 814.01) e la Legge federale sull'ingegneria genetica in ambito non umano (GTG; RS 814.91). Inoltre, il termine "organismi" è definito nell'Art. 7 comma 5bis USG e nell'Art. 5 comma 1 GTG: "Gli organismi sono entità biologiche cellulari e non cellulari capaci di riprodursi o di trasmettere materiale genetico. Le miscele e gli oggetti che contengono tali unità sono trattati come tali". 11

"Articoli che possono mettere in pericolo la salute" è essenzialmente un reato di tipo "catch-all". Oltre alla suddetta LMG, che contiene anche un elenco di articoli da utilizzare (cfr. art. 5 LMG), a questo proposito occorre fare riferimento soprattutto alla Legge sulla sicurezza dei prodotti (PrsG; RS 930.11) e alla Legge sugli esplosivi (SprstG; RS 941.41). Gli oggetti che, per la loro natura, sono adatti a minacciare o ferire le persone sono soggetti anche alla Legge sulle armi (WG; SR 514.54). L'Art. 4 comma 6 della Legge sulle armi menziona oggetti come "utensili, attrezzature domestiche e sportive" ed esclude i coltelli tascabili, "come il coltello tascabile dell'esercito svizzero". 12

### 3. Combattere le malattie (lit. b)

13 L'Art. 118 comma 2 lit. b Cost. obbliga la Confederazione a emanare norme per il controllo delle malattie trasmissibili, diffuse o maligne dell'uomo e degli animali. La disposizione corrisponde all'Art. 69 aCost.. In passato, la Confederazione aveva il diritto di intervenire quando la diffusione di una malattia comprometteva il rendimento lavorativo di ampie fasce della popolazione e quindi, indirettamente, anche l'economia.

14 Secondo l'Art. 118 Paragrafo 2 lit. b Cost., per stabilire una competenza federale, una malattia deve soddisfare i seguenti requisiti alternativi ("una delle tre caratteristiche"). In molti casi, tuttavia, è probabile che una malattia soddisfi tutti i criteri di cui sopra. Deve essere maligno, il che avviene se minaccia la vita o provoca un danno grave e permanente alla salute. Oltre agli effetti individuali, si deve prendere in considerazione anche l'impatto e il danno sociale ed economico di una malattia sulla società. Un altro prerequisito alternativo è la diffusione capillare di una malattia. Questo è il caso se la malattia non è puramente locale, ma si è diffusa a tal punto da richiedere misure a livello nazionale. Come terzo criterio alternativo, l'Art. 118 comma 2 lett. b Cost. menziona la trasmissibilità di una malattia. Questo viene dato se la malattia è causata da un agente patogeno che può essere trasmesso, il che significa che la malattia è direttamente o indirettamente contagiosa.

15 L'emanazione di norme che servono a "combattere" le corrispondenti malattie dell'uomo e degli animali non significa solo lo spettro degli strumenti di polizia sanitaria, come divieti, obblighi comportamentali e licenze. Sono possibili anche misure mirate di natura preventiva per scongiurare le malattie, purché non si tratti di una prevenzione puramente generale.

16 In base all'Art. 118 comma 2 lit. b della Costituzione federale, la Confederazione ha emanato, tra l'altro, la Legge federale sul controllo delle malattie umane trasmissibili (Legge sulle epidemie, EpG; RS 818.101). Questo definisce, ad esempio, cosa deve essere considerato una "malattia trasmissibile" ("malattia trasmissibile all'uomo tramite agenti patogeni o loro prodotti tossici"). ). In questo contesto, va menzionata anche la Legge federale sulla base giuridica delle ordinanze del Consiglio federale sulla gestione dell'epidemia di Covid 19 (Legge Covid 19; RS 181.102). Questa è stata promulgata dalla Confederazione in seguito all'epidemia di Covid 19 e regola i poteri speciali del Consiglio federale per combattere l'epidemia di Covid 19 e

gestire gli effetti delle misure di controllo sulla società, sull'economia e sulle autorità (Art. 1 comma 1 Legge Covid 19). Inoltre, la Legge federale sulla registrazione delle malattie tumorali (KRG; RS 818.33), la Legge federale sulla protezione contro i pericoli derivanti dalle radiazioni non ionizzanti e dal suono (NISSG; RS 814.71) e la Legge sulle epizoozie (TSG; RS 916.40) sono state emanate sulla base dell'Art. 118 comma 2 lett. b della Costituzione federale. Vale la pena ricordare che anche la promulgazione delle misure federali di protezione dal fumo passivo, ossia la Legge federale sulla protezione dal fumo passivo (RS 818.31), promulgata nel 2008, e la Legge federale sui prodotti del tabacco, prevista da tempo, si basano su questa base costituzionale. È discutibile se ulteriori misure (di prevenzione) - come la prevenzione del suicidio - possano basarsi anche su questa competenza federale.

Con l'adozione dell'iniziativa popolare "Sì alla protezione dei bambini e degli adolescenti dalla pubblicità del tabacco (bambini e adolescenti senza pubblicità del tabacco)" il 13 febbraio 2022, la Confederazione ha ricevuto anche il mandato di vietare qualsiasi tipo di pubblicità per i prodotti del tabacco che raggiunga bambini e adolescenti. Ciò significa che non solo la pubblicità del tabacco esplicitamente rivolta ai bambini e agli adolescenti sarà vietata, ma anche quella che può essere percepita da loro o che è accessibile a loro. Ciò significa che sono interessati la stampa, Internet, i manifesti, i cinema, i punti vendita e gli eventi. Va quindi ben oltre il controprogetto indiretto che il Consiglio federale e il Parlamento avevano opposto all'iniziativa. La revisione della Legge sui prodotti del tabacco nella versione del controprogetto indiretto entrerà in vigore non appena scadrà il termine del referendum, il 20 gennaio 2022, ma dovrà essere rivista immediatamente a causa dell'accettazione dell'iniziativa popolare. Secondo il n. 14 delle disposizioni transitorie successive all'adozione della Costituzione federale del 18 aprile 1999, questa revisione deve essere completata entro tre anni dall'adozione dell'iniziativa popolare. 17

## 4. Protezione dalle radiazioni ionizzanti (lit. c)

L'Art. 118 comma 2 lit. c della Costituzione federale stabilisce un mandato legislativo relativo alla protezione dalle radiazioni ionizzanti, mentre le radiazioni non ionizzanti sono coperte dall'articolo sulla protezione ambientale di cui all'Art. 74 della Costituzione federale. L'Art. 118 comma 2 lit. 18

c Cost. corrisponde all'Art. 24quinquies comma 2 aCost.. I regolamenti di polizia da emanare a questo proposito si trovano principalmente nella Legge sulla radioprotezione (StSG; RS 814.50). Sono in gran parte di natura preventiva; gli interventi di politica economica non possono basarsi sul fondamento costituzionale.

## LETTURE CONSIGLIATE

Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Diss. Zürich, Basel 2014.

Eichenberger Thomas/Jaisli Urs/Richli, Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Heilmittelgesetz, 2. Aufl., Basel 2022.

Fingerhuth Thomas/Schlegel Stephan/Jucker Oliver (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

Gutzwiller Felix/Jeanneret Olivier (Hrsg.), Sozial- und Präventivmedizin Public Health, 2. Aufl., Bern 1999.

Hug-Beeli Gustav, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz (BetmG), Basel 2015.

Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel 1992.

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, in: Band VIII – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) von Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel 2005.

Poledna Tomas/Arter Oliver/Gattiker Monika (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Bern 2006.

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Diss. Zürich, Basel 2008.

Streuli Christoph, Leitfaden zum Chemikalienrecht, 2. Aufl., Bern 2013.

Weber Rolf H., Lebensmittelrecht EU-Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2012.

Wolf Salome /Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008.

## GLI AUTORI

Avvocato Prof. Dr. iur. Ralph Trümpler ha studiato presso le Università di Friburgo i.Ü., Zurigo e Lucerna. Dopo aver conseguito il dottorato nel campo del diritto costituzionale, ha lavorato come cancelliere presso diversi tribunali amministrativi e si è specializzato in diritto pubblico come avvocato. Dal 2018 è docente e dal 2023 professore di diritto amministrativo presso la facoltà di giurisprudenza di Kalaidos. Presso Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG si occupa di mandati nell'ambito del diritto costituzionale e amministrativo e del diritto pubblico commerciale.

Gregori Werder, avvocato, fornisce consulenza e contenzioso in tutte le aree del diritto pubblico presso lo studio legale Werder Viganò AG, con particolare attenzione al diritto sanitario pubblico, al diritto delle assicurazioni sanitarie e al diritto del personale. Inoltre, tiene regolarmente corsi di formazione su argomenti di diritto pubblico e svolge vari incarichi di insegnamento.

Gli autori accolgono suggerimenti e commenti via e-mail all'indirizzo truempler@rudincantieni.ch e/o g.werder@wvlaw.ch.

## I MATERIALI

Amtl. Bull. NR, Separatdruck Verfassungsreform (abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bundesverfassung-reform-amtliches-bulletin-nr-d.pdf besucht am 7. März 2022).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 1 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, PrävG) vom 30. September 2009, BBl 2009 S. 7071 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über Tabakprodukte (TabPG), BBl 2015 S. 9379 ff. (bezüglich den ersten Entwurf des Gesetzes) und BBl 2019 919 ff. (bezüglich den zweiten Entwurf des Gesetzes).

Entwurf des Bundesgesetzes über Tabakprodukte (TabPG), BBl 2015 S. 9471 ff. (bezüglich den ersten Entwurf des Gesetzes) und BBl 2019 999 ff. (bezüglich

den zweiten Entwurf des Gesetzes); ferner BBl 2021 2327 ff. (Ablauf der Referendumsfrist).

Botschaft zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)», BBl 2020 7049 ff.

## BIBLIOGRAFIA

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bognuda Cristina, Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit, Zürich 2011.

Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002 (*zit. St. Galler Kommentar BV*).

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht – Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Aufl., Basel 2018.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Kahil-Wolff Hummer Bettina/Manon Joseph, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Basel 2021.

Mahon Pascal, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 119a Cost.

Un commentario di Franziska Sprecher / Marina Rickenbacher

CITAZIONE SUGGERITA

Franziska Sprecher/Marina Rickenbacher, Commentario all'art. 119a Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Sprecher/Rickenbacher, art. 119a Cost. N. XXX

**Art. 119*a* Medicina dei trapianti**

[1] La Confederazione emana prescrizioni in materia di trapianto di organi, tessuti e cellule. Provvede in tale ambito alla protezione della dignità umana, della personalità e della salute.

[2] Stabilisce in particolare criteri affinché l'attribuzione degli organi sia equa.

[3] La donazione di organi, tessuti e cellule umane è gratuita. Il commercio di organi umani è vietato.

# STRUTTURA

I. Storia delle origini ..... 1069
II. Contesto ..... 1070
A. Contesto nazionale ..... 1071
B. Contesto internazionale ..... 1071
III. Commento in senso stretto ..... 1072
A. Cpv. 1: Base di competenza e rispetto degli obblighi di tutela ..... 1072
1. Competenza federale e mandato legislativo (prima frase) ..... 1072
2. Ambito di applicazione materiale (prima frase) ..... 1073
3. Obblighi di tutela (2ª frase) ..... 1074
a. Principi generali ..... 1074
b. Accertamento della morte e momento del decesso ..... 1075
c. Tutela della dignità umana ..... 1077
d. Tutela della personalità ..... 1078
e. Tutela della salute ..... 1080
B. Cpv. 2: Criteri di allocazione degli organi ..... 1081
1. Principi generali ..... 1081
2. «Equo» ..... 1082
C. Cpv. 3: Principi: principio della gratuità e divieto di commercio di organi ..... 1084
1. Gratuità ..... 1084
2. Donazione ..... 1085
3. Divieto di commercio di organi ..... 1085
Letture consigliate ..... 1086
Bibliografia ..... 1088
I materiali ..... 1092

## I. STORIA DELLE ORIGINI

A partire dagli anni ’50, la medicina dei trapianti si è evoluta da una forma di terapia sperimentale a una tecnica di grande rilevanza nella medicina umana. Nel 1952 fu eseguito per la prima volta al mondo un trapianto di rene da donatore vivente. Undici anni dopo furono effettuati sia un trapianto di fegato che uno di polmone e nel 1967 fu trapiantato il primo cuore. A partire dalla metà degli anni ’60 si verificarono i primi trapianti d’organo anche in Svizzera. 1

In assenza di una competenza federale per una regolamentazione uniforme della medicina dei trapianti, si è creato un intricato groviglio normativo. Laddove esistevano regolamenti cantonali, questi divergevano in parte notevolmente sia per quanto riguarda le scelte di merito che le procedure previste. Al momento della pubblicazione del messaggio relativo a una disposizione costituzionale sulla medicina dei trapianti nel 1997, nessun cantone disponeva ancora di una normativa completa. In tutti i cantoni l’assegnazione degli organi disponibili rimaneva non regolamentata. Le **B lacunose**B e divergenti **B normative cantonali**B in materia di trapianti hanno creato, parallelamente agli sviluppi medici, l’esigenza di una regolamentazione, lasciando spazio a norme emanate da istituzioni private. 2

L’**Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM)** si assunse questo compito e nel 1969 emanò inizialmente delle linee guida medico-etiche per la definizione e la diagnosi della morte, nelle quali si pronunciò anche in merito all’accertamento della morte ai fini di un trapianto. Nel 1981 l’ASSM emanò una direttiva medico- sui trapianti, che nel 1995 è stata sostituita da una nuova direttiva per il trapianto di organi e ritirata nel 2007 in seguito all’entrata in vigore della legge federale sul trapianto di organi, tessuti e cellule. 3

L’**assegnazione degli organi disponibili** è stata coordinata a livello centrale a partire dal 1992 dalla fondazione Swisstransplant, anch’essa di natura privata, secondo regole di assegnazione elaborate internamente. Questo sistema di assegnazione era volontario e poteva essere equo solo fintantoché tutte le parti coinvolte lo rispettavano. L’obiettivo dell’introduzione di una norma nella Costituzione federale e di una legge federale era quindi anche quello di stabilire regole uniformi e vincolanti per l’assegnazione degli organi. 4

Dal 1984 fino all’adozione dell’art. 24$^{decies}$ aCst. nel 1999 sono state presentate sette **interventi parlamentari** con cui si chiedeva al Consiglio federale di 5

regolamentare la medicina dei trapianti, o almeno alcune sue parti, a livello federale, sebbene il Consiglio federale inizialmente negasse la necessità di una regolamentazione.

Nel 1994 il Consiglio federale accolse le mozioni Onken e Huber, che lo esortavano in particolare a vietare il commercio di organi e ad emanare le necessarie disposizioni costituzionali e legislative. L'Ufficio federale di giustizia giudicò insufficienti le competenze federali esistenti, motivo per cui, per una regolamentazione completa della medicina dei trapianti, era necessario innanzitutto creare una base costituzionale.

6 Nel referendum del 7 febbraio 1999, tutti i Cantoni e un'ampia maggioranza del popolo hanno approvato **il nuovo articolo costituzionale 24$^{decies}$ aBV**. Questo è stato recepito senza modifiche come art. 119*a* nella Costituzione federale totalmente rivista.

7 La Confederazione ha ritenuto particolarmente urgente proteggere i destinatari di emoderivati dalle infezioni, motivo per cui non ha voluto attendere il periodo prevedibilmente lungo necessario per l'emanazione di una legge sui trapianti. Pertanto, già nel 1996 ha adottato il **decreto federale sul controllo del sangue, prodotti ematici e trapianti**, che è stato abrogato parzialmente con l'entrata in vigore della legge sui medicamenti del 2002 e completamente con quella della legge sui trapianti del 2007.

## II. CONTESTO

8 Con l'inserimento dell'art. 119*a* (inizialmente come art. 24$^{decies}$ aBV) nella Costituzione federale, la Confederazione è stata autorizzata e obbligata a emanare una normativa uniforme in materia di medicina dei trapianti (N 13 segg.). La Confederazione è quindi competente, dal 1999, a disciplinare in modo esaustivo il trapianto di organi, tessuti e cellule, provvedendo alla tutela della dignità umana, della personalità e della salute (N. 21 e segg.). Sostanzialmente, cpv. 2 stabilisce che la Confederazione deve definire, in particolare, i criteri per un'equa attribuzione degli organi. Nel cpv. 3 si trova il divieto costituzionale del commercio di organi e il principio della gratuità degli organi, dei tessuti e delle cellule umani.

## A. Contesto nazionale

Nel 2004 la Confederazione ha emanato, sulla base dell'art. 119*a* Cost., la legge federale sui trapianti di organi, tessuti e cellule, entrata in vigore nel 2007 insieme alle varie ordinanze di attuazione. Da allora sono state riviste sia la legge sui trapianti sia la normativa d'attuazione. Poiché la domanda di organi disponibili supera l'offerta, sono stati compiuti diversi tentativi per aumentare quest'ultima. Con l'«Iniziativa sulla donazione di organi», presentata il 22 marzo 2019, si è cercato di passare dal regime del consenso a quello dell'opposizione. Il 14 giugno 2019 il Consiglio federale ha deciso di respingere l'iniziativa e ha presentato una controproposta indiretta, nella quale proponeva l'introduzione del regime di opposizione esteso. 9

Il Parlamento ha approvato tale proposta e ha raccomandato di respingere l'iniziativa, a seguito di quoi il comitato promotore ha proceduto a un ritiro condizionato. A causa del referendum contro la revisione di legge che ne è seguito, il popolo si è espresso sul cambiamento di paradigma approvato e ha accettato la modifica della legge sui trapianti (TxG) con il 60,2% dei voti, a fronte di un'affluenza alle urne del 40,3%.

## B. Contesto internazionale

L'evoluzione della legislazione svizzera in materia di medicina dei trapianti va inserita nel **contesto internazionale**. Nel 1978 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa emanò per la prima volta una risoluzione volta a regolamentare la medicina dei trapianti. Nella regolamentazione della medicina dei trapianti occorre prestare particolare attenzione all'informazione completa, all'anonimato del donatore, ai presupposti del suo consenso e alla gratuità. Seguirono numerose raccomandazioni del Comitato dei Ministri, che vertevano, tra l'altro, sulla cooperazione internazionale in materia di scambio e trasporto di sostanze umane, sullo xenotrapianto, sulle liste d'attesa e sul traffico di organi. 10

Di grande importanza per la medicina dei trapianti è la **Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina** del Consiglio d'Europa, conclusa nel 1997 e ratificata dalla Svizzera nel 2008. Essa stabilisce, tra l'altro, che le persone devono essere informate prima di un intervento medico (**consenso informato**, art. 5) e contiene, negli articoli 19-22, le disposizioni relative ai trapianti. La Svizzera ha formulato alcune riserve, secondo le quali non si 11

applica il principio di sussidiarietà alla donazione da vivente e il prelievo di tessuti o cellule rigenerabili deve essere possibile, in via eccezionale, anche a favore di un genitore di una persona minorenne o incapace di discernimento. La Svizzera ha inoltre ratificato nel 2009 il Protocollo aggiuntivo sul trapianto di organi e tessuti umani alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, entrato in vigore nel 2010. In esso sono sanciti in particolare il divieto di lucro e i presupposti per il prelievo di organi e tessuti. Infine, il 1° febbraio 2021 è entrata in vigore la Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani, con la quale la Svizzera si è impegnata a combattere il traffico di organi.

12 Di rilevanza pratica è poi il diritto dell'Unione europea (UE), che disciplina, tra l'altro, gli standard di qualità e sicurezza nel trattamento dei trapianti. Inoltre, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e l'Associazione medica mondiale (WMA) hanno redatto risoluzioni e linee guida in materia di medicina dei trapianti.

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Cpv. 1: Base di competenza e rispetto degli obblighi di tutela

13 L'art. 119*a* Cost. attribuisce alla Confederazione **una competenza globale** per emanare norme in materia di trapianto di organi, tessuti e cellule (N. 14 e segg.) e la obbliga a garantire la tutela della dignità umana, della personalità e della salute (N. 21 e segg.).

#### 1. Competenza federale e mandato legislativo (prima frase)

14 L'assistenza sanitaria rientra tradizionalmente nella competenza dei Cantoni in virtù della sussidiarietà della competenza federale ai sensi dell'art. 3 in combinato disposto con l'art. 42 cpv. 1 Cost. Solo con l'inserimento dell'art. 24$^{decies}$ nella Cost. federale la competenza in materia di medicina dei trapianti è passata dai Cantoni alla Confederazione. L'art. 119*a* cpv. 1 Cost. non solo autorizza la **Confederazione**, ma la **obbliga** a legiferare nel settore della medicina dei trapianti. Alla competenza della Confederazione si attribuisce **un effetto derogatorio retroattivo**. Il diritto cantonale rimane quindi in vigore fintantoché la Confederazione non abbia ancora adempiuto al proprio obbligo o non lo abbia fatto in modo completo. Con l'emanazione della legge sui trapianti, approvata il 4 ottobre 2004 ed entrata in vigore il 1° luglio 2007, e

della relativa normativa d'attuazione, la Confederazione ha adempiuto al proprio mandato legislativo. Ai Cantoni spettano ormai solo compiti esecutivi limitati. In particolare, essi sono competenti per il perseguimento e il giudizio dei reati (art. 71 cpv. 1 LTr).

## 2. Ambito di applicazione materiale (prima frase)

L'art. 119*a* Cost. consente alla Confederazione di disciplinare **in modo esaustivo** la medicina dei trapianti. La disposizione costituzionale distingue tra il trapianto di organi, tessuti e cellule, delimitando così l'ambito di applicazione materiale. 15

Il **trapianto** ai sensi dell'art. 119*a* Cost. indica il trasferimento di organi, tessuti e cellule a una persona a fini terapeutici. Un trapianto può avvenire all'interno della stessa specie (cosiddetto trapianto allogenico) o tra specie diverse (cosiddetto trapianto xenogenico). Se la persona donatrice e quella ricevente sono lo stesso individuo, si parla di trapianto autologo. Si distingue inoltre se gli organi, i tessuti e le cellule da utilizzare per il trapianto siano prelevati da una persona vivente (cosiddetta donazione da vivente) o da una persona deceduta (cosiddetta donazione post mortem). 16

Per **organi** si intendono parti del corpo «le cui cellule e tessuti formano insieme un'unità con una funzione specifica» (ad es. cuore, polmone, fegato, rene, pancreas) . Sono considerati organi anche, da un lato, le parti di organi la cui funzione è equiparabile a quella di un organo (ad es. un lobo epatico) e, dall'altro, le parti del corpo composte da diversi tessuti e alle quali spetta una determinata funzione (ad es. una mano). La distinzione tra organi, tessuti e cellule è particolarmente rilevante poiché solo gli organi sono soggetti alla procedura specifica di assegnazione (N. 40 e segg.). I **tessuti** sono aggregati cellulari strutturati, composti da cellule uguali o diverse, che svolgono una funzione comune all'interno del corpo (ad es. pelle, ossa) . Da questi vanno distinte le singole **cellule** o le masse cellulari non strutturate e le sospensioni cellulari. Queste ultime sono costituite esclusivamente da cellule identiche. Con un trapianto di cellule è possibile riparare difetti tissutali (ad es. trapianto di cellule cutanee e cartilaginee) o sostituire prodotti metabolici di cui l'organismo è carente (ad es. insulina e serotonina). Con l'art. 119*a* Cost. è stata attribuita alla Confederazione la competenza normativa per tutti gli organi, i tessuti e le cellule utilizzabili nella medicina dei trapianti. È quindi compreso anche il trapianto di tessuto fetale umano. Per il trapianto di tessuti o cellule 17

embrionali e fetali è necessaria, ai sensi dell'art. 38 LTrap, un'autorizzazione dell'UFSP.

18 Il campo di applicazione oggettivo dell'art. 119*a* Cost. comprende, oltre a quelli umani, **anche quelli animali**, a condizione che il trapianto sia destinato all'uomo (il cosiddetto **xenotrapianto**). Il legislatore costituzionale non ha quindi espresso esplicitamente una posizione in merito allo xenotrapianto, ma ha lasciato al legislatore la facoltà di decidere se e, eventualmente, in che modo consentirlo. Ai sensi dell'art. 43 della Legge sui trapianti (TxG), gli xenotrapianti sono ammessi solo previa autorizzazione caso per caso da parte dell'Ufficio federale della sanità pubblica.

19 Gli organi, i tessuti e le cellule **devono essere distinti dagli impianti**. I primi sono costituiti da materia vivente, i secondi da materia inanimata. La questione se il caso in cui organi, tessuti o cellule umani o animali (ad es. ossa, cartilagini o tendini umani, nonché valvole cardiache di suini) vengano prelevati, trattati e devitalizzati e, in tale stato devitalizzato, impiantati nell'uomo, debba rientrare nell'ambito di applicazione della legge sui trapianti o della legge sui prodotti terapeutici, è stata lasciata aperta nel messaggio relativo all'articolo costituzionale. Con l'art. 2 cpv. 2 lett. a LTr, gli innesti devitalizzati sono stati esclusi dal campo di applicazione della legge sui trapianti.

20 La norma di competenza di cui all'art. 119*a* Cost. **non disciplina** invece l'utilizzo di sostanze umane e animali per scopi diversi da quello del trapianto sull'uomo (ad es. a fini di autopsia, di procreazione medicalmente assistita o per la produzione di cosmetici).

## 3. Obblighi di tutela (2ª frase)

### a. Principi generali

21 L'art. 119*a* cpv. 1, 2ª frase, Cost. (rispettivamente art. 24$^{decies}$ cpv. 1 aCost.) ha conferito alla Confederazione il **mandato vincolante** di provvedere, nella regolamentazione della medicina dei trapianti, alla tutela della dignità umana, della personalità e della salute. L'attuale elenco dei diritti fondamentali non esisteva ancora nella Costituzione federale precedente e, pertanto, al momento dell'introduzione dell'art. 24$^{decies}$ della Costituzione federale precedente. Questi obblighi di tutela si basano principalmente sui diritti fondamentali del ricevente e del donatore. I diritti fondamentali di entrambe

le persone devono essere tutelati in egual misura. In un contesto più ampio, possono essere interessati anche i diritti fondamentali dei familiari del donatore e del personale ospedaliero.

L'elenco degli **obblighi di tutela** di cui all'art. 119*a* cpv. 1 Cost. ha **carattere esemplificativo**. Il legislatore deve tenere conto di tutti i diritti fondamentali, per cui il principio di uguaglianza giuridica e il divieto di discriminazione rivestono un'importanza centrale, in particolare per quanto riguarda l'assegnazione degli organi (N. 39 e segg.). Occorre inoltre considerare la tutela della libertà di culto e di coscienza (art. 15 Cost.). Sebbene nell'articolo costituzionale non vi sia una norma esplicita relativa alla tutela degli animali necessari per lo xenotrapianto, già nel messaggio relativo all'art. 24$^{decies}$ aCost. si sottolinea che occorre rispettare la dignità della creatura (art. 120 cpv. 2 Cost.). Inoltre, l'art. 80 Cost. sulla protezione degli animali trova applicazione quando organi, tessuti e cellule di animali vengono prelevati per la medicina dei trapianti. 22

La disposizione costituzionale impone alle autorità legislative e giudiziarie solo **principi generali** vincolanti. Il margine di manovra del legislatore, per quanto riguarda l'attuazione dei principi costituzionali e la risoluzione di eventuali conflitti di interesse tra gli obblighi di tutela, rimane considerevole, motivo per cui dagli obblighi di tutela non è possibile dedurre diritti concreti. 23

## b. Accertamento della morte e momento del decesso

Grazie alle migliori possibilità tecniche nel campo della rianimazione, che consentono di mantenere la circolazione nonostante l'insorgenza di un'interruzione irreversibile delle funzioni cerebrali, le persone non muoiono più in modo riconoscibile dall'esterno. Il momento del decesso determina se una persona sia (ancora) titolare di diritti fondamentali oppure no. Il modo in cui la morte viene definita e diagnosticata è fondamentale, in quanto una ponderazione degli interessi è assolutamente inammissibile nel caso di titolari di diritti fondamentali. La Costituzione non contiene alcuna disposizione su come debba essere definita la morte. La definizione deve tuttavia soddisfare le garanzie minime costituzionali ed essere, in particolare, **rispettosa della dignità umana** e **priva di arbitrarietà**. Il legislatore definisce la morte all'art. 9 cpv. 1 TxG come una perdita irreversibile delle funzioni cerebrali, compreso il tronco encefalico, e dichiara così applicabile la cosiddetta **morte cerebrale**. Ai sensi del cpv. 2, il legislatore ha delegato la definizione più 24

dettagliata della morte cerebrale al Consiglio federale, il quale, a sua volta, all'articolo 7 dell'Ordinanza sui trapianti (TxV) rimanda alle direttive medico-etiche dell'Associazione Svizzera dei Medici (SAMW) relative alla «Constatazione della morte in vista dei trapianti d'organo e alla preparazione al prelievo d'organi», nella versione del 16 maggio 2017. Queste contengono, oltre alle istruzioni tecniche per l'accertamento del decesso e per l'esecuzione delle misure mediche preparatorie, anche indicazioni sulla procedura per l'accertamento della volontà del paziente, sulla conduzione del colloquio con i familiari e sul trattamento del morente e della salma. Con la procedura di accertamento del decesso si constata che il decesso è sopraggiunto, ma non il momento esatto in cui è avvenuto. Come ora ufficiale del decesso viene registrata l'ora in cui il medico ha completato la diagnosi e la documentazione del decesso.

Nel caso di prelievi post mortem di organi, il prelievo interferisce con il processo di morte. A tal proposito occorre distinguere tra morte cerebrale primaria e secondaria. Nel caso della **morte cerebrale primaria**, la cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali viene accertata secondo criteri prestabiliti; solo in seguito alla cessazione delle misure di sostegno vitale si verifica l'arresto della funzione cardiocircolatoria. La morte a seguito di arresto circolatorio prolungato o **morte cerebrale secondaria** descrive il caso in cui si verifichi prima l'arresto circolatorio o vengano interrotte le misure di rianimazione infruttuose e, dopo un certo lasso di tempo, venga accertata la morte cerebrale a causa della mancanza di irrorazione sanguigna al cervello. Le incertezze relative, da un lato, alla possibilità di consultare i familiari in merito a un eventuale prelievo di organi prima dell'accertamento del decesso e, dall'altro, alla possibilità che i familiari possano acconsentire a misure preparatorie prima del decesso, in assenza di una decisione in tal senso da parte della persona ancora in vita ma incapace di intendere e di volere, hanno portato alla sospensione temporanea dei prelievi di organi in seguito a morte cerebrale secondaria in Svizzera. In Svizzera tali prelievi sono stati ripresi dal 2011 e, dall'entrata in vigore della legge sui trapianti rivista nel 2017, vengono effettuati con maggiore frequenza, al fine di aumentare il numero di organi disponibili per i trapianti.

25 Il concetto di morte cerebrale è da sempre oggetto di **critiche**. Si sostiene che la cessazione delle funzioni cerebrali non sia equiparabile alla morte dell'essere umano, ma che per definirla si debba fare riferimento alla

cessazione della circolazione. Secondo il concetto di morte cerebrale, la morte è un evento che si verifica in un determinato momento. I critici, invece, intendono la morte come un processo. Si critica inoltre il fatto che il ricorso al criterio della morte cerebrale persegua in modo unilaterale gli scopi della medicina dei trapianti. Inoltre, grazie al mantenimento della circolazione, una persona in stato di morte cerebrale non potrebbe essere riconosciuta come tale senza una complessa constatazione del decesso, poiché il corpo continua a svolgere funzioni che, dall'esterno, fanno apparire la persona priva di coscienza ma viva (ad es. sudorazione, crescita dei capelli). Altri sostengono il cosiddetto concetto di «morte cerebrale parziale», secondo il quale è sufficiente che la coscienza o il tronco cerebrale abbiano subito un'interruzione irreversibile. Il diritto svizzero in materia di trapianti (art. 8 cpv. 1 lett. b in combinato disposto con l'art. 9 LTr) si basa sulla «morte cerebrale totale», ovvero sulla completa cessazione delle funzioni cerebrali.

### c. Tutela della dignità umana

Ancor prima che la dignità umana fosse introdotta nella Cost. come diritto fondamentale a sé stante con la revisione totale del 1999, l'art. 24$^{decies}$ cpv. 1 aCost. (rispettivamente art. 119*a* cpv. 1, seconda frase, Cost.) dichiarava vincolante per il legislatore il suo rispetto nel contesto della medicina dei trapianti. Secondo la dottrina, il rispetto della dignità umana comprende tre aspetti: uguaglianza, integrità e autodeterminazione. Esso è considerato una garanzia minima che lo Stato è tenuto a rispettare. Il messaggio menziona tre aspetti della medicina dei trapianti in cui il rispetto della dignità umana è fondamentale: la determinazione del momento del decesso, il prelievo di organi da persone decedute e il diritto a una morte dignitosa. Questo elenco non è esaustivo. 26

Finché una persona è in vita, è titolare dei diritti fondamentali. Nel caso di una **persona vivente**, il rispetto e la tutela della dignità umana hanno valore assoluto. La dignità umana vieta di prelevare organi da una persona vivente e capace di intendere e di volere senza il suo consenso libero e informato, o di strumentalizzarla a fini di utilità altrui. Ne consegue un divieto di commercializzazione. Nel caso di persone incapaci di intendere e di volere o minorenni, il prelievo di organi è compatibile con la dignità umana solo a condizioni molto restrittive. 27

28 Solo con la **morte** cessa la titolarità dei diritti fondamentali e quindi anche i diritti individuali che ne derivano (N. 24). Lo Stato, tuttavia, in virtù del contenuto oggettivo del diritto, rimane obbligato anche oltre la morte a orientarsi alla dignità umana e a proteggere il defunto da un trattamento indegno. Non sussiste un diritto fondamentale della persona deceduta, ma il diritto fondamentale della persona vivente continua ad avere efficacia oltre la sua morte (N. 33). Il corpo di una persona deceduta deve essere trattato con rispetto. Anche nel caso della **donazione post mortem**, il defunto non deve essere oggettivato e le sue parti non devono essere commercializzate. Anche nel caso della donazione post mortem, il prelievo deve essere legittimato e va rispettata una volontà nota. Ciò riguarda l'aspetto parziale dell'autodeterminazione. Il consenso non deve necessariamente essere stato espresso dal defunto quando era in vita, ma altri modelli di consenso e di opposizione possono essere compatibili con il principio della dignità umana, purché il diritto di opposizione non diventi di fatto privo di contenuto per mancanza di informazione (N. 33).

29 Per quanto riguarda la persona **che riceve** un organo, la dignità umana vieta che l'assegnazione avvenga in modo arbitrario o che lo Stato proceda a una ponderazione del valore delle diverse vite umane. Gli organi devono quindi essere assegnati secondo criteri di parità giuridica (N. 41 e segg.).

### d. Tutela della personalità

30 La tutela della libertà personale ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 Cost. comprende in particolare l'integrità fisica e mentale e la libertà di movimento. Per quanto riguarda l'integrità fisica, meritano particolare attenzione le **misure mediche preparatorie** finalizzate alla donazione, effettuate mentre la persona potenzialmente donatrice è ancora in vita. Le misure preparatorie non comportano alcun beneficio diretto per il paziente, ma sono necessarie per preservare gli organi da eventuali danni. Esse possono essere eseguite solo in presenza di un consenso libero e informato e non devono accelerare la morte (art. 10 LTr).

31 L'art. 10 cpv. 2 comprende in particolare anche la tutela dell'**autodeterminazione**. I titolari dei diritti fondamentali hanno il diritto di decidere autonomamente sugli aspetti essenziali della propria vita. La tutela dell'autodeterminazione ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 Cost. va oltre la garanzia minima tutelata dalla dignità umana (cfr. N. 28) e non cessa con la morte di

una persona. Il prelievo di organi riguarda il diritto all'autodeterminazione della persona donatrice. Un prelievo deve quindi essere preceduto da un'informazione completa, affinché la persona donatrice possa essere informata e possa dare il proprio consenso libero e giuridicamente valido (il cosiddetto «consenso informato»).

32 Il diritto all'autodeterminazione può essere garantito, in linea di principio, non solo tramite un consenso esplicito della persona donatrice in vita (**modello del consenso** o «opt-in»), ma sono possibili anche **modelli di opposizione** (opt-out). È fondamentale, in questo contesto, che i potenziali donatori (cioè l'intera popolazione) siano **informati in modo oggettivo, esaustivo e regolare** sul processo di prelievo post mortem degli organi e sulle conseguenze di una mancata manifestazione di volontà, al fine di poter decidere, su questa base, a favore o contro il prelievo di organi. Con la votazione del 15 maggio 2022, gli aventi diritto di voto svizzeri hanno approvato la modifica della legge sui trapianti, che prevede il passaggio dal modello di consenso esteso a quello di opposizione estesa. La nuova normativa entrerà presumibilmente in vigore nel terzo trimestre del 2027. L'effettiva attuazione del cambiamento di sistema, compresa la garanzia della necessaria informazione della popolazione e la creazione di un registro funzionante e conforme a tutti i requisiti tecnici e giuridici, comporta requisiti elevati.

33 L'ambito di tutela della libertà personale non comprende solo il fatto che una persona debba poter acconsentire o opporsi efficacemente, durante la propria vita, a un **prelievo post mortem di organi**, ma consente alle persone di formulare **disposizioni vincolanti** su aspetti fondamentali della propria morte. Non si tratta in questo caso di un diritto fondamentale del defunto, bensì del diritto fondamentale del vivente che continua ad avere efficacia oltre la morte. Sia nell'attuale modello di consenso esteso (art. 8 cpv. 2 e 3 TxG) sia nel futuro modello di opposizione esteso (art. 8 cpv. 2 revTxG), i parenti più stretti devono essere interpellati in merito alla presunta volontà della persona potenzialmente donatrice. Ai fini del potere decisionale è rilevante, in linea di principio, il legame personale con la persona deceduta (art. 8 cpv. 8 TxG in combinato disposto con l'art. 5 TxV). L'età minima per decidere in merito al prelievo post mortem di organi è fissata a 16 anni (art. 8, cpv. 7, TxG in combinato disposto con l'art. 5, cpv. 1, TxV) . Per motivi di praticabilità, il legislatore ha optato per un limite di età rigido, anziché

valutare, come di consueto negli interventi medici, la capacità di discernimento di una persona **minorenne** nel caso specifico. Tale principio viene mantenuto con la modifica della legge sui trapianti (art. 8a revTxG). Nel caso di bambini più piccoli e adolescenti, nonché di **persone incapaci di discernimento** in modo permanente o per un periodo prolungato, sono i parenti più stretti a decidere in merito alla donazione post mortem di organi, tenendo conto dell'opinione della persona deceduta.

34 Nel caso della **donazione da vivente**, il diritto all'autodeterminazione implica che non sia consentito prelevare trapianti senza un consenso informato e libero. Ai sensi dell'art. 12 lett. a e b TxG, una persona **capace di discernimento e maggiorenne** deve acconsentire per iscritto alla donazione da vivente di organi, tessuti o cellule, dopo essere stata informata sui rischi. La donazione da vivente riguarda anche l'ambito di tutela dell'integrità fisica e psichica. L'art. 12 lett. c e d della Legge sui trapianti (TxG) stabilisce che non debba sussistere alcun rischio grave per la vita e la salute del donatore e che per il ricevente non sia disponibile alcun altro metodo terapeutico con benefici comparabili. **Ai minori o alle persone incapaci di intendere e di volere** non possono, in linea di principio, essere prelevati trapianti (art. 13 cpv. 1 TxG). A condizioni restrittive, è ammesso il prelievo di tessuti e cellule rigenerabili per salvare un genitore, un figlio o un fratello del donatore (art. 13 cpv. 2 TxG). Poiché la donazione di organi, tessuti e cellule non è finalizzata alla guarigione del donatore, bensì a quella del ricevente, si tratta di un intervento a beneficio di terzi.

### e. Tutela della salute

35 Il trapianto di organi, tessuti e cellule comporta rischi da non sottovalutare, a seconda dell'entità dell'intervento e dello stato di salute del donatore e del ricevente. La tutela della salute che il legislatore deve garantire riguarda, da un lato, il donatore e, dall'altro, il ricevente dei trapianti. Nel primo caso, la tutela della salute va particolarmente considerata in caso di **donazione da vivente**. Quest'ultima è ammessa solo se non sussiste alcun rischio grave per la vita e la salute del donatore. Poiché il donatore non deve essere esposto a rischi inutili, si applica il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 12 lett. d della Legge sui trapianti (TxG), secondo cui una donazione da vivente può essere effettuata solo se nessun altro metodo terapeutico promette un beneficio comparabile.

Il **destinatario** deve essere protetto in particolare da eventuali agenti patogeni che potrebbero essere trasmessi insieme all'organo, al tessuto o alle cellule in occasione di un trapianto. In linea di principio sussiste un interesse legittimo a un approvvigionamento sufficiente di organi. Dalla tutela della salute ai sensi dell'art. 119*a* cpv. 1, seconda frase, Cost. non si può tuttavia dedurre né un diritto del singolo a un organo, né un obbligo dello Stato di adoperarsi per aumentare la disponibilità di organi. La disposizione costituzionale non osta tuttavia a misure quali le campagne informative. Queste devono informare la popolazione non in modo selettivo, ma in modo esaustivo e il più possibile obiettivo. 36

Inoltre, nell'ambito di un obbligo di tutela inteso in senso più ampio, può rientrare la salute psichica sia delle persone direttamente interessate sia dei **familiari e del personale medico specializzato**. La decisione a favore o contro la donazione di organi è una scelta di coscienza che può risultare gravosa sia per la persona potenzialmente donatrice sia per i suoi familiari. Le misure preparatorie vengono eseguite su persone ancora in vita ma incapaci di intendere e di volere, mentre i prelievi di organi vengono effettuati su persone la cui morte cerebrale è stata appena constatata e che appaiono ancora vive e mostrano reazioni. Gli espianti possono quindi essere gravosi anche per il personale specializzato. Di ciò si deve tenere conto nei rapporti con tutte le parti coinvolte e nella regolamentazione della medicina dei trapianti. 37

## B. Cpv. 2: Criteri di allocazione degli organi

### 1. Principi generali

Gli organi sono una risorsa limitata. Oltre alla disponibilità effettiva degli organi, il successo di un trapianto presuppone anche la compatibilità (ad es. in termini di dimensioni e gruppo sanguigno). La **scarsità** comporta che non tutte le persone che ne hanno bisogno possano ricevere un organo. Come già esposto, non sussiste alcun diritto a un organo (N. 37). L'interessato ha tuttavia un diritto esigibile affinché la procedura sia strutturata in modo equo dal legislatore (N 41 e segg.). La definizione dei criteri per un'equa allocazione degli organi corrisponde a un **mandato legislativo vincolante**. 38

Il mandato legislativo di cui al cpv. 2 **si limita all'assegnazione di organi umani**. Ciò è motivato dal fatto che per i tessuti e le cellule non sussisteva 39

una carenza cronica e che, a causa della problematica della compatibilità tissutale, di norma veniva preso in considerazione un solo ricevente, per cui non sussisteva alcuna possibilità di assegnazione. Mentre al momento dell'emanazione del messaggio i problemi di assegnazione riguardavano ancora esclusivamente le donazioni di organi da persone decedute, poiché all'epoca la donazione da vivente era obbligatoriamente destinata a una persona specifica, oggi sono ammesse anche le «donazioni altruistiche», in cui l'assegnazione avviene tramite una lista d'attesa, nonché le donazioni incrociate da vivente. Il messaggio relativo all'articolo costituzionale non esclude che, in caso di carenza di tessuti o cellule, possa essere regolamentata anche la loro assegnazione, purché sussista una carenza cronica. La competenza legislativa della Confederazione va quindi oltre l'assegnazione di organi umani. Il legislatore ha fatto ricorso a tale competenza, ad esempio, per l'assegnazione delle cellule delle isole pancreatiche. Sarebbero ipotizzabili anche norme di assegnazione per il trapianto di organi di origine animale. Grazie alle nuove tecniche di ingegneria genetica (il cosiddetto «genome editing»), negli Stati Uniti sono stati condotti i primi tentativi terapeutici in cui sono stati trapiantati trapianti di origine animale nell'uomo. In Svizzera vige un obbligo di autorizzazione in materia (art. 43 LTr) e attualmente nel Paese non sono ancora in corso studi clinici sullo xenotrapianto nell'uomo. Non è ancora chiaro se in futuro si possa verificare una carenza di organi di origine animale.

## 2. «Equo»

40 Mentre nel progetto preliminare dell'art. 24$^{decies}$ aBV era ancora previsto che la Confederazione dovesse garantire un'assegnazione equa di organi, tessuti e cellule, questa ambiziosa pretesa è stata ridimensionata nel corso dell'elaborazione, per cui ora spetta al legislatore stabilire i criteri per un'assegnazione equa. Dal concetto estremamente vago di «equo» si può ricavare ben poco per una regolamentazione concreta dell'assegnazione: esso può essere interpretato in modi diversi, a seconda della teoria della giustizia a cui ci si basa e di come vengono ponderati i vari valori. Per i criteri di assegnazione, il legislatore deve **orientarsi ai diritti fondamentali**. Oltre ai diritti fondamentali già menzionati, quali la dignità umana (art. 7 Cost.) e la tutela dell'integrità fisica e psichica (art. 10 cpv. 2 Cost.), occorre tenere conto in particolare dell'uguaglianza giuridica (art. 8 cpv. 1 Cost.), del divieto di discriminazione (art. 8 cpv. 2 Cost.), il diritto all'assistenza in situazioni di

emergenza (art. 12 Cost.) e il diritto internazionale pertinente. In questo modo è possibile dare un contorno al concetto di equità.

Con la norma di attribuzione si prende di fatto una decisione su chi avrà accesso a un organo potenzialmente salvavita. L'art. 119*a* Cost. non prescrive un modello di attribuzione specifico. Un'assegnazione equa deve tuttavia garantire un trattamento **uguale davanti alla legge e non discriminatorio** (art. 8 Cost.) a tutti i pazienti e presuppone quindi almeno che essa avvenga **senza arbitrarietà** e sulla base di «**criteri oggettivi**». È lecito dubitare che l'oggettività sia un requisito realizzabile. In definitiva, le decisioni di valore sono inevitabili. L'assegnazione non deve almeno basarsi su criteri estranei alla questione, ma deve perseguire lo scopo effettivo del trapianto d'organo e orientarsi a criteri medici fondati. 41

Nell'ambito di una legislazione nazionale, solo un'assegnazione **uniforme a livello svizzero** secondo **linee guida vincolanti** può soddisfare i requisiti di un'assegnazione equa degli organi. I sistemi di assegnazione decentralizzati non potrebbero garantire che la persona più idonea riceva un organo, ma sarebbero eventualmente giustificati se le dimensioni geografiche ostacolassero di fatto un sistema di assegnazione nazionale, cosa che in Svizzera non avviene. Ai sensi dell'art. 19 in combinato disposto con art. 54 cpv. 2 lett. a$^{bis}$ della Legge sui trapianti (TxG), il legislatore deve istituire a tal fine un **centro nazionale di assegnazione** e può affidare l'esecuzione di tale compito a un'organizzazione pubblica o privata. La Confederazione ha optato per l'organizzazione privata Swisstransplant, che già prima dell'entrata in vigore della legge sui trapianti coordinava l'assegnazione degli organi secondo direttive interne (N. 4). Il conferimento di un compito amministrativo a Swisstransplant comporta che quest'ultima, nell'adempimento dei propri compiti, sia vincolata alla Cost. e in particolare ai diritti fondamentali (art. 35 cpv. 2 Cost.). 42

Una distribuzione secondo modelli utilitaristici, in cui è determinante l'utilità collettiva complessiva, sarebbe, secondo la dottrina prevalente, incompatibile con l'uguaglianza giuridica. L'assegnazione deve invece orientarsi alla **salute individuale** in relazione all'utilità e alla necessità di un trapianto d'organo. Devono essere esclusi tutti i criteri che mettono a confronto il valore della vita delle persone (ad es. status sociale, colpa, età, compliance, ad esempio in relazione all'assunzione di farmaci e alle visite di controllo obbligatorie dopo il trapianto d'organo). Il messaggio indica come principi di attribuzione le 43

**prospettive di successo** (utilità) e l'**urgenza** (necessità). La legge attualmente definisce come determinanti i criteri dell'urgenza medica, del beneficio medico e del tempo di attesa (art. 18 cpv. 1 lett. da a a c LTrp). La sostituzione di un organo può essere vitale; pertanto, il legislatore deve tenere conto dell'art. 12 Cost. (diritto all'aiuto in situazioni di emergenza) nella regolamentazione dell'assegnazione degli organi. Ne consegue che lo Stato deve adoperarsi affinché gli organi disponibili siano assegnati al maggior numero possibile di persone che ne hanno bisogno per sopravvivere. Da ciò non si può dedurre alcun diritto a ricevere un organo.

## C. Cpv. 3: Principi: principio della gratuità e divieto di commercio di organi

44 cpv. 3 della disposizione costituzionale stabilisce che la donazione di organi, tessuti e cellule deve avvenire a titolo gratuito e che non è consentito il commercio di organi. Si deve **contrastare** la **B commercializzazione** degli organi, dei tessuti e delle cellule umani, vietandone la cessione a scopo di lucro. I due principi della gratuità e del divieto di commercio di organi sono **direttamente applicabili** in virtù della loro formulazione dettagliata. Lo stesso vale anche per l'art. 21 della Convenzione sulla biomedicina, che vieta l'utilizzo del corpo umano o di sue parti a scopo di lucro. I due principi hanno anche efficacia diretta in senso orizzontale (art. 35 cpv. 3 Cost.). L'art. 69 cpv. 1 lett. a-c della Legge sui trapianti (TxG) punisce la commercializzazione di trapianti.

### 1. Gratuità

45 Nell'elaborazione dell'art. 24$^{decies}$ aBV, il Consiglio federale è partito dal presupposto di essere già autorizzato, in virtù delle competenze federali esistenti, a disciplinare la gratuità della donazione di organi, tessuti e cellule; per questo motivo il **progetto non conteneva ancora un divieto esplicito**, ma solo l'incarico al legislatore di prevedere la gratuità.

46 Il principio della gratuità **vieta** solo **un corrispettivo finanziario** per la donazione di organi, tessuti o cellule in sé, finalizzato al conseguimento di un profitto. Per le spese direttamente sostenute a causa della donazione (ad es. spese di trasporto e mancato guadagno in caso di donazione in vita, nonché i costi dell'intervento chirurgico e del ricovero ospedaliero) e per eventuali danni da essa causati, il donatore può ricevere un indennizzo finanziario. In

altre parole, la donazione non deve migliorare la situazione economica di una persona, ma non deve nemmeno peggiorarla rispetto a quella che avrebbe avuto se avesse rinunciato alla donazione. L'art. 6 cpv. 2 lett. a-d della Legge sulla trapiantazione (TxG) stabilisce cosa non debba essere inteso come guadagno finanziario o altro vantaggio. Oltre al rimborso delle spese sostenute, sono esclusi dalla nozione di vantaggio finanziario anche un gesto simbolico di gratitudine a posteriori (ad es. biglietto di ringraziamento, mazzo di fiori) (lett. c) e la donazione incrociata da vivente (lett. d).

La donazione deve avvenire per **motivi volontari e altruistici**. Gli incentivi finanziari potrebbero vanificare questo obiettivo, in quanto le persone in condizioni economiche svantaggiate potrebbero essere inclini a acconsentire al prelievo del trapianto in vista di una prestazione di valore monetario. Tenendo conto degli interessi del o della ricevente, il Consiglio federale ha sostenuto nel messaggio che il principio della gratuità aumenta la qualità degli organi, poiché non viene creato alcun incentivo a donare organi di scarsa qualità. 47

## 2. Donazione

L'uso del termine «**donazione**» nel capoverso 3 comporta due conseguenze. Il messaggio relativo all'art. 24$^{decies}$ aBV stabilisce, in primo luogo, che solo gli esseri umani sono in grado di effettuare una donazione. Gli organi, i tessuti e le cellule **di origine animale** non sono quindi **compresi** nel principio di gratuità di cui all'art. 119*a* cpv. 3 Cost. In secondo luogo, la questione se il criterio della volontarietà dovesse essere sancito esplicitamente ha dato adito a discussioni nelle commissioni del Consiglio nazionale e nelle Camere. La maggioranza delle Camere ha sostenuto che il concetto di «donazione» implicasse già di per sé la **volontarietà**. 48

## 3. Divieto di commercio di organi

Già il decreto federale del 22 marzo 1996 sul controllo del sangue, dei prodotti sanguigni e dei trapianti vietava il commercio di trapianti. Il divieto di commercio di organi umani non era ancora previsto nel progetto di disposizione costituzionale, ma è stato inserito nell'art. 24$^{decies}$ aCst. solo a seguito del dibattito parlamentare. La disposizione costituzionale vieta esclusivamente il commercio di organi umani. L'art. 22 ZP della Convenzione biomedica estende il divieto ai tessuti. Il legislatore è andato oltre il divieto di 49

commercio di organi sancito dalla Costituzione, estendendolo ai tessuti e alle cellule umane (art. 7 cpv. 1 TxG) . A seguito della ratifica della Convenzione sul commercio di organi, l'art. 69 cpv. 1 lett. b della Legge sul trapianto (TxG) vieta e punisce anche il commercio all'estero, senza che il fatto o parti di esso debbano avvenire in Svizzera o dall'estero a partire dalla Svizzera.

50 Con il termine **commercio** si intendono tutte le operazioni di scambio (ad es. acquisto, vendita, permuta) finalizzate a un proprio vantaggio, tra cui rientrano anche la pubblicità e le attività di intermediazione. Si intende quindi qualsiasi forma di commercializzazione di organi umani. Già il prelievo illegale rientra nella nozione di traffico di organi. Non sono richieste strutture professionali. Il dispendio derivante dal prelievo, dal trattamento e dall'impianto può invece essere remunerato. Lo scambio di organi tra centri di trapianto e centri di assegnazione, in assenza di scopo di lucro, non rientra nella nozione di traffico. La TxG interpreta e sanziona il traffico di organi in modo molto ampio.

51 Il divieto di traffico di organi non mira solo a tutelare le persone potenzialmente direttamente interessate, ma anche a salvaguardare la fiducia nel sistema dei trapianti in sé. Questo obiettivo viene perseguito anche a livello internazionale (N. 10 e segg.).

*Informazioni sulle autrici*

*La prof.ssa dr. iur. Franziska Sprecher, avvocato, è professoressa associata di diritto costituzionale e amministrativo con particolare attenzione al diritto sanitario presso l'Istituto di diritto pubblico e direttrice del Centro per il diritto sanitario e la gestione del sistema sanitario dell'Università di Berna.*

*Marina Rickenbacher è avvocato e ha studiato presso le Università di Berna e della British Columbia a Vancouver. Da marzo 2021 sta redigendo la sua tesi di dottorato nell'ambito del progetto «Governing by Values? Sulla storia della bioetica in Svizzera», finanziato dal Fondo nazionale svizzero.*

*Le autrici saranno liete di ricevere suggerimenti e osservazioni all'indirizzo franziska.sprecher@unibe.ch o marina.rickenbacher@unibe.ch.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Organallokation, Ethische und rechtliche Fragen, Basel 2004.

Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen, Basel 2007.

Borghi Marco/Sprumont Dominique, La transplantation d'organes, Repères pour une législation fédérale, Fribourg et al. 1995.

Dumoulin Jean-François, Transplantation d'organes en Suisse, Le droit au carrefour de la vie et de la mort, Neuchâtel 1997.

Guillod Olivier/Dumoulin Jean-François, Définition de la mort et prélèvement d'organes, Aspects constitutionnels, Neuchâtel 1999.

Hofer Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss. Köln, Berlin et al. 2006.

Holliger Raphaela, Postmortale Organspende, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 2019.

Lachenmeier Pascal, Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008.

Mader Mélanie, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense, Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss. Neuchâtel, Basel 2011.

Schmid Patrizia, Organentnahme an Verstorbenen, Rechtsgut und Rechtfertigung, Diss., Basel et al. 2003.

Schmidlin Cécile, Nudging durch den Staat, Die Standardvorgabe bei der Organspende im Lichte der Grundrechte, Diss., Zürich et al. 2025.

Schöning Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 1996.

Schott Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel et al. 2001.

Sitter-Liver Beat, Gerechte Organallokation, Zur Verteilung knapper Güter in der Transplantationsmedizin, Fribourg 2003.

Tremp Dania, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel 2010.

Tschumy Nicolas, Le corps humain après la mort, Le statut du cadavre en droit suisse, Diss. Lausanne, Bern 2022.

## BIBLIOGRAFIA

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 119*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV).

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV).

Boillet Véronique, Art. 119*a* Cst, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR-Boillet, Art. 119*a* BV).

Borghi Marco, Transplantation d'organes et de tissus, Aspects juridiques, in: Bondolfi Alberto/Malacrida Roberto/Rohner Adrien (Hrsg.), Etica e trapianti, Comano 1993, S. 163 ff. (zit. Borghi, in: Etica e trapianti).

Burch Stephanie, Das Konzept des "Hirntodes", Überlegungen zum rechtlichen und gesellschaftlichen Umgang mit einem Phänomen an der Grenze zwischen Leben und Tod, Jusletter 22. November 2010 (zit. Burch, Jusletter 22. November 2010).

Christen Markus/Gloor Martina, Ethische Relevanz und faktische Mängel in der Kommunikation von Spezifika der Organspende nach Kreislaufstillstand, Ethik in der Medizin 2018, 30(4), S. 343 ff. (zit. Christen/Gloor, Ethik in der Medizin 2018).

Christensen Birgit/Gächter Thomas, "Vermutete Zustimmung" und Informed Consent bei der Transplantation, Bedingungen einer verfassungskonformen Umsetzung der Widerspruchsregelung, Pflegerecht 2022, S. 130 ff. (zit. Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022).

Christensen Birgit/Michel Margot, Die Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz aus rechtlicher Perspektive, Bioethica Forum 2012, 5(2), S. 77 f. (zit. Christensen/Michel, Bioethica Forum 2012).

Donzallaz Yves, Traité de droit médical, Volume I, L'état, le médecin, les soignants et le patient: entre droit, éthique et règles de l'art, Bern 2021.

Dupont Anne-Sylvie, La constitution sociale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich et al. 2020, S. 2091 ff. (zit. Dupont, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse).

Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH), Xenotransplantation, Neue Möglichkeiten, neue ethische Fragen? März 2024 (zit. EKAH, Xenotransplantation, 2024).

Frei Marco Andrea, Die erweitere Zustimmungslösung gemäss Art. 8 Transplantationsgesetz, Diss. Zürich, Genf et al. 2012.

Gächter Thomas/Christensen Birgit, Von der Information zur Warnung, Zur Umsetzung der Widerspruchsregelung im künftigen Transplantationsrecht, in: Jusletter 29. August 2022.

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023.

Gruberski Thomas, Das Kommerzialisierungsverbot im Bereich der Organspende, Dargestellt am Beispiel der Regelung im schweizerischen Transplantationsgesetz, Diss., Basel 2011.

Guillod Olivier/Mader Mélanie, Vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme, Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz, Neuchâtel März 2010.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 8.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10 (besucht am 16. April 2026), DOI: 10.17176/20230411-123537-0 (zit. OK-Heri, N. XXX zu Art. 10 BV).

Hofer Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss. Köln, Berlin et al. 2006.

Holliger Raphaela, Postmortale Organspende, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 2019.

Jox Ralf J., "Hirntod": historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in: Kröll Wolfgang/Schaupp Walter (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, Baden-Baden 2014, S. 79-91 (zit. Jox, in: Hirntod und Organtransplantation).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Lachenmeier Pascal, Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008.

Largiadèr Felix, Ethik und Transplantationsmedizin, in: Bondolfi Alberto/Müller Hansjakob (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel et al. 1999, S. 255 ff. (zit. Largiadèr, in: Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag).

Lenherr Renato/Krones Tanja/Schwarz Urs, Organspende nach Herz-Kreislaufstillstand im USZ, in: Kröll Wolfgang/Schaupp Walter (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, Baden-Baden 2014, S. 115 ff. (zit. Lenherr/Krones/Schwarz, in: Hirntod und Organtransplantation).

Löw-Friedrich Iris/Schöppe Wilhelm, Transplantation, Grundlagen, Klinik, Ethik und Recht, Darmstadt 1996.

Mader Mélanie, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense, Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss. Neuchâtel, Basel 2011.

Maire Délia, Postmortale Organspende im Kontext vorbereitender medizinischer Massnahmen, Diss., Zürich et al. 2020.

Nationale Ethikkommission, Organspende, Ethische Erwägungen zu den Modellen der Einwilligung in die Organentnahme, Stellungnahme Nr. 31, Bern 27. Juni 2019 (zit. NEK, Stellungnahme 2019).

Nationale Ethikkommission, Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende, Ethische Erwägungen, Stellungnahme Nr. 19, Bern Oktober 2012 (zit. NEK, Stellungnahme 2012).

Rixen Stephan, Lebensschutz am Lebensende, Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, Diss. Giessen, Berlin 1999.

Romagnoli Simone, Une répartition équitable des organes (119*a* al. 2 Cst), Schèmes d'interprétation et implications normatives, Jusletter 22. November 2010.

Schärmeli Liliane/Griffel Alain, Art. 80 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Schärmeli/Griffel, Art. 80 BV)

Schöning Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 1996.

Schott Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel et al. 2001 (zit. Schott, Patientenauswahl und Organallokation).

Schott Markus, Verfassungsrechtliche Probleme der Organallokation, in: Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Organallokation, Basel 2004, S. 127 ff. (zit. Schott, in: Organallokation).

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich et al. 2020, S. 691 ff. (zit. Schweizer, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse).

Schweizer Rainer J./Bongiovanni Jérémie/Bollmann Elia, Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Bongiovanni/Bollmann, Art. 10).

Schweizer Rainer J./Schott Markus, Art. 119*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV).

Schweizer Rainer J./Spenlé Christoph A., Art. 7 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan

G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV).

Sitter-Liver Beat, Gerechte Organallokation, Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der Transplantationsmedizin, Studie zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Bern 15. September 2003.

Sprecher Franziska, Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen, Nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht, Diss. St. Gallen, Berlin et al. 2007.

Tremp Dania, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel 2010.

Tschentscher Axel, Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV).

Waldmann Bernhard, Art. 120 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Waldmann, Art. 120 BV).

## I MATERIALI

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten vom 1.3.1995, BBl 1995 II 985 ff. (zit. BBl 1995 II 985).

Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin vom 23.4.1997, BBl 1997 III 653 ff. (zit. BBl 1997 III 653).

Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 (zit. BBl 1999 7922).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9.2001, BBl 2002 29 ff. (zit. BBl 2002 29).

Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 8.3.2013, BBl 2013 2317 (zit. BBl 2013 2317).

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats gegen den Handel mit menschlichen Organen und zu seiner Umsetzung (Änderung des Transplantationsgesetzes und des Humanforschungsgesetzes) vom 28.8.2019, BBl 2019 5971 ff. (zit. BBl 2019 5971).

Botschaft zur Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Transplantationsgesetzes) vom 25.11.2020, BBl 2020 9547 ff. (zit. BBl 2020 9547).

Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 15.2.2023, BBl 2023 721 (zit. BBl 2023 721).

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 7.6.1995 über Bestand und Umfang von Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Bereich der Transplantationsmedizin, VPB 61.3 (1995), (zit. BJ Gutachten, VPB 61.3 (1995)).

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 22.6.2004 zur Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119*a* Abs. 3 BV, VPB 68 (2004), Nr. 113 (zit. BJ Gutachten, VPB 68 (2004)).

Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Änderung vom 1.10.2021, BBl 2021 2328 ff. (zit. BBl 2021 2328).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7.2.1999 (Transplantationsmedizin; Raumplanungsgesetz; Initiative «Wohneigentum für alle») vom 23.3.1999, BBl 1999 III 2912 (zit. BBl 1999 III 2912).

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin vom 12.9.2001, BBl 2002 337 (zit. BBl 2002 337).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 (Änderung des Bundesgesetzes über Filmproduktion und Filmkultur [Filmgesetz, FiG]; Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen [Transplantationsgesetz]; Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung

der Verordnungen [EU] Nr. 1052/2013 und [EU] 2016/1624 [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands]) vom 18.8.2022, BBl 2022 2010 (zit. BBl 2022 2010).

Motion Onken vom 7.12.1993, Verbot des Handels mit menschlichen Organen, angenommen vom Ständerat am 22.9.1994, vom Nationalrat am 23.3.1995 (93.3573) (zit. Motion Onken (93.3573)).

Motion Huber vom 28.2.1994, Gesetzgebung Transplantationsmedizin, angenommen vom Ständerat am 22.9.1994, vom Nationalrat am 23.3.1995 (94.3052) (zit. Motion Huber (94.3052)).

Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 11.9.1997.

Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin, Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24$^{decies}$ BV, Eidgenössisches Departement des Innern, August 1996 (zit. Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24$^{decies}$ BV).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 122 Cost.

Un commentario di Damien Oppliger

CITAZIONE SUGGERITA

Damien Oppliger, Commentario all'art. 122 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Oppliger, art. 122 Cost. N. XXX

**Sezione 10: Diritto civile, diritto penale, metrologia**

**Art. 122 Diritto civile**

[1] La legislazione nel campo del diritto civile e della procedura civile compete alla Confederazione.

[2] L'organizzazione dei tribunali e l'amministrazione della giustizia in materia civile competono ai Cantoni, salvo diversa disposizione della legge.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 1097
II. Contesto ..... 1098
III. Commento vero e proprio ..... 1099
A. Competenza della Confederazione in materia di diritto civile (art. 122 cpv. 1, 1a parte, Cost.) ..... 1099
1. Considerazioni generali ..... 1099
2. I criteri generali di distinzione tra diritto civile e diritto pubblico ..... 1100
3. La distinzione tra diritto civile e diritto pubblico basata sulla teoria dell'ambito di applicazione ..... 1101
4. La prassi federale in materia di diritto privato basata sul metodo tipologico ..... 1102
B. Competenza federale in materia di procedura civile (art. 122 cpv. 1, 2a parte, Cost.) ..... 1103
C. Competenza cantonale in materia di organizzazione giudiziaria e di amministrazione della giustizia civile (art. 122 cpv. 2 Cost. ) ..... 1105
1. Contenuto ..... 1105
2. Limitazioni ..... 1107
a. In generale ..... 1107
b. Limitazioni costituzionali e convenzionali ..... 1107
c. Limitazioni derivanti dalle leggi federali ..... 1108
Letture consigliate ..... 1109
Bibliografia ..... 1110
I materiali ..... 1112

## I. GENESI

L'art. 64, cpv. 1, della Costituzione del 29 maggio 1874 (aCst.) ha conferito per la prima volta alla Confederazione la competenza a legiferare in determinati ambiti del **diritto civile** o del **diritto privato «materiale»**, vale a dire la capacità civile, tutte le materie giuridiche relative al commercio e alle transazioni mobiliari (diritto delle obbligazioni, compreso il diritto commerciale e il diritto cambiario), la proprietà letteraria e artistica, nonché l'esecuzione per debiti e il fallimento. La competenza della Confederazione a legiferare in materia di tutela delle invenzioni applicabili all'industria, compresi i disegni e i modelli, si è aggiunta a ciò nel 1887 e nel 1905. Nel 1898, la Confederazione ha inoltre ottenuto la competenza a legiferare su «le altre materie del diritto civile [materiale]» (art. 64 cpv. 2 aCost.) . L'entrata in vigore dell'art. 64 cpv. 1 aCost. nel 1874 ha consentito l'adozione dell'aCO del 14 giugno 1881 nonché della Legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e il fallimento (LEF). L'introduzione dell'art. 64 cpv. 2 aCst. nel 1898 è servita invece ad adottare il Codice civile del 10 dicembre 1907 (CC) nonché a rivedere l'aCO, portando all'adozione del Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO). 1

L'art. 64 cpv. 3 aCst. prevedeva che la procedura civile rimanesse di **competenza cantonale**. Lo stesso valeva per l'organizzazione giudiziaria e l'amministrazione della giustizia. 2

In occasione della **revisione costituzionale totale** che ha portato alla Costituzione del 18 aprile 1999, l'art. 64 aCst. è stato sostituito dall'art. 122. Il suo capoverso 1 prevedeva che la legislazione in materia di diritto civile «materiale» fosse di competenza federale. L'art. 122 cpv. 2 stabiliva invece che l'organizzazione giudiziaria, il procedimento e l'amministrazione della giustizia in materia di diritto civile fossero di competenza dei Cantoni. L'art. 122 cpv. 3 prevedeva infine che le sentenze civili aventi forza di cosa giudicata fossero esecutive in tutta la Svizzera. 3

A seguito della **riforma della giustizia** del 1999, la Confederazione ha ottenuto la competenza di legiferare in materia di procedura civile. In occasione di tale riforma, il cpv. 3 dell'art. 122 Cost. – la cui utilità era diventata discutibile a seguito dell'unificazione del diritto civile sostanziale (N. 1) – è stato abrogato. L'art. 122 nella sua forma attuale è entrato in vigore il 1° 4

gennaio 2007 e prevede ormai che «la legislazione in materia di diritto civile e di procedura civile è di competenza della Confederazione» (cpv. 1) e che «l'organizzazione giudiziaria e l'amministrazione della giustizia in materia di diritto civile sono di competenza dei Cantoni, salvo diversa disposizione di legge» (cpv. 2).

## II. CONTESTO

5 Lo sviluppo graduale (N. 1–4) dell'unificazione del diritto civile (sostanziale e procedurale) illustra perfettamente la concezione svizzera del federalismo, secondo la quale la **sovranità originaria** appartiene ai Cantoni e non alla Confederazione. Questi ultimi delegano i propri poteri alla Confederazione solo se ciò è assolutamente necessario. Il fatto che la sovranità originaria appartenga ai Cantoni è del resto espresso nell'art. 3 Cost. (integrato dagli artt. 42–43*a* Cost.) nonché nell'art. 5a Cost. La Confederazione dispone solo delle competenze che le sono attribuite dalla Costituzione e i Cantoni esercitano tutte le prerogative che non sono delegate alla Confederazione. Lo stesso principio prevale, ad esempio, in Germania o in Austria, mentre, ad esempio, il Canada conosce proprio un meccanismo inverso.

6 Data la sua fondamentale importanza nell'esercizio delle attività economiche private, a nostro avviso è giustificato che il diritto civile (al pari del diritto penale [art. 123 Cost.]) sia oggetto di una regolamentazione unificata a livello federale piuttosto che essere soggetto a 26 regimi cantonali disparati. Nel campo del diritto civile, tuttavia, la Confederazione gode solo di una **«competenza legislativa concorrente e non limitata ai principi»** o di una **«competenza concorrente con potere derogatorio successivo»** (*[konkurrierende] Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Kraft/ nachträglich derogierende Bundeskompetenz*) . Ciò significa che il semplice fatto di attribuire alla Confederazione la competenza a legiferare in materia di diritto civile (sostanziale e procedurale) non comporta immediatamente la cessazione della competenza cantonale in questo ambito. Come vedremo, la Confederazione ha fatto pieno uso della propria competenza sia in materia di diritto civile sostanziale (N. 7) che di procedura civile (N. 22).

# III. COMMENTO VERO E PROPRIO

## A. Competenza della Confederazione in materia di diritto civile (art. 122 cpv. 1, 1ª parte, Cost.)

### 1. Considerazioni generali

Come abbiamo visto (N. 1 e N. 3), dal 1898 la Confederazione è pienamente competente a legiferare in materia di **diritto civile sostanziale**. La Confederazione ha esercitato appieno la propria competenza in materia, emanando il CC e il CO, nonché varie altre leggi speciali in materia di diritto privato (ad es. la Legge federale del 28 agosto 1992 sulla protezione dei marchi [LPM] o la Legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale [LCD]). 7

D'ora in poi, i Cantoni possono quindi adottare norme di diritto civile solo nella misura in cui il diritto civile federale riservi (esplicitamente o implicitamente) la competenza legislativa cantonale (art. 5 cpv. 1 CC). Tali **riserve attributive** a favore del diritto cantonale figurano, ad esempio, nell'art. 688 CC, che autorizza i cantoni a determinare la distanza che i proprietari sono tenuti a rispettare nelle loro piantagioni, oppure nell'art. 359 cpv. 2 CO, che obbliga i cantoni a emanare contratti-tipo di lavoro per i lavoratori agricoli e il personale domestico. 8

Per contro, i cantoni rimangono in linea di principio competenti ad adottare norme di **diritto pubblico cantonale** (art. 6 cpv. 1 CC). Le leggi civili della Confederazione lasciano quindi in essere le competenze cantonali in materia di diritto pubblico. Sebbene non possa essere ridotto a questa sola funzione, l'art. 6 cpv. 1 CC ha quindi un valore dichiarativo, nella misura in cui ribadisce il principio sancito dall'art. 3 Cost., secondo cui i Cantoni sono sovrani nella misura in cui la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale. Il diritto pubblico cantonale non può tuttavia contravvenire allo spirito e allo scopo del diritto civile federale né tantomeno ostacolarne l'applicazione. 9

È quindi importante **distinguere** chiaramente tra diritto privato e diritto pubblico per poter definire ciò che rientra nella competenza federale e ciò che rientra in quella cantonale. 10

## 2. I criteri generali di distinzione tra diritto civile e diritto pubblico

11 Al fine di distinguere tra norme di diritto privato e norme di diritto pubblico, la giurisprudenza e la dottrina hanno sviluppato diversi **criteri generali di distinzione**, ovvero:

- Il criterio degli interessi. Secondo tale criterio, le norme che hanno lo scopo di tutelare esclusivamente o principalmente l'interesse pubblico rientrano nel diritto pubblico. Le disposizioni il cui obiettivo esclusivo o principale è la tutela di interessi privati rientrano invece nel diritto privato. Ad esempio, l'art. 18 della Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (Legge sul lavoro [LTr]) rientra nel diritto pubblico, poiché mira a tutelare l'interesse generale dei lavoratori prevedendo un divieto di principio di lavorare la domenica. Al contrario, gli articoli 21 CO e 23–31 CO sono norme di diritto privato, poiché mirano a tutelare gli interessi particolari delle persone che stipulano un contratto.
- Il criterio funzionale. Secondo questo criterio, che si avvicina al criterio degli interessi, una norma rientra nel diritto pubblico quando disciplina direttamente l'esecuzione di un compito pubblico. Rientrano quindi nel diritto pubblico le norme che disciplinano l'attività dei notai nell'esercizio dei compiti pubblici loro conferiti (ad es. la redazione di atti in forma autentica).
- Il criterio della subordinazione. Secondo questo criterio, rientrano nel diritto pubblico le norme che conferiscono a una parte una posizione giuridica superiore rispetto all'altra, mentre le norme di diritto privato instaurano rapporti in cui le parti agiscono giuridicamente su un piano di parità. Pertanto, l'art. 319 CO rientra, ad esempio, nel diritto privato, poiché tale disposizione disciplina una situazione in cui le parti trattano formalmente da pari a pari (e ciò indipendentemente dal fatto che, nei fatti, una parte [nella fattispecie, il datore di lavoro] abbia una posizione dominante rispetto all'altra [nella fattispecie, il lavoratore]).
- Il criterio modale (o criterio della sanzione). Secondo questo criterio, una norma rientra nel diritto privato o nel diritto pubblico a seconda che la sua violazione comporti una sanzione di diritto privato (ad es. la nullità di un atto giuridico) o una sanzione di diritto pubblico (ad es. la revoca di un'autorizzazione). L'art. 26 cpv. 2 lett. a della Legge del 16 dicembre 1983

sull'acquisto di immobili da parte di persone all'estero (LFAIE) rientra quindi nel diritto privato, poiché tale norma prevede che un atto giuridico compiuto senza autorizzazione sia nullo.

Secondo il Tribunale federale, «nessuna di queste teorie prevale *a priori* sulle altre [...]. Occorre piuttosto esaminare **in ogni singolo caso** quale criterio di distinzione sia più adeguato alle circostanze concrete». 12

Possiamo citare anche **altri criteri di distinzione** tra diritto privato e diritto pubblico. Tali criteri sono tuttavia oggi un po' superati e rivestono quindi soprattutto un interesse storico: 13

- Il criterio fiscale. Secondo tale criterio, le controversie patrimoniali che oppongono i cittadini al potere pubblico rientrano nel diritto privato, mentre le altre controversie rientrano nel diritto pubblico.
- Il criterio dei soggetti. Secondo tale criterio, sussiste un rapporto di diritto pubblico quando lo Stato o un ente di diritto pubblico è parte di tale rapporto.
- Il criterio del diritto imperativo. Secondo questo criterio, le norme dispositive appartengono al diritto privato, mentre le norme imperative sono di diritto pubblico.

## 3. La distinzione tra diritto civile e diritto pubblico basata sulla teoria dell'ambito di applicazione

Il diritto privato può essere distinto dal diritto pubblico anche mediante la **teoria cosiddetta dell'«ambito di applicazione»** (*Sachbereichstheorie*). Tale teoria consiste nel delimitare gli ambiti che rientrano nel diritto civile senza soffermarsi sulle norme specifiche — che possono quindi essere di diritto privato o di diritto pubblico — che devono poi consentire la realizzazione di detti ambiti. Tale tecnica è stata utilizzata nell'art. 64 cpv. 1 aCst., il quale elencava gli ambiti che appartenevano al diritto privato e la cui legislazione era di competenza della Confederazione (N. 1). 14

La tecnica che consiste nel delimitare il diritto civile in funzione dei suoi ambiti di applicazione presenta il vantaggio di corrispondere alla **realtà pratica** del diritto privato. Infatti, il diritto privato contiene una moltitudine di norme che, sebbene formalmente riconducibili al diritto civile, rientrano materialmente nel diritto pubblico. A questo proposito si parla di «diritto 15

civile formale» o di «diritto pubblico accessorio » (*formelles Zivilrecht* o *ergänzendes öffentliches Recht*). Ad esempio, il diritto civile delle fondazioni di cui agli articoli 80–89*a* CC comprende anche disposizioni relative alla vigilanza statale sulle fondazioni di diritto privato, vale a dire gli articoli 84–84*b* CC, che rientrano formalmente nel diritto pubblico.

## 4. La prassi federale in materia di diritto privato basata sul metodo tipologico

16 I **criteri generali** sopra esposti (N. 11) non consentono di distinguere efficacemente tra le norme che rientrano nel diritto privato e quelle che rientrano nel diritto pubblico. Infatti, nessuno di questi criteri è di per sé sufficiente, come del resto riconosce il Tribunale federale (N. 12). D'altra parte, l'utilizzo di un criterio può portare ad attribuire una norma al diritto privato, mentre l'utilizzo di un altro criterio porterà a ritenere che quella stessa norma rientri nel diritto pubblico. Così, ad esempio, l'art. 8 LCD è una norma di diritto privato secondo il criterio della subordinazione, poiché riguarda una situazione in cui nessuna delle parti è giuridicamente subordinata all'altra. Al contrario, l'utilizzo del criterio degli interessi porterà piuttosto a qualificare l'art. 8 LCD come norma di diritto pubblico, dato che tale disposizione mira generalmente a tutelare i consumatori dai rischi dei contratti prestampati dai professionisti.

17 Anche la **teoria dell'ambito di applicazione** (N. 14) non è del tutto soddisfacente. Infatti, tale teoria presuppone innanzitutto che gli ambiti ai quali si applica il diritto privato siano enumerati con precisione. Inoltre, se storicamente la teoria dell'ambito di applicazione poteva basarsi sull'art. 64 aCst., la nuova formulazione dell'art. 122 cpv. 1 Cost. le priva di ogni fondamento.

18 Per questo motivo le autorità federali non si basano né sui criteri generali né sulla teoria dell'ambito di applicazione per delimitare la competenza della Confederazione rispetto al diritto pubblico dei Cantoni. Infatti, l'Ufficio federale di giustizia, il cui approccio è fatto proprio dal Consiglio federale, interpreta la competenza federale in materia di diritto civile secondo il **metodo cosiddetto «tipologico»** (*typologische Methode*). Secondo questa concezione, che costituisce un metodo intermedio, una norma è di diritto privato – e rientra quindi nella competenza federale fondata sull'art. 122 cpv. 1 Cost. – quando definisce le condizioni per l'autonoma regolamentazione del

diritto privato, è tradizionalmente connessa alla codificazione del diritto privato e persegue obiettivi tipicamente propri del diritto privato. Sono inoltre considerate di diritto privato tutte le norme volte ad attenuare le disuguaglianze strutturali tra le parti contraenti (tutela della parte più debole). I settori estranei alle finalità del diritto civile non rientrano quindi nella competenza federale in materia di diritto civile e richiedono pertanto una base costituzionale specifica per giustificare un intervento della Confederazione.

Il metodo tipologico si basa quindi su criteri simili a quelli alla base della teoria degli interessi (N. 11). Questo metodo deve **essere approvato** poiché la delimitazione tra diritto pubblico e diritto privato richiede necessariamente un approccio modulato e pragmatico. E tenendo conto dello scopo perseguito dalla norma in questione, il metodo tipologico si inserisce maggiormente in questo approccio. 19

Il metodo tipologico può, ad esempio, spiegare perché la Confederazione abbia fondato la **Legge federale sull'acquisto di immobili da parte di persone all'estero (LFAIE)** sulla competenza federale di legiferare in materia di diritto privato. Infatti, nel messaggio relativo alla LFAIE, il Consiglio federale sottolinea che le restrizioni contenute nella LFAIE sono sufficientemente legate a un settore classico del diritto privato, vale a dire la proprietà, affinché tale legge possa essere fondata sull'art. 64 cpv. 2 aCost. (ora art. 122 cpv. 1, 1ª parte, Cost.) . 20

A nostra conoscenza, il metodo tipologico non sembra tuttavia essere stato (ancora) espressamente ripreso nella giurisprudenza federale. Tuttavia, il Tribunale federale, nonostante non avalli formalmente tale metodo, adotta comunque un ragionamento che vi si avvicina **fortemente**. Infatti, oltre a rifiutarsi di considerare un unico criterio di distinzione, la nostra Alta Corte esamina il contesto in cui si inserisce una norma per poterla qualificare come norma di diritto privato o di diritto pubblico. 21

## B. Competenza federale in materia di procedura civile (art. 122 cpv. 1, 2ª parte, Cost.)

A partire dalla riforma della giustizia avviata nel 1999 (N. 4), la Confederazione è competente a legiferare in materia di procedura civile. Come già accennato (N. 6), la competenza della Confederazione non è parallela a quella dei 22

Cantoni. Al contrario, si tratta di una **competenza concorrente con conseguente potere derogatorio**. La Confederazione ha esercitato pienamente tale competenza emanando il Codice di procedura civile del 19 dicembre 2008 (CPC). Prima che la Confederazione ottenesse la competenza a legiferare in materia di procedura civile, esisteva tuttavia già un « procedura civile federale non scritta» (*ungeschriebenes Zivilprozessrecht des Bundes*) che derivava dalla giurisprudenza del Tribunale federale nonché da varie disposizioni procedurali sparse nella legislazione federale. Tali norme si fondavano sul principio costituzionale non scritto secondo cui la Confederazione aveva la competenza di legiferare in materia di procedura civile, nella misura in cui ciò fosse indispensabile per l'attuazione del diritto civile sostanziale.

23 Per **procedura civile** non si deve intendere solo il procedimento volto a statuire con autorità di cosa giudicata su diritti privati relativi o assoluti e che si svolge in contraddittorio, ovvero il procedimento civile contenzioso (in genere preceduto da una fase di conciliazione tra le parti) (art. 1 lett. a CPC), ma anche le norme volte a garantire l'esecuzione delle sentenze che non riguardano prestazioni pecuniarie o la costituzione di garanzie (l'esecuzione delle decisioni che condannano al pagamento di una somma di denaro o alla costituzione di garanzie è disciplinata dalla Legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e sul fallimento [LEF] [art. 38 cpv. 1 LEF]). Rientrano altresì nel procedimento civile – e quindi nella competenza della Confederazione in materia – le norme applicabili alle decisioni giudiziarie in materia civile della giurisdizione di merito (art. 1 lett. b CPC).

24 Anche l'**arbitrato** – sia esso interno (cfr. art. 1 lett. d e 353 segg. CPC) o internazionale (cfr. art. 176 segg. della Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato [LDIP]) – rientra nel procedimento civile. Per contro, la **mediazione civile** non fa parte del procedimento civile. Ciò è del tutto logico, nella misura in cui queste due modalità alternative di risoluzione delle controversie perseguono finalità diverse: mentre l'arbitrato sfocia in una decisione vincolante che risolve una controversia, la quale sarà equiparata a una sentenza dei tribunali statali e produrrà gli stessi effetti (in particolare l'autorità di cosa giudicata e la forza esecutiva [per l'arbitrato interno, cfr. art. 387 CPC e, per l'arbitrato internazionale, cfr. art. 190 cpv. 1 e 193 cpv. 2 LDIP]), la mediazione ha invece l'obiettivo di trovare un accordo amichevole in una controversia. Pertanto, i cantoni rimangono in linea di principio

competenti a legiferare in materia di mediazione civile. Alcuni cantoni (ad es. Ginevra o Neuchâtel) hanno del resto già adottato normative speciali al riguardo. Nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze normative, i cantoni devono tuttavia garantire il rispetto dei requisiti del diritto federale di cui agli art. 213 e segg. CPC, e in particolare quello di non limitare la libertà delle parti nell'organizzazione della mediazione (cfr. art. 215 CPC).

I cantoni possono ormai emanare norme di procedura civile solo se ciò è **espressamente** previsto dal CPC. Tali riserve espresse figurano, ad esempio, nell'art. 4 CPC (competenza materiale e funzionale dei tribunali), nell'art. 6 CPC (possibilità di istituire un tribunale commerciale), nell'art. 68 cpv. 2 lett. b CPC (rappresentanza professionale da parte di agenti d'affari e agenti giuridici abilitati) o ancora nell'art. 96 CPC (cpv. 1: determinazione delle spese giudiziarie e delle spese processuali e cpv. 2: possibilità di prevedere la ripartizione delle spese a favore degli avvocati). 25

I cantoni rimangono invece pienamente competenti a disciplinare il **procedimento amministrativo** che deve essere condotto dinanzi a un'autorità cantonale. Lo stesso vale per il procedimento relativo a una materia civile che deve essere trattata da un'autorità amministrativa cantonale (art. 54 cpv. 3 Tit. fin. CC). Ad esempio, i cantoni sono competenti a disciplinare il procedimento relativo al cambio di nome (art. 30 CC) o all'adozione (art. 268 CC), nella misura in cui l'autorità cantonale competente sia un'autorità amministrativa. 26

## C. Competenza cantonale in materia di organizzazione giudiziaria e di amministrazione della giustizia civile (art. 122 cpv. 2 Cost. )

### 1. Contenuto

A partire dalla riforma della giustizia del 1999 (N. 4), abbiamo visto che la Confederazione ha ottenuto la competenza a legiferare in materia di procedura civile in senso stretto. La competenza a legiferare in materia di organizzazione giudiziaria e di amministrazione della giustizia in materia di diritto civile è tuttavia rimasta di competenza dei **cantoni**. 27

A nostro avviso, l'**amministrazione della giustizia in materia di diritto civile** non ha un significato autonomo rispetto all'organizzazione giudiziaria, 28

nella misura in cui la prima deriva da quest'ultima ed è quindi compresa in tale nozione. Certo, il testo tedesco dell'art. 122 cpv. 2 Cost., che parla di «*Rechtsprechung in Zivilsachen*», potrebbe a prima vista far pensare che quest'ultimo concetto abbia un'esistenza propria rispetto all'organizzazione giudiziaria. È del resto questa la concezione sostenuta da alcuni autori. Tuttavia, un esame più approfondito mette in luce anche il nesso di causa-effetto con l'organizzazione giudiziaria civile: infatti, sembra logico che i tribunali civili – organizzati secondo il diritto cantonale – debbano, al termine del processo civile, «pronunciare» il diritto civile.

29 La competenza cantonale in materia di **organizzazione giudiziaria** – che è ribadita anche nell'art. 3 CPC – significa che i cantoni sono competenti, in particolare, a disciplinare le seguenti materie:

- la composizione dei tribunali, ovvero la questione se il tribunale sia costituito da un unico giudice (come spesso accade in 1ª istanza per le «piccole» cause, ovvero quelle che non presentano grandi difficoltà giuridiche), oppure se si tratti di un'autorità collegiale (come avviene di norma in 2ª istanza e in 1ª istanza per le cause più complesse);
- la formazione professionale necessaria per poter esercitare la funzione di giudice, sebbene il diritto costituzionale federale non imponga che un magistrato debba necessariamente possedere una formazione giuridica. I cantoni sarebbero quindi liberi di istituire un percorso formativo specifico per i magistrati di carriera sul modello di una scuola di magistratura;
- le modalità di elezione dei giudici. I cantoni possono quindi stabilire liberamente i requisiti di eleggibilità dei giudici (ad es. padronanza delle lingue ufficiali del cantone, domicilio, ecc.) nonché designare le autorità (popolo, Parlamento cantonale, Governo cantonale o tribunale superiore) incaricate di eleggere i giudici;
- l'attribuzione delle cause all'interno dei diversi tribunali cantonali, ad esempio l'assegnazione di determinate controversie complesse a una sezione specializzata all'interno di un tribunale ordinario o la creazione di tribunali speciali per determinate materie (ad esempio tribunali del lavoro, tribunali delle locazioni o tribunali commerciali [nei limiti stabiliti dall'art. 6 CPC]); oppure

- l'organizzazione territoriale (ad es. in circoscrizioni o distretti) e la denominazione dei tribunali (ad es. «giudice di pace», «tribunale cantonale», «corte di giustizia», ecc.).

## 2. Limitazioni

### a. In generale

In linea generale, l'organizzazione giudiziaria dei cantoni deve consentire l'applicazione del diritto civile (sostanziale e procedurale). Di conseguenza, i cantoni non possono emanare norme di organizzazione giudiziaria che **impediscano** l'applicazione del diritto civile. 30

### b. Limitazioni costituzionali e convenzionali

Anche la **Cost.** e la Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (**CEDU**) contengono diverse disposizioni che limitano la competenza cantonale in materia di organizzazione giudiziaria civile. Possiamo citare, ad esempio, le seguenti norme: 31

- l'art. 29 cpv. 1 Cost., che impone ai cantoni di istituire un'organizzazione giudiziaria sufficientemente efficace da soddisfare il principio di celerità;
- l'art. 29*a* Cost., che garantisce a ogni persona il diritto a che la propria causa sia giudicata da un'autorità giudiziaria dotata di pieno potere di esame in fatto e in diritto;
- l'art. 30 cpv. 1 Cost. e l'art. 6 § 1 CEDU, che prevedono che ogni persona la cui causa debba essere giudicata in un procedimento giudiziario abbia diritto a che la propria causa sia sottoposta a un tribunale istituito dalla legge, indipendente e imparziale; oppure
- l'art. 191*b* cpv. 1 Cost. – che concretizza l'art. 29*a* Cost. – il quale impone ai Cantoni di istituire autorità giudiziarie per trattare le controversie di diritto civile; i Cantoni non possono quindi affidare la trattazione di tali controversie ad autorità amministrative. Tale disposizione non apporta tuttavia ulteriori restrizioni alla sovranità cantonale in materia di organizzazione giudiziaria (N. 27).

### c. Limitazioni derivanti dalle leggi federali

32 Restrizioni specifiche alla competenza dei Cantoni in materia di organizzazione giudiziaria civile possono infine derivare da una **legge federale formale** ai sensi dell'art. 164 Cost.. Infatti, l'art. 122 cpv. 2 Cost. prevede espressamente che l'organizzazione giudiziaria sia di competenza dei Cantoni «salvo diversa disposizione di legge ». Tale riserva a favore della Confederazione non deve tuttavia essere intesa come un'autorizzazione illimitata che le consenta di intervenire a proprio piacimento nell'organizzazione giudiziaria dei Cantoni. Infatti, la Confederazione può intervenire nell'organizzazione cantonale solo nella misura in cui ciò sia necessario per garantire un'applicazione uniforme del diritto civile (sostanziale o procedurale). In altre parole, se intende legiferare in materia di organizzazione giudiziaria civile, la Confederazione deve nutrire legittimi timori che l'organizzazione cantonale possa impedire o almeno rendere più difficile l'applicazione del diritto civile federale. Il semplice fatto che un'armonizzazione a livello federale sia auspicabile o più adeguata non basterebbe quindi di per sé a giustificare un intervento del legislatore federale. Del resto, il legislatore federale può solo limitare – e non abolire totalmente – la competenza cantonale in materia di organizzazione giudiziaria civile. Possiamo citare in particolare i seguenti esempi di restrizioni legali federali alla competenza dei Cantoni in materia di organizzazione giudiziaria civile:

- l'art. 75 cpv. 2 della Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF), che impone ai Cantoni di istituire un doppio grado di giudizio in materia civile;
- l'art. 200 CPC, che impone ai Cantoni di prevedere autorità paritetiche di conciliazione nelle controversie relative ai contratti di locazione o di affitto di abitazioni o di locali commerciali, nonché nelle controversie che rientrano nell'ambito di applicazione della legge federale del 24 marzo 1995 sulla parità tra donna e uomo (Legge sulla parità [LEg]);
- l'art. 5 cpv. 1 CPC, che obbliga i Cantoni a istituire un'unica istanza giudiziaria in determinati ambiti;
- l'art. 6 cpv. 2 CPC, che definisce le condizioni affinché una controversia sia considerata commerciale e possa quindi essere sottoposta a un tribunale commerciale, potendo i Cantoni attribuire ai propri tribunali commerciali

anche determinate controversie commerciali internazionali (cfr. art. 6 cpv. 4 lett. c CPC);

- l'art. 8 cpv. 1 CPC, che stabilisce le condizioni che devono essere soddisfatte affinché un'azione possa essere proposta direttamente dinanzi al tribunale cantonale superiore; oppure
- l'art. 47 CPC, che prescrive i motivi di ricusazione dei giudici.

Va infine osservato che, sebbene non intervengano direttamente nelle organizzazioni giudiziarie cantonali, le modifiche al CPC introdotte dall'ultima revisione del CPC (miglioramento della praticabilità e dell'applicazione del diritto) ed entrate in vigore il 1er gennaio 2025 potranno talvolta richiedere adeguamenti in questo ambito (ad es. nei cantoni che dispongono già di tribunali commerciali) . Tali modifiche sono quindi **costituzionali** poiché si basano sulla competenza esaustiva della Confederazione in materia di procedura civile e rispettano la competenza cantonale di principio per quanto riguarda l'organizzazione dei tribunali civili. 33

*Informazioni sull'autore*

*Damien Oppliger, Dr. iur. e titolare del brevetto di avvocato, lavora come collaboratore scientifico presso l'Unità Diritto civile e procedura civile dell'Ufficio federale di giustizia (UFG) a Berna.*

*L'autore desidera ringraziare il sig. Philipp Weber, lic. iur., avvocato, capo dell'Unità Diritto civile e procedura civile presso l'UFG, per i suoi preziosi commenti e osservazioni. Si precisa tuttavia che le opinioni espresse nel presente commento sono personali dell'autore e non impegnano l'UFG.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Knapp Blaise, Commentaire de l'art. 64 aCst., in : Aubert Jean-François/Cagianut Francis/Höhn Ernst/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Bâle 1987–1996.

Marti Arnold, Remarques préliminaires aux art. 5–6 CC, in : Baumann Max et al. (édit.), Zürcher Kommentar, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3e éd., Zurich 1998.

Pradervand-Kernen Maryse, Commentaire de l'art. 5 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Commentaire romand, Code civil I, 2e éd., Bâle 2023.

Russo Alfio, Les modes de désignation des juges – Étude de droit constitutionnel suisse et comparé, Bâle 2021.

Schweizer Rainer J., Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Vol. I, Zurich 2020.

Widerkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Vol. I, Berne 2012.

Zellweger-Gutknecht Corinne, Remarques introductives aux art. 1 ss CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

## BIBLIOGRAFIA

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs – und Konkursrecht, 9e éd., Berne 2013.

Aubert Jean-François, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 3e éd., Berne 2025.

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bovet Christian/Grodecki Stéphane, Commentaire de l'art. 6 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Commentaire romand, Code civil I, art. 1-456 CC, 2e éd., Bâle 2023.

Deutschmann Lennart, Mediation und Gesetzgebung, recht 2025, p. 232–241.

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 5e éd., Zurich 2024.

Göksu Tarkan, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2e éd., Bâle 2025.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St. Gall 2020.

Haldy Jacques, Commentaire de l'art. 1 CPC, in : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019.

Hohl Fabienne, Procédure civile, Tome I – Introduction et théorie générale, 2e éd., Berne 2016.

Hottelier Michel, Le rôle du juge dans l'architecture du fédéralisme suisse, in : Papaux van Delden Marie-Laure/Marchand Sylvain/Bernard Frédéric (édit.), Le juge apprécie, Mélanges en l'honneur de Bénédict Foëx, Zurich 2023, p. 95–112.

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), 2e éd., Berne 2025.

Karlen Peter/Hänni Julia, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4e éd., Bâle 2024.

Koller Thomas, Commentaire de l'art. 6 CC, in : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Berne 2012.

Martenet Vincent, Commentaire de l'art. 3 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I : Les fondements, 3e éd., Berne 2012.

Müller-Chen Markus/Catrina Ramona, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich 2023.

Piotet Denis, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Piotet Denis, Commentaire de l'art. 1 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Trajkova Renata, Das klassische Stiftungsaufsichtsrecht, Grundlagen der Aufsicht über klassische Stiftungen in der Schweiz, Zurich 2024.

Verniory Jean-Marc, Commentaire de l'art. 191*b* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Walther Reto, Commentaire de l'art. 5a Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 6.3.2026, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a.

## I MATERIALI

Message relatif à la révision de la constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit du 28.11.1896, FF 1896 IV 574 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1896/4_733_574_/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant la votation fédérale du 13 novembre 1898 (unification du droit) du 3.12.1898, FF 1898 IV 958 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1898/4__958_/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif à une loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger et à l'initiative populaire « contre le bradage du sol national » du 16.9.1981, FF 1981 III 553 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_585_553_521/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant des mesures urgentes en matière de droit foncier dans le secteur urbain du 16.8.1989, FF 1989 III 165 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/3_169_165_153/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 30.1.2026.

Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8.10.1999, FF 1999 7831 et s., disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_8633_7831_7454/fr, consulté le 30.1.2026.

Arrêté fédéral sur l'entrée en vigueur intégrale de la réforme de la justice du 12 mars 2000 du 8.3.2005, RO 2006 1059 et s., disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2006/185/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif au code de procédure civile suisse du 28.06.2006, FF 2006 6841 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/914/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24.10.2018, FF 2018 7153 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr, consulté le 26.05.2026.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26.2.2020, FF 2020 2607 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/fr, consulté le 27.5.2026.

Recueil systématique du droit fédéral (Partie 2 : Droit privé – Procédure civile – Exécution), disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc/internal-law/2, consulté le 30.1.2026.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 123a Cost.

Un commentario di Justine Barton / Fabio Burgener

CITAZIONE SUGGERITA

Justine Barton/Fabio Burgener, Commentario all'art. 123a Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Barton/Burgener, art. 123a Cost. N XXX.

**Art. 123*a***

[1] Considerato il forte rischio di ricaduta, il criminale sessuomane o violento che nelle perizie necessarie alla formulazione della sentenza è stato definito estremamente pericoloso e classificato come refrattario alla terapia deve essere internato a vita. Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi.

[2] È possibile redigere nuove perizie solo qualora nuove conoscenze scientifiche permettano di dimostrare che il criminale può essere curato e dunque non rappresenta più alcun pericolo per la collettività. Se sulla base di queste nuove perizie è posta fine all'internamento, la responsabilità per una ricaduta è assunta dall'autorità che ha posto fine all'internamento.

[3] Tutte le perizie necessarie al giudizio del criminale sessuomane o violento devono essere redatte da almeno due periti esperti reciprocamente indipendenti e tenendo conto di tutti gli elementi importanti per il giudizio.

# STRUTTURA

I. Dalla genesi dell'articolo 123a della Costituzione fino ad oggi ..... 1118
II. Integrazione dell'art. 123a della Costituzione federale nella giurisprudenza svizzera e sfide di politica penale ..... 1121
III. Commento vero e proprio ..... 1125
A. Assenza di titolo marginale ..... 1125
B. Paragrafo 1 frase 1: condizioni per la pronuncia dell'internamento a vita ..... 1126
1. Un «delinquente sessuale o violento» ..... 1126
2. Un individuo «estremamente pericoloso» ..... 1127
3. Un individuo «non curabile» ..... 1127
C. Paragrafo 1, frase 2: esclusione delle agevolazioni durante l'esecuzione dell'internamento a vita ..... 1130
D. Paragrafo 2, frase 1: condizioni per la revoca dell'internamento a vita ..... 1131
E. Paragrafo 2, frase 2: responsabilità dell'autorità che dispone la revoca dell'internamento ..... 1140
F. Paragrafo 3: requisiti relativi alle perizie ..... 1142
Letture consigliate ..... 1144
Bibliografia ..... 1144
Dottrina ..... 1144
I materiali ..... 1150

## I. DALLA GENESI DELL'ARTICOLO 123*A DELLA* COSTITUZIONE FINO AD OGGI

1 Il 3 maggio 2000, il gruppo di autoaiuto «Luce di speranza – Insieme contro la violenza» ha depositato presso la Cancelleria federale **l'iniziativa popolare «Internamento a vita per i delinquenti sessuali o violenti giudicati molto pericolosi e non riabilitabili»**, corredata di 194 390 firme valide. Questa iniziativa si inseriva nel contesto degli sforzi intrapresi dall'inizio degli anni '90 per proteggere la società da alcune persone detenute che presentavano un rischio di recidiva durante un congedo o una liberazione condizionale. Richiedeva una revisione parziale della Costituzione federale che consentisse di introdurre una reclusione senza congedo per questo gruppo di individui ritenuti molto pericolosi.

2 Nella **messaggio del 2001 relativo a questa iniziativa**, il Consiglio federale ha sottolineato che la problematica delle persone pericolose risiede nella gravità dei reati commessi e nel danno inflitto ad altre persone, più che nel numero di reati commessi. Il governo ha anche riconosciuto che la richiesta di migliorare la protezione della comunità contro il rischio di recidiva da parte di queste persone era sempre più pressante. Il modo per raggiungere questo obiettivo non era tuttavia evidente. Infatti, la commissione di un reato grave non implicava necessariamente un rischio di recidiva. Se la maggior parte delle persone si ravvedeva, un rischio di recidiva sussisteva ad ogni liberazione. La conduzione di perizie psichiatriche permetteva certamente di ridurre questo rischio, ma non di escluderlo completamente. Si poneva quindi la questione se la collettività potesse essere tenuta a tollerare questo rischio residuo.

3 Secondo il Consiglio federale, l'attuazione dell'articolo costituzionale proposto presentava **notevoli difficoltà** e poteva generare situazioni inique. Il Consiglio federale ha tuttavia ritenuto che l'articolo 123*a della* Costituzione fosse compatibile con le norme imperative del diritto internazionale, in particolare quelle del Patto ONU II e della CEDU. I punti di attrito con le norme internazionali, in particolare la CEDU, potrebbero essere risolti attraverso un'interpretazione estensiva e parzialmente contraria alla volontà dei promotori della procedura di liberazione prevista dalla norma

costituzionale. Su queste basi, il governo ha deciso di sottoporre l'iniziativa al popolo e ai cantoni, senza controprogetto, e di raccomandarne la bocciatura.

Durante la **revisione del Codice penale generale, avvenuta anch'essa all'inizio degli anni 2000**, uno dei punti discussi in Parlamento riguardava una nuova forma di internamento di sicurezza, applicabile a tutti gli individui che hanno commesso reati gravi e che rischiano di recidivare (cfr. art. 64 cpv. 1 e 2-4, 64*a* e 64*b* CP). Il Parlamento ha legiferato tenendo conto degli obiettivi perseguiti dai promotori, presentando questa modifica del Codice penale come un controprogetto indiretto all'iniziativa. Nonostante questa modifica legislativa adottata nel dicembre 2002 e le discussioni tra i membri della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale e i promotori, questi ultimi hanno rifiutato di ritirare la loro iniziativa. Nel giugno 2003, sia il Consiglio nazionale che il Consiglio degli Stati hanno raccomandato al popolo e ai cantoni di respingere l'iniziativa. 4

Al momento della votazione, le **principali argomentazioni dei promotori** erano che (i) il legislatore aveva finora fallito nel proteggere la società da delinquenti sessuali o violenti ritenuti non riabilitabili e molto pericolosi, (ii) alcuni di loro recidivavano a seguito di congedi o di un'uscita anticipata concessa a causa di errori di diagnosi psichiatrica e (iii) la reclusione doveva essere riconsiderata solo se "nuove conoscenze scientifiche" avessero permesso di stabilire che la persona poteva essere curata in modo tale da non rappresentare più una minaccia per la comunità. L'adozione dell'iniziativa avrebbe quindi permesso di colmare le lacune della legislazione allora in vigore per i delinquenti cosiddetti non rieducabili, senza vietare un riesame annuale dei delinquenti considerati rieducabili. Al contrario, il **Consiglio federale** sosteneva che le modifiche del Codice penale adottate nel dicembre 2002 assicuravano un ampio ed efficace protezione della collettività contro i delinquenti pericolosi. L'iniziativa, invece, mancava il suo obiettivo, era incompleta e impediva la liberazione di individui anche nel caso in cui questi avessero cessato di essere pericolosi. La maggioranza dei partiti politici condivideva il punto di vista del Consiglio federale. 5

L'8 febbraio 2004, l'iniziativa popolare è stata **approvata con** il 56,2% dei voti validi e da 19 Cantoni e 5 semicantoni. 6

Soggetto a interpretazione su diversi punti, l'art. 123*a* della Costituzione federale non è **direttamente applicabile**. Dopo la votazione è stata 7

rapidamente costituita una commissione incaricata di redigere un progetto preliminare di disposizioni volte a concretizzare la norma costituzionale. Guidata dal direttore dell'Ufficio federale di giustizia e composta da sei giuristi, due medici e due ex membri del comitato d'iniziativa, la commissione ha proposto disposizioni che consentono di completare il nuovo titolo generale del Codice penale adottato nel dicembre 2002. A seguito di un arduo processo legislativo volto a **conciliare** il più possibile la volontà popolare e gli obblighi internazionali della Svizzera in materia di diritti umani, gli articoli 56 cpv. 4, 64 cpv. 1$^{bis}$, 64*a* cpv. 1 frase 1, 64*c*, 65 frase 1, 84 cpv. 6bis, 90 cpv. 4ter, 380a e 387 cpv. 1bis CP sono infine entrati in vigore il 1° agosto 2007. 1, 84 al. 6$^{bis}$, 90 al. 4$^{ter}$, 380a e 387 al. 1$^{bis}$ CP sono infine entrati in vigore il 1° agosto 2008. Se il fulcro della materia si trova ora nel Codice penale, principalmente nell'art. 64 cpv. 1$^{bis,}$ lo studio della disposizione costituzionale contribuisce all'interpretazione del testo legale.

8 Nel 2018 sono stati presentati al Consiglio nazionale un'**interpellanza** intitolata «Non è forse giunto il momento di attuare veramente l'iniziativa per l'internamento a vita dei criminali pericolosi?» e il **postulato** intitolato «Attuare realmente l'iniziativa per l'internamento a vita dei criminali pericolosi» sono stati presentati al Consiglio nazionale. L'interpellanza si interrogava, a seguito di una sentenza del Tribunale federale che annullava un'internamento a vita, sull'adeguatezza delle norme di attuazione per raggiungere l'obiettivo di sicurezza perseguito dall'iniziativa. Nella sua risposta, il Consiglio federale ha rifiutato di commentare le decisioni giudiziarie, in virtù del principio della separazione dei poteri. Ha poi sottolineato che le condizioni previste dalla legge di attuazione riprendono quelle stabilite dall'art. 123*a* della Costituzione. Infine, ha ricordato che, oltre alla reclusione a vita, diverse sanzioni penali (pena detentiva a vita [art. 40 cpv. 2 CP] e reclusione ordinaria [art. 64 cpv. 1 CP]) consentono di privare una persona della libertà per tutta la vita, se la sua pericolosità e la protezione della collettività lo richiedono. Il postulato citato chiedeva al Consiglio federale di presentare un rapporto intermedio undici anni dopo l'entrata in vigore delle disposizioni relative all'internamento a vita nel Codice penale. Il governo ha rinunciato a causa del numero esiguo di casi potenzialmente interessati dall'applicazione della misura. Il Consiglio nazionale non ha dato seguito a questi due interventi parlamentari. Nel giugno 2022, la Camera bassa ha respinto un nuovo postulato, presentato nel 2020, identico al primo.

Da fine marzo 2025, **una sola persona è stata condannata definitivamente all'internamento a vita** in Svizzera. Questa misura è stata ordinata nel 2010 dal *Bezirksgericht* di Weinfelden (Turgovia). Al momento della pubblicazione del presente contributo, il condannato aveva scontato poco più della metà della sua pena detentiva di 20 anni, al termine della quale inizierà la sua internamento a vita. Altri tribunali di primo grado e di secondo grado hanno pronunciato una sanzione di questo tipo, prima che il Tribunale federale la annullasse per violazione del diritto federale. In sentenze non impugnate dinanzi al Tribunale federale, anche i tribunali d'appello di Berna e Zugo e il tribunale penale di primo grado di Ginevra hanno ritenuto che non fossero soddisfatte le condizioni per la reclusione a vita richiesta dal pubblico ministero. 9

## II. INTEGRAZIONE DELL'ART. 123*A* DELLA COSTITUZIONE FEDERALE NELLA GIURISPRUDENZA SVIZZERA E SFIDE DI POLITICA PENALE

Con l'obiettivo principale di proteggere la collettività da una manciata di individui ritenuti particolarmente pericolosi, l'internamento a vita rafforza alcune delle **tensioni che attraversano l'ordinamento giuridico svizzero**. L'articolo 123 *bis della* Costituzione tende infatti a indebolire aspetti fondamentali del diritto penale e a relegare ai margini le garanzie dei diritti umani. 10

Come la revisione del 2007 del Codice penale svizzero, l'articolo 123*a della* Costituzione e le sue disposizioni di attuazione contribuiscono a snaturare il sistema dualistico immaginato da Carl Stooss, **confondendo ulteriormente la distinzione concreta tra le diverse sanzioni privative della libertà** previste dal diritto svizzero. In linea di principio, le pene e le misure devono completarsi a vicenda, non sovrapporsi. Tuttavia, la misura di internamento (art. 64 cpv. 1 CP) «presenta una grande somiglianza» con la pena privativa della libertà, cosicché «la separazione tra [loro] non può essere chiaramente mantenuta nella pratica». Secondo il Tribunale federale, la cui argomentazione è stata confermata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), la reclusione ordinaria differisce dalla pena in quanto la prima si basa sulla pericolosità dell'autore, mentre la seconda è fissata in base alla sua colpa. Tuttavia, come la pena, la misura può essere pronunciata solo da un'autorità giudiziaria a titolo di sanzione penale a seguito di un reato. Inoltre, 11

data la sua durata illimitata, il regime di esecuzione in un istituto penitenziario chiuso (cfr. art. 64 cpv. 4 e 76 cpv. 2 CP) e le gravi violazioni della libertà e dei diritti della personalità che ne derivano, l'internamento ha un innegabile carattere punitivo. Al contrario, l'obiettivo della sicurezza non si limita alle misure (cfr. art. 75 cpv. 1 CP). La pena non mira solo a compensare la colpa dell'autore, poiché il diritto penale non serve in primo luogo alla retribuzione, ma alla prevenzione dei reati.

12 Il Tribunale federale e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno quindi qualificato l'internamento ordinario come **«pena» ai sensi dell'art. 7 cpv. 1 CEDU**, sebbene quest'ultima sia una «misura» nel diritto interno. A nostro avviso, a causa del suo carattere "quasi irreversibile", l'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ CP soddisfa *a fortiori* i criteri di definizione del concetto autonomo di "pena" stabiliti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Senza necessariamente fare riferimento alla CEDU, il Consiglio federale e una parte della dottrina ritengono che la misura della reclusione (a vita) sia una pena per ragioni simili.

13 Alla luce di quanto sopra, si pone in particolare la questione del rispetto del **principio di colpevolezza** (*nulla poena sine culpa;* art. 19 cpv. 1 CP) e delle **norme per la determinazione della pena** (art. 47 CP). Se la reclusione (a vita) è in realtà una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU, le persone colpite da tale misura "sono punite per ciò che hanno fatto (l'atto), ma anche e soprattutto per ciò che sono (l'essere)", poiché lo stato personale dell'autore dell'atto è qui "il fattore determinante". Tuttavia, quando l'autore è dichiarato penalmente irresponsabile, ma comunque internato (cfr. art. 19 cpv. 3 CP), che cosa rimane della sua colpa, se non la sua personalità? Questo "problema di fondo, che non è stato ancora affrontato dalla dottrina penale e tanto meno risolto", potrebbe comportare la violazione del principio di legalità delle sanzioni sancito dall'art. 7 par. 1 CEDU, nella misura in cui è applicabile. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'assenza di "condanna", cioè di dichiarazione di colpevolezza, non si oppone infatti alla qualificazione di "pena" ai sensi della Convenzione.

14 L'art. 123*a* della Costituzione mette in discussione anche la coerenza del sistema sanzionatorio svizzero, in quanto la legge autorizza la **pronuncia congiunta di una internamento (a vita) e di una pena privativa della libertà a vita** (art. 40 cpv. 2 frase 2 CP; cfr. art. 57 CP). Nonostante il carattere monistico della reclusione a vita e il fatto che costituisca un «equivalente funzionale» della reclusione ordinaria, nulla osta, in pratica, a che siano

ordinate insieme ai sensi della giurisprudenza (cfr. art. 64 cpv. 3, 64*a)* cpv. 1 e 86 cpv. 1 CP). Per contro, in considerazione delle loro diverse condizioni di esecuzione e di liberazione (cfr. art. 64 *c)* e 86 cpv. 1 CP), il Tribunale federale si è mostrato più critico riguardo alla possibilità di articolare l'esecuzione di una reclusione a vita con quella della reclusione a vita che la precederebbe eventualmente (art. 64 cpv. 2 CP), affermando che «una soluzione coordinata sembra esclusa».

15 Il Consiglio federale ha inoltre ritenuto necessario «regolare più chiaramente la forma di esecuzione quando una pena detentiva a vita è pronunciata con un'internamento» nell'ambito della **riforma della pena detentiva a vita** avviata in risposta ai postulati Caroni e Rickli. Nel suo progetto preliminare del 2 giugno 2023, l'esecutivo ha proposto che la privazione della libertà sia dapprima eseguita secondo le norme relative alla pena detentiva e che, dopo un periodo fissato a 26 anni, "l'esecuzione [prosegua] secondo le disposizioni applicabili alla (perpetua) internamento" (cfr. art. 64 cpv. 3$^{bis\ e}$ 64 *cpv.* 7 AP-CP). Sebbene la volontà di regolamentare l'articolazione di queste sanzioni sia stata accolta favorevolmente dalla maggior parte delle parti interessate alla consultazione, restavano da risolvere alcune "ambiguità" nella soluzione di attuazione del Consiglio federale. Tenendo conto dei risultati della procedura di consultazione conclusasi il 2 ottobre 2023, il progetto del Consiglio federale del 19 febbraio 2025 prevede infine l'introduzione di un art. 80*a)* P-CP affinché "alcuni aspetti della privazione della libertà [possano] essere eseguiti alle condizioni dell'internamento". Secondo questa nuova disposizione, formulata in modo più restrittivo rispetto a quelle del progetto preliminare, «se il detenuto è stato condannato a una pena privativa della libertà a vita, se il giudice ha inoltre ordinato un internamento ai sensi dell'art. 64 cpv. 1 o 1$^{bis}$, e il detenuto ha scontato 25 anni della pena, può essere collocato in un istituto specializzato nell'esecuzione delle internazioni». A nostro avviso, nessuno di questi emendamenti risolve la questione delle condizioni di liberazione applicabili in caso di condanna congiunta a una pena detentiva a vita e a una reclusione a vita, sebbene si tratti proprio del punto di conflitto individuato dalla giurisprudenza.

16 Perseguendo l'obiettivo di sicurezza di **neutralizzare definitivamente** individui considerati pericolosi**, l'**art. 123*a* della Costituzione testimonia inoltre una paura del reato molto antica che si inserisce nella concezione di un "diritto penale del nemico". In particolare nel contesto dei reati gravi

contro l'integrità fisica e sessuale, uno dei modi privilegiati per “difendere” la società sembra infatti consistere nell'allontanare definitivamente, per via penale, i membri “indesiderabili” che non ne fanno quindi più parte integrante e perdono, in tal modo, il pieno e totale protezione che lo Stato dovrebbe comunque garantire loro. Poiché un (presunto) interesse collettivo alla sicurezza prevale sempre, *a priori* inconciliabile con la salvaguardia della dignità umana e delle libertà (individuali), i principi di universalità e incondizionabilità dei diritti umani vengono così annientati. Considerate le sofferenze e l'esclusione sociale imposte alle persone internate (a vita), l'adozione dell'art. 123*a* Cost. riflette una forma di indifferenza nei confronti del loro destino e dei loro diritti, giustificata dai rischi (statistici) che rappresentano per la collettività. Questa visione dicotomica e ostile si oppone alla teoria secondo cui la società è composta da tutti i suoi membri e nessuno può trovarsi al di fuori del contratto sociale, indipendentemente dalle sue azioni. Da questo modo di pensare e costruire la convivenza e il bene comune nasce un **«paradossale contrasto» tra diritto penale e diritti umani**, che trova una chiara espressione nella reclusione a vita; diventa impossibile proteggere i valori fondamentali del sistema senza, allo stesso tempo, trasgredirli. Di conseguenza, i diritti umani penetrano nel sistema penale solo marginalmente, nel senso che, soprattutto in caso di reati gravi, intervengono solo per contenere le cosiddette pene «radicali» o «estreme». Pertanto, il processo di attuazione dell'art. 123*a* della Costituzione è consistito soprattutto nel limitare, talvolta invano, la portata di una norma costituzionale che negava palesemente i diritti fondamentali.

17 Secondo una parte della dottrina, la severità della sanzione, la sua dimensione neutralizzante e il suo carattere irrevocabile avvicinano l'internamento a vita alla pena di morte. Storicamente, la **“vicinanza qualitativa” tra la pena di morte e le sanzioni perpetue** si distingue chiaramente nei lavori di Beccaria, che raccomanda di sostituire la pena di morte con una pena perpetua, in quanto quest'ultima sarebbe più efficace in quanto più crudele per la sua durata di esecuzione. I processi di abolizione della pena di morte in diversi paesi occidentali hanno continuamente riattivato questo legame nel corso del XIXº e XXº secolo; alla fine della maggior parte di essi, una sanzione a vita ha sostituito la pena di morte, perché ” quando si pensa a un'alternativa alla pena di morte, la grande preoccupazione non è quella di tenere conto dei diritti fondamentali del condannato, ma di non “indebolire” la scala delle pene”. Inoltre, ricercatori e professionisti ritengono che, all'interno degli

ordinamenti giuridici in cui l'esecuzione capitale non è più in vigore, solo la morte biologica è stata abolita, poiché le pene perpetue, che uccidono a "fuoco lento", sono un altro tipo di pena di morte.

18 L'adozione dell'art. 123*a* della Costituzione, che riprende un modello di sanzione che sembra ancora oggi insuperabile, mostra la scarsa innovazione delle idee penali dal XVIII secolo. L'assimilazione tra l'internamento a vita e la pena di morte contribuisce tuttavia a **normalizzare le altre sanzioni privative della libertà a tempo indeterminato**, facendo passare per un "male minore" la pena privativa della libertà a vita (art. 40 cpv. 1 e 2 CP), l'internamento ordinario (art. 64 cpv. 1 CP) e la misura terapeutica istituzionale (art. 59 cpv. 3 CP). Poiché è la più «severa» di tutte e l'*ultima ratio*, l'internamento a vita tende a oscurare la gravità di queste altre sanzioni, catturando gran parte delle aspettative dei suoi sostenitori e delle preoccupazioni dei suoi oppositori. Il voto a favore dell'iniziativa popolare per l'internamento a vita indica che la maggioranza del popolo e dei Cantoni non riteneva sufficiente l'arsenale penale esistente e che solo questa nuova misura perpetua poteva proteggere la società. In risposta, è stato spesso formulato contro l'art. 123*a* della Costituzione e le sue disposizioni di attuazione l'argomento secondo cui la pronuncia unica - o cumulativa (cfr. art. 57 CP) - di altre sanzioni di durata indeterminata consentiva già di neutralizzare fino alla morte una persona ritenuta pericolosa. Tuttavia, nonostante le loro differenze, queste sanzioni, in varia misura, seguono tutte una logica simile a quella dell'internamento a vita; sono costruite sulla base dello stesso "sistema di idee" e, data la loro assenza di limiti temporali, inducono effetti e rischi di violazione dei diritti fondamentali della stessa natura. L'art. 123*a* della Costituzione contribuisce così ad ampliare lo spettro delle pratiche penali oggi considerate accettabili per punire e prevenire la commissione di reati gravi; al di là della sua esistenza in sé, perpetua il principio del ricorso a sanzioni senza fine.

## III. COMMENTO VERO E PROPRIO

### A. Assenza di titolo marginale

19 L'articolo 123*a* *della* Costituzione federale è l'unica disposizione della Costituzione federale che non contiene **alcun titolo marginale**. Biaggini lo definisce «*il figlio problematico senza nome*». Questa anomalia si spiega con il

fatto che i promotori non hanno previsto un titolo marginale all'articolo (da non confondere con il titolo dell'iniziativa) durante l'elaborazione del progetto di iniziativa popolare (cfr. art. 139 cpv. 2 ip. 2 Cost.). Durante l'esame preliminare dell'iniziativa da parte della Cancelleria federale, questa omissione - senza alcuna conseguenza formale - non sembra aver dato luogo a scambi con i promotori. A seguito della pubblicazione ufficiale dell'iniziativa e del contemporaneo avvio della raccolta delle firme (art. 139 cpv. 1 Cost.), l'aggiunta di un titolo marginale - ovvero un elemento interpretativo del testo che fa parte dell'articolo costituzionale - non era più possibile (cfr. art. 139 cpv. 5 frase 1 Cost. e art. 99 LParl, relativo al divieto di modificare il testo di un'iniziativa popolare).

## B. Paragrafo 1 frase 1: condizioni per la pronuncia dell'internamento a vita

20 L'art. 123*a*, cpv. 1, frase 1, della Costituzione federale stabilisce che un «delinquente sessuale o violento» deve essere **internato a vita** se la perizia su cui si basa la sentenza lo qualifica come «estremamente pericoloso» e «non correggibile».

### 1. Un «delinquente sessuale o violento»

21 Secondo il testo costituzionale, la reclusione a vita è ordinata nei confronti di un **"delinquente sessuale o violento"**, ovvero l'autore di un atto di natura violenta o, in alternativa, di natura sessuale. Poiché il concetto di «delinquente sessuale o violento» è sconosciuto nel diritto penale svizzero, è stato trasposto sotto forma di un **elenco esaustivo di reati** (art. 64 cpv. 1$^{bis}$ *in limine* CP), in conformità con il principio di legalità (art. 1 CP). Pertanto, chiunque abbia commesso o tentato di commettere un omicidio (art. 112 CP), un assassinio (art. 111 CP), una lesione grave (art. 122 CP), una violenza carnale (art. 190 CP), un brigantaggio (art. 140 CP), una coazione sessuale (art. 189 cpv. 2 e 3 CP), una sequestro di persona (art. 183 n. 1 CP), una rapina (art. 183 n. 2 CP), una presa di ostaggi (art. 185 CP) o un crimine di sparizione forzata (art. 185$^{bis}$ CP), chi si è dedicato alla tratta di esseri umani (art. 182 CP), ha partecipato a un genocidio (art. 264 CP) o ha commesso un crimine contro l'umanità (art. 264*a)* CP) o un crimine di guerra (art. 264*d)*-264*h)* CP). Inoltre, la persona deve aver causato o voluto causare un **danno particolarmente grave** alla integrità fisica, psichica o sessuale di un'altra persona (art. 64 cpv. 1$^{bis}$ lett. a CP). Il

Tribunale federale e la dottrina precisano a questo proposito che non tutti i reati del catalogo presentano lo stesso grado di gravità. Se, ad esempio, non vi è dubbio che un omicidio o una violenza carnale costituiscano *di per sé* una tale violazione, per cui la condizione richiesta dall'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ lett. a CP sarà sempre soddisfatta, l'esame dovrà essere più approfondito, in particolare in caso di coercizione sessuale. Secondo il Tribunale federale, quest'ultimo reato non implica necessariamente una violazione particolarmente grave dell'integrità fisica, psichica o sessuale. Le **due condizioni cumulative** relative alla natura del reato previste dal Codice penale (art. 64 cpv. 1$^{bis}$ *in limine* e 1$^{bis}$ lett. a CP) riflettono quindi la volontà di limitare la pronuncia dell'internamento a vita ai casi più gravi.

## 2. Un individuo «estremamente pericoloso»

L'«**estrema pericolosità**» che caratterizza l'individuo ai sensi dell'art. 123*a*, cpv. 1 della Costituzione è un concetto giuridicamente indeterminato e impreciso dal punto di vista psichiatrico. A livello legale, diversi elementi della disposizione di applicazione consentono di concretizzare questa idea, che non poteva essere ripresa così com'era. L'«estrema pericolosità» della persona è dedotta principalmente dall'**elevato rischio che essa commetta nuovamente** uno dei reati menzionati nell'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ *in limine* CP (art. 64 cpv. 1$^{bis}$ lett. b CP). Anche la commissione (o il tentativo) primaria di uno dei reati del catalogo e la lesione (effettiva o mirata) di una certa intensità all'integrità altrui (art. 64 cpv. 1$^{bis\ lett}$. a CP) costituiscono indizi. Dal punto di vista medico, le difficoltà riguardano in particolare la controversia relativa al concetto di pericolosità e l'incertezza nella valutazione del rischio di recidiva. La probabilità elevata di recidiva specifica o dello stesso tipo richiesta dall'art. 64 cpv. 1bis lett. b CP, che può essere accolta solo in rare occasioni, limita la possibilità di pronunciare un'internamento a vita a casi eccezionali. 64 al. 1$^{bis}$ lett. b CP, circoscrive la possibilità di pronunciare una reclusione a vita a casi eccezionali. 22

## 3. Un individuo «non curabile»

Ai fini della disposizione costituzionale, l'individuo deve inoltre essere considerato «**non curabile**» (*nicht therapierbar*; *refrattario alla terapia*). Questo concetto è stato ampiamente contestato dai professionisti e dagli ambienti scientifici interessati perché tocca una questione etica fondamentale. Secondo la concezione kantiana della dignità umana, basata sul 23

rispetto dell'autonomia individuale, non è ammissibile trattare una persona come definitivamente incapace di assumere il controllo della propria vita, perché ciò equivale a considerarla un agente non razionale, incapace di giudizio morale. In altre parole, postulare l'incurabilità irreversibile di una persona equivale a negare la sua umanità, in quanto l'autonomia e l'autodeterminazione, che comprendono la capacità di cambiare, sono qualità imprescrittibili e inalienabili dell'essere umano. Il concetto di non rieducabilità appare quindi difficilmente compatibile con le norme costituzionali e convenzionali che tutelano la dignità umana, in quanto essa è uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Per ragioni deontologiche e scientifiche derivanti da un ragionamento analogo, la dottrina psichiatrica forense dominante ritiene inoltre che non sia concepibile pronunciarsi in modo definitivo sulla non curabilità; ogni essere vivente, e *a maggior ragione* l'essere umano, rimane suscettibile di evolversi nel tempo. In termini di validità clinica, la grande maggioranza degli psichiatri precisa inoltre che le prognosi possono coprire al massimo un periodo di uno o due decenni, quando gli autori in questione hanno generalmente una speranza di vita residua di quaranta o cinquanta anni al momento del giudizio.

24 Contrapponendosi alla maggioranza del popolo a quella degli esperti e dei professionisti, il concetto di «non rieducabilità» riflette il nodo gordiano che è la misura della reclusione a vita. Ha suscitato molte discussioni sulla sua interpretazione giuridica. L'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ lett. c CP prevede di ordinare l'internamento a vita per la persona qualificata come «**a lungo termine non curabile** [(*dauerhaft nicht therapierbar*; *durevolmente refrattario alla terapia*)], nella misura in cui la terapia sembra, a lungo termine, destinata al fallimento». Nel **messaggio del 2005**, l'esecutivo qualifica la non rieducabilità come **«cronica»** e spiega che essa «rappresenta in realtà un rapporto di probabilità che contrappone il rischio estremamente elevato che vengano commessi nuovi reati molto gravi e la probabilità molto bassa che si verifichino cambiamenti in grado di ridurre i rischi». Proponendo di aggiungere l'avverbio "duraturamente" per tener conto delle riserve di natura scientifica sulla non emendabilità, il Consiglio federale ha corso il rischio di rendere più flessibili le condizioni per la pronuncia dell'internamento a vita. Questa scelta può sorprendere in quanto *a priori* va contro la logica di chiusura che ha guidato l'attuazione dell'internamento a vita. Essa rivela tutta la difficoltà delle autorità svizzere nel conciliare i diversi interessi e le diverse sfide in seguito all'adozione dell'art. 123*a* della Costituzione.

Al termine di un'analisi meticolosa, il **Tribunale federale** ha infine optato per un approccio restrittivo, ritenendo che "solo chi è **veramente inaccessibile a una terapia per tutta la vita**" è permanentemente non rieducabile ai sensi dell'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ lett. c CP. La sua interpretazione, più fedele alla volontà del legislatore rispetto a quella delineata dal Consiglio federale, riduce quasi a zero la portata pratica della disposizione legale poiché «l'iniziativa si basa su una finzione in contraddizione con la realtà». 25

Secondo il Consiglio federale, la **terapia prevista** (*Behandlung*; *trattamento*) deve mirare a ridurre in modo sufficiente la pericolosità della persona, sia essa legata a disturbi mentali propriamente detti o dedotta da sintomi o caratteristiche della personalità che potrebbero essere trattati con successo mediante una terapia. Le disposizioni sulla reclusione a vita si applicano quindi sia all'individuo che presenta disturbi mentali sia a quello che non ne soffre, a condizione che al momento del giudizio sia stabilito che nessuna forma di terapia gli impedirà di commettere nuovamente un reato grave. 26

In linea con il Consiglio federale, la giurisprudenza richiede che l'analisi dello stato **dell'individuo** si basi esclusivamente su **criteri strutturali**, strettamente e durevolmente legati alla sua persona. I criteri variabili - come la mancanza di motivazione, la mancata comprensione razionale del proprio atto, i sintomi suscettibili di essere modificati dall'uso di farmaci o la mancanza di un'istituzione adeguata - non vengono presi in considerazione. Inoltre, se così fosse, la Svizzera non rispetterebbe i suoi obblighi derivanti dagli **articoli 3 e 5, paragrafo 1 della CEDU** nel campo dell'assistenza, in particolare psichica, fornita in detenzione. A questo proposito, un'istituzione e un'adeguata assistenza sanitaria sono proprio tra le misure indispensabili. In generale, in conformità con l'obbligo positivo di offrire a tutte le persone private della libertà la possibilità di progredire sulla via della riabilitazione, devono essere proposti tutti i mezzi che consentono all'individuo di ridurre la propria pericolosità, indipendentemente dal fatto che presenti o meno disturbi mentali. Pertanto, anche nel caso in cui una persona fosse considerata «irrimediabilmente non rieducabile» ai sensi della giurisprudenza federale, le autorità svizzere non sarebbero esentate dai loro obblighi nei suoi confronti. 27

## C. Paragrafo 1, frase 2: esclusione delle agevolazioni durante l'esecuzione dell'internamento a vita

28 L'art. 123*a*, cpv. 1, frase 2, Cost. **esclude qualsiasi liberazione anticipata e congedo** per le persone internate a vita. Questo divieto è ripreso esplicitamente nell'articolo 90 CP - i cui commi 2-4$^{bis}$ disciplinano le modalità di preparazione alla liberazione - che dispone al cpv. 4$^{ter}$ che «durante la reclusione a vita non sono concessi permessi o altre agevolazioni nell'esecuzione». L'articolo 84 CP, che regola i rapporti della persona condannata con il mondo esterno, è stato inoltre integrato con un capoverso 6$^{bis}$ che prevede lo stesso divieto durante l'esecuzione della pena che precede l'internamento a vita.

29 Nella sua comunicazione del 2001, il Consiglio federale sottolinea giustamente che il regime previsto dall'iniziativa è difficilmente conciliabile con il **principio di proporzionalità**. Esprimiamo due ulteriori riserve sulla costituzionalità del sistema istituito dall'articolo 123*a*, capoverso 1, seconda frase, della Costituzione. Il primo avrebbe potuto essere formulato già al momento della votazione sull'internamento a vita, mentre il secondo deriva da sviluppi della Corte europea dei diritti dell'uomo successivi all'adozione dell'art. 123*a* della Costituzione e delle sue disposizioni di attuazione, ma che rientrano in una norma di *jus cogens*. Da un lato, secondo una giurisprudenza costante a partire dagli anni '90, gli Stati hanno l'obbligo di autorizzare e aiutare le persone private della libertà a mantenere i contatti con i propri familiari in virtù dell'**art. 8 CEDU**. Se da ciò non deriva un diritto incondizionato a beneficiare di un'autorizzazione temporanea di uscita, spetta invece alle autorità nazionali valutare nel merito ogni singola richiesta e dimostrare che la restrizione del diritto della persona interessata è giustificata ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 CEDU. Escludendo qualsiasi ponderazione degli interessi, l'art. 84 cpv. 6$^{bis}$ CP non soddisfa questi requisiti. D'altra parte, gli articoli 84 cpv. 6$^{bis}$ e 90 cpv. 4$^{ter}$ CP appaiono in contraddizione con l'obiettivo cardinale di reinserimento e risocializzazione che presiede all'esecuzione delle sanzioni penali svizzere (cfr. in particolare gli art. 74, 75 cpv. 1 e 3 e 90 cpv. 2 CP) e che la Corte EDU ha elevato al rango di obbligo positivo nel 2013. Secondo la Corte, ciò riguarda il rispetto della dignità umana di ogni persona privata della libertà, ma anche la sicurezza della collettività, poiché la funzione di risocializzazione della pena «mira, in ultima analisi, a prevenire la recidiva e, quindi, a proteggere la società». In base

all'**articolo 3 CEDU**, l'obbligo di promuovere la risocializzazione di tutte le persone private della libertà, anche se condannate all'ergastolo, implica in particolare la garanzia di regimi penitenziari compatibili con l'obiettivo di emendamento e che consentano loro di progredire su questa strada. Il regime progressivo di esecuzione delle pene (cfr. art. 75 CP) e delle misure (cfr. art. 90 CP), che comprende delle attenuazioni, costituisce proprio una declinazione della funzione di risocializzazione della sanzione penale. Allo stesso modo, il mantenimento dei contatti con il mondo esterno è fondamentale per favorire il reinserimento delle persone private della libertà. Pertanto, sebbene i contatti possano eventualmente essere mantenuti in altro modo, l'esclusione assoluta delle vacanze ci sembra costituire un ostacolo importante al reinserimento sociale delle persone condannate all'internamento a vita e, di conseguenza, rischia di contribuire a una violazione dell'articolo 3 CEDU.

## D. Paragrafo 2, frase 1: condizioni per la revoca dell'internamento a vita

Ai sensi dell'art. 123*a*, par. 2, frase 1 CP, “nuove perizie vengono effettuate solo se nuove conoscenze scientifiche consentono di stabilire che il delinquente può essere corretto e che quindi non rappresenta più un pericolo per la comunità”. In altre parole, solo le «nuove conoscenze scientifiche» aprono la possibilità di **revocare un'internamento a vita**. La principale difficoltà nell'attuazione della disposizione costituzionale risiede nel fatto che non prevede che la riduzione o addirittura la scomparsa della pericolosità della persona internata a vita possa dipendere da qualcosa di diverso dalla sua capacità di rispondere a un trattamento. 30

Secondo i **primi tre commi dell'art. 64*c)* CP,** il legislatore si limita a prevedere un **meccanismo di attuazione** relativamente complesso, facendo propria la logica dell'iniziativa. In primo luogo, la competente autorità cantonale, d'ufficio o su richiesta della persona internata a vita, incarica una commissione federale specializzata di esaminare se esistono “nuove conoscenze scientifiche” che consentano di stabilire che l'individuo in questione può essere riabilitato (art. 64*c)* cpv. 1 CP). Sulla base del rapporto consultivo della commissione, l'autorità cantonale decide quindi di proporre la cura alla persona se ritiene che sia sufficientemente probabile che in tal modo la sua pericolosità scompaia (art. 64*c)* cpv. 1 e 2 CP). Infine, se almeno 31

due nuove perizie concludono che, grazie alla terapia, la pericolosità dell'individuo si è notevolmente ridotta e può essere ulteriormente ridotta al punto da non rappresentare più un pericolo per la collettività, il tribunale che ha pronunciato l'internamento a vita ne ordina la revoca e la sostituisce con una misura terapeutica istituzionale (art. 64*c)* cpv. 3 e 5 CP; cfr. art. 59 ss CP). A questo punto, la persona può beneficiare di una liberazione alle condizioni di cui agli articoli 62-62*d CP*.

32 Il concetto di «**nuove conoscenze scientifiche**» che determina la revoca dell'internamento a vita ha alimentato ampiamente il dibattito, poiché, secondo il parere unanime delle parti coinvolte nella concretizzazione legislativa, la compatibilità della misura con l'articolo 5 CEDU dipende in gran parte da questo. L'iniziativa voleva senza dubbio intendere questo termine nel **senso oggettivo** di "nuovi metodi terapeutici per il trattamento di criminali pericolosi", ignorando così i requisiti dell'art. 5 CEDU. Tenendo presente la giurisprudenza di Strasburgo, il Consiglio federale ritiene nella sua comunicazione del 2005 che la questione che si pone sia se esistano nuovi metodi terapeutici, ma che questi debbano anche tenere conto dei cambiamenti della persona interessata, cioè quelli di **natura soggettiva**. Nello stesso paragrafo del messaggio, vengono inoltre definite «nuove conoscenze scientifiche [...] tutte quelle acquisite attraverso procedimenti metodici, che riguardano la pericolosità e (non) rieducabilità del delinquente che hanno portato alla sua internamento». Non è quindi chiaro se, per il Consiglio federale, queste conoscenze possano riguardare la pericolosità e la rieducabilità in modo indipendente o se debbano riguardare solo la rieducabilità, che potrebbe avere un impatto sulla pericolosità. Le tre versioni linguistiche dei messaggi del 2001 concordano tutte sul fatto che l'esame riguarda la pericolosità e la rieducabilità. Nella versione francese del messaggio del 2005 la definizione è identica, ma nelle versioni tedesca e italiana si parla solo di modificabilità. Il dubbio suscitato dalla definizione del governo su cosa si intenda esattamente con questo concetto giuridico indeterminato non è stato dissipato dalle discussioni parlamentari. Persiste tuttora, poiché il Tribunale federale non ha risolto la questione.

33 In attesa di una decisione dei giudici federali, riteniamo che l'analisi ai sensi degli **art. 64*c)* cpv. 1-3 CP** riguardi solo gli sviluppi della persona internata a vita **in relazione a una forma di trattamento**. In altre parole, l'esame riguarda solo l'esistenza di conoscenze scientifiche riguardanti la (non)

curabilità della persona internata a vita che consentono di prevedere cambiamenti nella sua natura estremamente pericolosa. A nostro avviso, una definizione più ampia, che includa tutte le modifiche della natura pericolosa della persona, ignora la volontà del costituente e si allontana troppo dal testo degli articoli 123*a*, cpv. 2, frase 1, della Costituzione e 64*c*, commi 1-3, del CP svizzero, svuotando del suo significato letterale il concetto di «nuove conoscenze scientifiche». La respingiamo anche perché è in contrasto con la sistematica legale. Impedisce l'articolazione degli articoli 64*c* cpv. 1-4 CP nella misura in cui, in assoluto, la vecchiaia e la malattia menzionate nel cpv. 4 costituiscono anche cambiamenti che influenzano la natura pericolosa della persona internata a vita, cambiamenti che dovrebbero essere considerati dal punto di vista dei commi 1-3 se il concetto di "nuove conoscenze scientifiche" fosse interpretato in modo estensivo.

Nell'art. 64*c)* cpv. 4 CP, il legislatore prevede - sempre nell'ottica di conformarsi all'art. 5 CEDU, ma allontanandosi nettamente dallo spirito dell'art. 123*a)* cpv. 2 frase 1 Cost. - la possibilità per il giudice di rilasciare condizionalmente (cfr. 64*a)* CP), senza trattamento preventivo o successivo, la persona che, a causa dell'età, di una grave malattia o per un altro motivo, non rappresenta più una minaccia per la collettività. La questione del trattamento viene così messa in secondo piano rispetto a quella, più ampia, della **pericolosità sociale**. L'interpretazione di questo cpv. è per il momento incerta, ma risulta decisiva per l'intero dispositivo di revoca dell'internamento a vita in quanto si tratta di una **via di liberazione alternativa** a quella prevista nei primi tre commi. Secondo la dottrina, che condividiamo, la clausola generale dell'art. 64*c*, cpv. 4 CP, che prevede la liberazione della persona per un "altro motivo", non è inequivocabile. 34

Il progetto preliminare del Consiglio federale basava la conformità del dispositivo dell'art. 64*c del* CP con l'art. 5 CEDU sull'interpretazione estensiva delle "nuove conoscenze scientifiche" e su un art. 64c cpv. 4 AP-CP che prevedeva solo le due varianti dell'età avanzata e della malattia grave. Al termine della procedura di consultazione, il governo ha inserito nel quarto cpv. questo terzo «**altro motivo**» di liberazione, poiché alcune delle parti interessate avevano ritenuto che in mancanza di ciò il testo sarebbe stato contrario all'articolo 5 della CEDU. Non è facile capire se, dal punto di vista del Consiglio federale, la compatibilità delle modalità di revoca dell'internamento a vita con la CEDU sia garantita dall'interpretazione 35

estensiva delle “nuove conoscenze scientifiche” di cui all'art. 64*c* cpv. 1 CP, dall'aggiunta della terza variante all'art. 64*c* cpv. 4 CP o da entrambi. L'esecutivo non ha nemmeno specificato l'articolazione tra il meccanismo previsto nei commi 1-3 e quello istituito dal cpv. 4, né la loro rispettiva portata. Si è limitato ad affermare che i termini “per un altro motivo” consentono all'autorità competente di «chiedere al tribunale di ordinare una liberazione condizionale quando, sulla base del rapporto della commissione specializzata di cui al cpv. 1, giunge alla conclusione che, anche senza trattamento preliminare o dopo il trattamento “sperimentale” ai sensi del cpv. 2, l'autore non rappresenta più un pericolo per la società». Anche in Parlamento le opinioni divergono sull'interpretazione di questa clausola, per cui permane l'incertezza. Il Tribunale federale, dal canto suo, non ha avuto l'opportunità di pronunciarsi sull'attuazione dell'art. 64*c*, cpv. 4 CP. Da parte nostra, includiamo nell'“altro motivo” dell'art. 64*c* cpv. 4 CP **tutti i possibili motivi di successiva scomparsa della pericolosità** dell'individuo internato a vita.

36 A differenza dei commi 1-3 dell'art. 64*c* CP, il cpv. 4 non specifica come viene avviata l'esame giudiziario della liberazione condizionale. Questa revisione può, con ogni probabilità, essere avviata sia su richiesta della persona internata che su iniziativa dell'autorità di esecuzione. Il parere della **commissione federale specializzata** non sembra necessario in questo contesto. Ai sensi della lettera degli articoli 123 *bis*, cpv. 2, frase 1 1 Cst., art. 64*c*, cpv. 1-3 CP e dell'ordinanza del 26 giugno 2013 (cfr. in particolare il titolo e l'art. 2 lett. a), questa commissione ha infatti il solo mandato di pronunciarsi sulla questione dell'esistenza di un trattamento per l'individuo in questione, cioè sulla sua ammissibilità alla pena. Tuttavia, non è escluso che, procedendo a questa analisi in applicazione dell'art. 64*c*, cpv. 1 CP, la commissione constati che la persona internata a vita non è più pericolosa. In tal caso, gli articoli 64*c*, cpv. 2 e 3 CP non sono applicabili e l'autorità di esecuzione adisce il giudice in base all'articolo 64*c* cpv. 4 CP. Per decidere in merito alla revoca dell'internamento a vita e alla liberazione condizionale, il tribunale si basa su due perizie indipendenti e concordanti che confermano l'assenza di pericolosità della persona interessata (art. 64*c* cpv. 5 CP; cfr. anche art. 64*a* CP).

37 Il nostro approccio, che prevede un'interpretazione ampia dell'“altro motivo” di cui all'art. 64*c*, cpv. 4 CP, consente una **articolazione logica di tutti i**

**commi dell'art. 64*c*, CP** quando la persona non è più considerata "estremamente pericolosa". La revoca della misura è ipotizzabile in **quattro casi**. La **prima** configurazione è quella della persona la cui pericolosità è già notevolmente diminuita grazie a un trattamento e può ancora diminuire. La misura di internamento a vita sarà revocata e la persona sarà inserita in un istituto di cura nel quadro di una misura terapeutica istituzionale ai sensi degli articoli 59-61 CP, da cui sarà poi liberata alle condizioni di cui agli articoli 62-62*d)* CP (art. 64*c)* cpv. 1-3 *cum* cpv. 5 CP). La **seconda situazione** è meno evidente a causa dell'indistinzione, nell'articolo 64 capoverso 1$^{bis}$ CP, tra le persone che presentano disturbi mentali e quelle che non ne soffrono. Infatti, solo l'individuo "malato", cioè quello che presenta un disturbo mentale, può essere "guarito" - e quindi liberato. Pertanto, la persona che risponde a una terapia istituita ai sensi dell'art. 64*c*, commi 1 e 2 CP, ma che non era pericolosa a causa di un disturbo mentale, non può seguire la via prevista dall'art. 64*c*, cpv. 3 CP, poiché *a priori* non soddisfa le condizioni per la pronuncia di una misura istituzionale (cfr. in particolare art. 59 CP). Sebbene fragile, l'unica possibilità che possiamo immaginare per superare questo ostacolo e prevedere la liberazione di questa persona è quella dell'art. 64*c)* cpv. 4 ipotesi 3 CP (*cum* cpv. 5 CP), considerando che la sua pericolosità è scomparsa per un "altro motivo". Anche da questo punto di vista, la questione della pericolosità deve necessariamente prevalere su quella, sussidiaria, della possibilità di riabilitazione. La **terza ipotesi** riguarda la persona che non è più pericolosa a causa dell'età, di una grave malattia o di qualsiasi altra forma di invalidità simile e che sarà liberata alle condizioni di cui all'art. 64*a* CP (art. 64*c* cpv. 4 *cum* cpv. 5 CP). Il **quarto caso** – raro, ma teoricamente concepibile – riguarda l'individuo internato a vita la cui non pericolosità constatata non è imputabile all'effetto di una terapia né al deterioramento delle sue condizioni fisiche. Per questo individuo, l'unico modo per essere liberato è quello di far valere, come per la persona nella seconda situazione, l'esistenza di un "altro motivo" (art. 64*c)* cpv. 4 ip. 3 *cum* cpv. 5 CP).

Nessuna delle interpretazioni è perfettamente conforme alla volontà dei promotori. Il nostro suggerimento appare tuttavia più **solido in termini di conformità** sotto due aspetti, almeno per quanto riguarda l'art. 5 CEDU, rispetto a quello basato su un'ampia definizione di "nuove conoscenze scientifiche". 38

39 In primo luogo, se quest'ultima interpretazione può contribuire alla compatibilità del dispositivo previsto dagli art. 64 *c)* cpv. 1-3 CP con l'art. 5 CEDU, essa crea una **nuova difficoltà** sotto il profilo di quest'ultima norma. La lettura *contra legem* proposta dal Consiglio federale rende infatti l'applicazione dell'art. 64*c CP* notevolmente più incerta. Secondo la Corte EDU, tuttavia, le disposizioni che ricevono dalle autorità interne interpretazioni contraddittorie che si escludono a vicenda non soddisfano il requisito della certezza del diritto stabilito dall'art. 5 par. 1 CEDU. Il nostro progetto mira quindi a garantire una maggiore prevedibilità nell'applicazione della disposizione legale, evitando di svuotare il concetto di «nuove conoscenze scientifiche» del suo significato letterale e articolando i due percorsi di liberazione previsti dall'art. 64*c)* CP.

40 Inoltre, l'**articolo 5, paragrafo 4, della CEDU** garantisce il diritto a un controllo, a breve termine e a intervalli regolari, della legalità di qualsiasi privazione della libertà da parte di un tribunale imparziale e indipendente. In occasione di questo esame, che costituisce un diritto a pieno titolo, il tribunale deve verificare se la pena o la misura soddisfa ancora le condizioni di cui all'articolo 5 par. 1 CEDU e ordinare, se del caso, la liberazione. In generale, è solo la situazione della persona nel suo complesso e al momento dell'esame che è rilevante per il giudice che controlla la regolarità di una privazione della libertà a tempo indeterminato, il cui motivo può evolvere nel tempo. La decisione del tribunale si basa in particolare sulla personalità e sul comportamento dell'individuo, sul suo stato di salute mentale e sulla sua eventuale pericolosità. Più precisamente, la privazione della libertà ai sensi dell'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ CP rientra, a seconda delle circostanze, nel motivo di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. a o lett. e CEDU, o in entrambi.

41 In materia di detenzione di sicurezza, il giudice esamina in linea di principio la situazione delle persone che non presentano disturbi mentali e che sono state dichiarate colpevoli ai sensi dell'**art. 5 par. 1 lett. a CEDU**. Tra i criteri che presiedono all'analisi vi è quello del nesso causale sufficiente tra la condanna pronunciata dal tribunale di merito e la privazione della libertà. Questo legame si allenta gradualmente nel tempo e può finire per rompersi, soprattutto se la decisione di non concedere la scarcerazione si basa su una valutazione irragionevole degli obiettivi perseguiti dalla condanna iniziale. Il rifiuto di concedere la liberazione può anche diventare incompatibile con lo scopo della sanzione iniziale quando la persona rimane detenuta “perché

esiste il rischio che lei commetta un altro reato, mentre allo stesso tempo è privata dei mezzi necessari [...] per dimostrare che non rappresenta più una minaccia". In questi casi, una sanzione originariamente a vita si trasforma in una privazione della libertà incompatibile con l'art. 5 par. 1 lett. a CEDU.

42 Per quanto riguarda la persona «alienata» ai sensi dell'**art. 5 par. 1 lett. e CEDU**, la cui privazione della libertà è stata motivata da disturbi mentali, il tribunale deve in particolare assicurarsi che tali disturbi persistano al momento dell'esame della liberazione, tenendo conto di ogni eventuale evoluzione della sua salute mentale intervenuta dopo la pronuncia della pena o della misura. La privazione della libertà di cui all'art. 5 par. 1 lett. e CEDU è considerata arbitraria in assenza di tali disturbi. Lo è altrettanto se i disturbi all'origine della condanna non sono adeguatamente trattati, e questo «anche quando la malattia o il disturbo non possono essere curati o quando la persona interessata non può rispondere a una terapia».

43 Il **meccanismo di revoca dell'internamento a vita** non soddisfa i requisiti dell'**art. 5 CEDU** se la revisione è limitata alla sola questione della possibilità di riabilitazione. Poiché le decisioni dell'autorità di esecuzione basate sull'art. 64*c*, cpv. 1 e 2 CP sono soggette a ricorso, il problema non è *a priori* tanto quello dell'accesso a un giudice quanto quello della limitazione del potere di cognizione del tribunale (art. 5 par. 1 *cum* par. 4 CEDU). Limitando il concetto di «nuove conoscenze scientifiche» ai cambiamenti nella natura estremamente pericolosa della persona internata dovuti a un trattamento, il dispositivo previsto dai **primi tre commi** non lascia al tribunale un margine di manovra sufficiente per procedere a un controllo conforme alla giurisprudenza della Corte EDU. D'altro canto, con la via alternativa prevista dall'**art. 64*c)* cpv. 4 CP**, il meccanismo di liberazione tende maggiormente alla compatibilità con la CEDU. Il tribunale che si pronuncia in questo contesto ha effettivamente tutto il margine di manovra necessario per valutare l'evoluzione dell'individuo in questione (art. 5 par. 1 *cum* par. 4 CEDU).

44 In **sintesi**, riteniamo che il meccanismo di revoca dell'internamento a vita violi l'art. 5 CEDU se ci si attiene all'art. 123*a*, cpv. 2, frase 1 della Costituzione e al suo equivalente legale, ossia i soli articoli 64*c*, commi da 1 a 3 CP. Fatto salvo un problema di prevedibilità del diritto che non può essere completamente risolto *de lege lata*, il cpv. 4 costituisce l'unica possibilità di "salvare" l'art. 64*c del* CP sul terreno dell'art. 5 CEDU, poiché consente di

revocare l'internamento a vita di una persona che non è più "estremamente pericolosa", qualunque sia la ragione.

45 Ai sensi dell'**art. 3 CEDU**, qualsiasi sanzione privativa della libertà di durata illimitata deve inoltre essere **comprimibile** *de jure* **e anche** *de facto*, vale a dire che devono esistere, sin dalla sua pronuncia, una possibilità di riesame e possibilità di scarcerazione. Da un lato, la pena o la misura a vita devono essere soggette a una periodica **revisione che** consenta all'autorità competente di verificare se, nel corso dell'esecuzione, l'individuo abbia così tanto cambiato e progredito sulla via della riabilitazione che nessun motivo legittimo di ordine penologico giustifichi più il suo mantenimento in detenzione. Secondo la Corte EDU, è contrario alla dignità umana che una «punizione rimanga immutabile [...] qualunque cosa faccia l'individuo o per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi sulla via della redenzione». Pur lasciando un ampio margine di discrezionalità agli Stati per quanto riguarda le modalità di riesame, la Corte EDU specifica che queste devono riflettere la sua giurisprudenza pertinente e presentare un sufficiente grado di chiarezza e certezza. Pertanto, ogni persona condannata all'ergastolo ha il diritto di sapere, sin dalla pronuncia della sua pena, cosa deve fare per ottenere la liberazione e quali sono le condizioni per ottenerla. La persona interessata ha in particolare il diritto di conoscere il momento in cui avrà luogo o potrà essere richiesta una prima revisione. D'altra parte, l'art. 3 CEDU richiede che lo Stato offra a tutte le persone condannate all'ergastolo **reali prospettive di riduzione** della pena. La giurisprudenza di Strasburgo ritiene che il rispetto della dignità umana "impedisce di privare una persona della libertà con la forza senza lavorare allo stesso tempo per il suo reinserimento e senza fornirle la possibilità di recuperare un giorno tale libertà". Oltre all'obbligo positivo di garantire condizioni di detenzione e dispositivi, misure o trattamenti atti a consentire l'emendamento delle persone condannate all'ergastolo, sembrerebbe - alla luce di alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo - che gli Stati debbano anche prevedere, come strumento per favorire l'emendamento, un meccanismo di liberazione condizionale per tutte le persone detenute. La liberazione per soli motivi umanitari, come l'età o una grave malattia, è insufficiente ai fini della comprimibilità e statisticamente rara in Svizzera.

46 Il dispositivo di revoca dell'internamento a vita di cui all'art. 64*c)* CP non soddisfa i requisiti della Corte EDU in materia di art. 3 CEDU già perché non

presenta **un sufficiente grado di chiarezza** a causa delle difficoltà interpretative che solleva. Questi dubbi sostanziali sono, come per l'art. 5 CEDU, problematici in quanto tali rispetto all'art. 3 CEDU.

47 Inoltre, contrariamente al risultato che è possibile ottenere dal punto di vista dell'art. 5 CEDU, riteniamo che l'incompatibilità del diritto svizzero con l'art. 3 CEDU persisterà, indipendentemente dall'interpretazione del diritto interno che potrebbe, a lungo termine, essere privilegiata. Il concetto di «nuove conoscenze scientifiche», attorno al quale si articola la via degli **art. 64** *c)* **cpv. 1-3 CP**, non consente di determinare entro quale termine si verificherà la prima revisione e le successive. L'esistenza di una nuova terapia che influisce sulla possibilità di riabilitazione della persona è un evento casuale, senza un riferimento temporale, che non riflette in alcun modo la giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell'uomo. Anche se viene pronunciata una pena privativa della libertà (cfr. art. 57 cpv. 1 e 64 cpv. 2 frase 1 CP), la persona condannata all'internamento a vita non può sapere a priori quando la sua misura sarà controllata e si vede costretta a trascorrere un numero indeterminato di anni in detenzione senza alcuna indicazione concreta sulle possibilità di riesame e, di conseguenza, sulle sue prospettive di scarcerazione. Infatti, ci sembra difficile dedurre l'esistenza di tale termine dall'art. 64*c* cpv. 6 CP, che prevede certamente che la revoca dell'internamento a vita «avvenga al più presto quando l'autore ha scontato due terzi della pena o quindici anni della pena in caso di condanna a vita», ma non significa ancora che la fine della misura, le cui condizioni sono diverse da quelle della pena, sarà esaminata in tale occasione. Inoltre, poiché le possibilità di liberazione di cui all'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ CP dipendono esclusivamente dall'esistenza di una nuova terapia, esse sfuggono in larga misura al potere della persona internata a vita e delle autorità di esecuzione. Gli sforzi compiuti in vista di una liberazione possono quindi apparire vani e la sanzione senza via d'uscita. In breve, la condizione delle «nuove conoscenze scientifiche» sposta la detenzione a vita verso le sanzioni incomprimibili, limitando eccessivamente sia la possibilità di riesame che le prospettive di scarcerazione. La nostra interpretazione dell'**art. 64** *c.* **cpv. 4 CP** non garantisce neppure la compatibilità ai sensi dell'art. 3 CEDU. L'esame globale della (non) pericolosità della persona offre concrete prospettive di liberazione, a condizione che questa non sia limitata a motivi umanitari. Tuttavia, in assenza di un termine legale di riesame specifico per la revoca dell'internamento a vita, la persona condannata non può sapere, al momento

della condanna, quando un'autorità verificherà se la misura è ancora giustificata.

48 In conclusione, date le condizioni inadeguate per la revoca dell'internamento a vita poste dall'art. 123*a*, cpv. 2, frase 1, della Costituzione, **nessuna soluzione** di attuazione può essere pienamente soddisfacente. Il nostro modo di procedere ci sembra il più adatto a conferire una certa coerenza globale al dispositivo di revoca dell'internamento a vita previsto dall'art. 64*c)* CP e, dopo aver constatato che l'art. 123*a)* cpv. 2 frase 1 Cost. è irrimediabilmente incompatibile con la CEDU, a tenere conto al meglio delle questioni di conformità alla Convenzione. D'altra parte, questo approccio si discosta dalla volontà popolare in quanto consente la liberazione di una persona internata che non sarebbe più pericolosa (art. 64*c)* par. 4 ipotesi 3 CP *cum* art. 64*a)* CP), anche in assenza di "nuove conoscenze scientifiche che permettano di stabilire che il delinquente può essere corretto" (art. 123*a*, cpv. 1, frase 1 Cost.).

## E. Paragrafo 2, frase 2: responsabilità dell'autorità che dispone la revoca dell'internamento

49 Secondo l'art. 123*a*, cpv. 2, frase 2 della Costituzione, l'autorità che pronuncia la revoca dell'internamento alla luce delle nuove perizie è **responsabile in caso di recidiva** (cfr. art. 64*c*, cpv. 5 CP).

50 L'iniziativa mira in primo luogo a stabilire una **responsabilità dello Stato**. All'interno del gruppo di lavoro "internamento", i due ex membri del comitato d'iniziativa hanno sostenuto che la lettera del testo costituzionale prevedeva chiaramente la "responsabilità dell'autorità", il che implicherebbe "meno riparazione finanziaria che obbligare coloro che hanno preso la decisione di liberare l'autore a sopportare le conseguenze di tale decisione". Secondo la grande maggioranza del gruppo di lavoro, il Consiglio federale ha tuttavia ritenuto che il concetto di responsabilità fosse giuridicamente chiaro e potesse essere inteso solo nel senso di una «prestazione di risarcimento danni per le conseguenze patrimoniali» (cfr. art. 41 segg. CO).

51 La responsabilità dello Stato è stata concretizzata nell'art. 380*a*, cpv. 1 CP sotto forma di **responsabilità di diritto pubblico causale**, ossia indipendente da un errore di un agente al momento della revoca dell'internamento a vita. La responsabilità della collettività pubblica è quindi impegnata quando una delle autorità ad essa collegate revoca una reclusione a

vita o concede la liberazione condizionale a una persona internata a vita e quest'ultima commette nuovamente uno dei reati di cui all'art. 64 cpv. 1$^{bis}$ CP. Il reato è quindi inteso nel suo significato speciale. Il procedimento è disciplinato, a seconda dell'ente interessato, dalle leggi cantonali in materia di responsabilità dello Stato o dalla legge federale sulla responsabilità della Confederazione, dei membri delle sue autorità e dei suoi funzionari del 14 marzo 1958 (LRCF). Solo l'ente pubblico - federale o cantonale - risponde del danno, ad esclusione dell'autorità che ha emesso la decisione, priva di personalità giuridica. Poiché la commissione federale specializzata svolge solo una funzione consultiva, le sue conclusioni non comportano alcuna responsabilità da parte della Confederazione.

52 La responsabilità dello Stato non esclude la **responsabilità civile della persona recidiva** (art. 41 e segg. CO). La persona lesa può quindi intentare un'azione legale sia contro la collettività pubblica che contro l'individuo recidivo. Ai sensi dell'art. 380*a*, cpv. 2 CP, le disposizioni del Codice delle obbligazioni in materia di atti illeciti si applicano, in qualità di diritto pubblico suppletivo, al ricorso dell'ente pubblico perseguito contro l'autore del reato (art. 51 CO) e alla prescrizione dell'azione di risarcimento danni o di risarcimento del danno morale (art. 60 CO).

53 L'art. 380*a del* CP protegge i **membri dell'autorità** che hanno pronunciato la revoca dell'internamento a vita da qualsiasi azione diretta del danneggiato. Ai sensi del cpv. 3, la collettività perseguita dispone tuttavia di un'azione di regresso, disciplinata dal diritto cantonale o dalla LRCF, contro i suoi agenti.

54 Secondo il messaggio del 2001, il testo dell'iniziativa non specifica il tipo di responsabilità in questione, quindi si dovrebbe partire dal principio che i promotori dell'iniziativa consideravano non solo la responsabilità civile, ma anche quella penale. La **responsabilità penale** dei membri dell'autorità che ordina la (condizionale) liberazione sarebbe coperta dalle disposizioni del Codice penale, in particolare i reati di omicidio colposo (art. 117 CP) o di lesioni personali gravi colpose (art. 125 cpv. 1 e 2 CP). A seguito dell'adozione della norma costituzionale, questa forma di responsabilità non è più menzionata dal Consiglio federale nella sua comunicazione del 2005 e non è stata oggetto di alcuna discussione in Parlamento. A ragione, la dottrina concorda sul fatto che la responsabilità di cui all'art. 123*a*, cpv. 2, frase 2, della Costituzione non è di natura penale.

55 Sul **piano convenzionale**, gli obblighi procedurali derivanti dall'articolo 2 della CEDU non impongono al governo di versare un risarcimento a una vittima sulla base di una responsabilità oggettiva in caso di recidiva di una persona che beneficia di una riduzione della pena o di una liberazione condizionale. Non si oppongono neppure a che la responsabilità dei membri di un'autorità che decide in merito alle misure di proroga della detenzione sia subordinata al dolo o a una colpa grave. D'altro canto, l'articolo 2 CEDU comprende l'obbligo positivo dello Stato di stabilire l'eventuale responsabilità di questi agenti se, in libertà, l'individuo condannato all'ergastolo commette un nuovo reato grave. Il procedimento avviato contro questi agenti non deve necessariamente essere di natura penale; può anche essere civile o disciplinare.

## F. Paragrafo 3: requisiti relativi alle perizie

56 Ai sensi dell'art. 123*a*, cpv. 3 Cost., ogni perizia riguardante la persona che rischia l'internamento a vita è «effettuata da almeno **due periti indipendenti** che tengono conto di tutti gli elementi pertinenti». A sostegno delle versioni tedesca e italiana, più precise della versione francese, si può ritenere che i promotori volessero che due esperti esperti (*erfahrene Fachleute*; *periti esperti*) e indipendenti l'uno dall'altro (*voneinander unabhängig*; *reciprocamente indipendenti*) stabilissero due perizie complete riguardanti l'individuo in questione.

57 L'**art. 56 cpv. 4 bis CP riporta l'essenziale** dell'art. 123*a cpv.* 3 Cost. nella legge. Il legislatore ha rinunciato a inserire nel Codice penale le competenze attese dagli esperti. Nella sua comunicazione del 2005, il Consiglio federale precisa tuttavia che gli esperti consultati devono essere specialisti in psichiatria forense, valutazione prognostica giudiziaria e trattamento di autori di gravi reati contro l'integrità fisica o sessuale. Rispetto al testo costituzionale, l'art. 56 al. 4bis CP **aggiunge la condizione dell'indipendenza degli esperti rispetto alla persona valutata**, nel senso che i primi non devono aver trattato la seconda né essersi occupati di essa in alcun modo. In pratica, il numero ridotto di esperti e il lungo percorso criminale delle persone a rischio di internamento a vita complicano l'attuazione di questo requisito.

58 Secondo il **messaggio del 2005**, se le due perizie non devono necessariamente concordare su tutti i punti, non possono tuttavia contenere

contraddizioni fondamentali riguardo alle conclusioni relative alla pronuncia della reclusione a vita. In caso di divergenza tra gli esperti, il tribunale ha la possibilità di richiedere un terzo parere, poiché l'art. 123*a*, par. 3 della Costituzione, ripreso nell'art. 56, par. 4$^{bis}$ del CP, stabilisce che il giudice si basi su "almeno" due perizie indipendenti. La **giurisprudenza** ha precisato che la pronuncia dell'internamento a vita richiede che i due esperti forniscano pareri chiari, indiscutibili e convergenti sull'incurabilità a vita della persona. Secondo le sentenze pubblicate alla fine di marzo 2025, alcuni esperti hanno concluso che l'individuo in questione era davvero inaccessibile a qualsiasi trattamento per tutta la vita. Le condizioni molto restrittive poste dal Codice penale, riprese dalla norma costituzionale, per pronunciare questa misura, in particolare la richiesta agli esperti di prevedere una «impossibilità di trattamento a vita», dovrebbero tuttavia avere come conseguenza che l'internamento a vita sarà applicato solo molto raramente, se non mai.

La **revoca della misura** richiede anche la redazione di due perizie, che devono soddisfare gli stessi requisiti (cfr. art. 64*c*, cpv. 5 CP). 59

Gli autori

*Justine Barton è dottoranda presso il Dipartimento di diritto penale dell'Università di Ginevra e parallelamente sta svolgendo il suo tirocinio legale. Ha conseguito un Bachelor in giurisprudenza (2015), un Master in diritto generale (2017) e un certificato di specializzazione in avvocatura (2017) presso l'Università di Ginevra. La sua ricerca e la sua pratica si concentrano principalmente sul diritto penale e sui diritti fondamentali.*

*Fabio Burgener è dottorando e assistente presso il Dipartimento di diritto penale dell'Università di Ginevra. Ha conseguito una laurea in giurisprudenza presso l'Università di Ginevra (2013), un master bilingue in diritto civile e penale presso le Università di Ginevra e Basilea (2016) e un certificato di specializzazione in avvocatura (2015). È inoltre iscritto all'Ordine degli avvocati di Ginevra, esercita presso lo studio Keppeler Avocats ed è membro della Commissione di diritto penale dell'Ordine degli avvocati di Ginevra. La sua ricerca e la sua pratica si concentrano principalmente sul diritto penale sostanziale e sul diritto processuale penale.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Boos Susan, Auge um Auge, Die Grenzen des präventiven Strafens, Zurich 2022.

Carrère Emmanuel, L'adversaire, Paris 2000.

Foucault Michel, Contre les peines de substitution, Libération du 18 septembre 1981, p. 5, suivi de Punir est la chose la plus difficile qui soit, Témoignage chrétien du 28 septembre 1981, p. 30, reproduits in Dits et écrits II, 1976-1988, Paris 2001, p. 1024 ss.

Helmer Étienne, Aux frontières de la cité : les incurables de Platon, Philosophie antique 2017, n° 17, p. 125 ss.

Nietzsche Friedrich, Zur Genealogie der Moral : Eine Streitschrift, Leipizig 1887 (en particulier : Zweite Abhandlung : « Schuld », « schlechtes Gewissen » und Verwandtes).

Sureau François, Le chemin des morts, Paris 2013.

Weber Hartmut/Scheerer Sebastian (édit.), Leben ohne Lebenslänglich, Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, Bielefeld 1988.

## BIBLIOGRAFIA

### Dottrina

Albrecht Peter, Wirklich lebenslänglich?, in : Kuhn André/Margot Pierre/Aebi Marcelo F./Schwarzenegger Christian/Donatsch Andreas/Jositsch Daniel (édit.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias, Berne 2013, p. 809 ss.

Auroux Sylvain (dir.), Les notions philosophiques, Dictionnaire, tome 1, in : Jacob André (édit.), Encyclopédie philosophique universelle, vol. II, Paris 1990.

Belser Eva Maria/Molinari, art. 7 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bommer Felix, Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System, in : Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 15 ss.

Casadamont Guy/Poncela Pierrette, Il n'y a pas de peine juste, Paris 2004.

Chanson François/Viredaz Baptiste, art. 380*a* CP, in : Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017.

Denys Christian, art. 123*a* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dourneau-Josette Pascal/Tulkens Françoise, La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, Déviance et Société 2010, p. 691 ss.

Dreuille Jean-François, Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion, Jurisprudence. Revue critique 2012, p. 149 ss.

Dubé Richard, La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des expectatives normatives, *Droit et société* 2012, p. 659 ss.

Dubey Jacques, art. 7 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dubey Jacques, art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dyer Andrew, (Grossly) Disproportionate Sentences : Can Charters of Rights Make a Difference ?, Monash University Law Review 2017, p. 195 ss.

Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, art. 139 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2023.

Forster Marc, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123*a* BV, AJP/PJA 2004, p. 418 ss.

Garcia Margarida, Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel, Champ pénal 2007, p. 1 ss.

Göksu Tarkan, art. 123*a* Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Graven Jean, Peut-on se passer de la peine de mort ?, Coimbra 1967.

Heer Marianne, art. 64 CP, N. 101 à 134, art. 64*c* CP et art. 380*a* CP, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

Heer Marianne/Habermeyer Elmar, art. 64 CP, N. 1 à 100a, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

Heer Marianne, Lange Strafen und Längere Verwahrungen, Ein Überblick über das geltende und das künftige Recht, in : Dittmann Volker/Kuhn André/Maag Renie/Wiprächtiger Hans (édit.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Coire/Zurich 2002, p. 171 ss (cité : Heer, 2002).

Hodgkinson Peter, Les alternatives à la peine de mort – l'expérience du Royaume-Uni, in : Conseil de l'Europe (édit.), Peine de mort, Après l'abolition, Strasbourg 2004, p. 165 ss.

Hottelier Michel, Au cœur du droit pénal, la protection de la dignité humaine, Plaidoyer 8/2016, p. 51 ss.

Jacquemoud Camilla, Les initiants et leur volonté, La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire, Fribourg 2022.

Jaquier Véronique/Vuille Joëlle, Les femmes et la question criminelle, Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires, Zurich/Genève 2019.

Jeanneret Yvan, Éditorial, forumpoenale 2015, p. 1.

Jeanneret Yvan/Kuhn André, De la peine de mort à la peine de mort sociale, RJN 2012, p. 15 ss (cité : Jeanneret/Kuhn, 2012).

Jeanneret Yvan/Kuhn André, L'internement à vie devant le Tribunal fédéral : l'indépendance et le courage de la Haute Cour à l'honneur, Jusletter 16 décembre 2013 (cité : Jeanneret/Kuhn, 2013).

Jeanneret Yvan/Kuhn André, L'enseignement à vie *vs.* l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !, in : Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 73 ss (cité : Jeanneret/Kuhn, 2017).

Jung Anne, De Carl Stooss à l'internement à vie – la dérive sécuritaire des mesures en Suisse, Déviance et Société 2010/4, p. 571 ss.

Killias Martin/Aebi Marcelo F./Kuhn André, Précis de criminologie, 4e éd., Berne 2019.

Kuhn André, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS/ZStrR 2017, p. 235 ss.

Kunz Karl-Ludwig/Stratenwerth Günter, Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung", RPS/ZStrR 2005 p. 2 ss.

Languin Noëlle/Kellerhals Jean/Robert Christian-Nils, L'art de punir, Les représentations sociales d'une « juste » peine, Genève 2006.

Ludwiczak Glassey Maria/Roth Robert/Thalmann Vanessa, art. 56 et 57 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Marti Irène, Doing Indefinite Time, An Ethnography of Long-Term Imprisonment in Switzerland, Cham 2023.

Mereu Italo, La mort comme peine, traduction et adaptation par Rossi Madeleine, 3e éd., Bruxelles 2012.

Pires Alvaro P., La « ligne Maginot » en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince, Revue de droit pénal et de criminologie 2001, p. 145 ss (cité : Pires, 2001a).

Pires Alvaro P., La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique, Sociologie et sociétés 2001, p. 179 ss (cité : Pires, 2001b).

Pires Alvaro P., Droits de la personne et peines radicales : comment concilier l'inconciliable, Journal des tribunaux (Belgique) 2012, p. 614 s. (cité : Pires, 2012a).

Pires Alvaro P., Les peines radicales : construction et « invisibilisation » d'un paradoxe, introduction originale in : Mereu Italo, La mort comme peine, traduction et adaptation par Rossi Madeleine, 3e éd., Bruxelles 2012, p. 9 ss (cité : Pires, 2012b).

Pires Alvaro P., La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle, in : Debuyst Christian/Digneffe Françoise/Pires Alvaro P. (dir.), Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome 2, Bruxelles 2016, p. 21 ss (cité : Pires, 2016).

Pires Alvaro P./Garcia Margarida, Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in : Cartuyvels Yves/Dumont Hugues/Ost François/van de Kerchove Michel/van Drooghenbroeck Sébastien (dir.), Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?, Bruxelles 2007, p. 291 ss.

Queloz Nicolas, art. 59 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Queloz Nicolas/Balçin-Renklicicek Belkiz, art. 64, 64 al. 1bis et 64*c* CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Rohner Barbara, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62*d* Abs. 2 StGB, Zurich/Bâle/Genève 2016.

Robert Roth, Pratiques pénitentiaires et théorie sociale : L'exemple de la prison de Genève (1825-1862), Genève/Paris 1981 (cité : Roth, 1981).

Roth Robert, Nouveau droit des sanctions : premier examen de quelques points sensibles, RPS/ZStrR 2003, p. 1 ss (cité : Roth, 2003).

Roth Robert, Mesures de sûreté et nouveau droit : confirmations, évolutions et paradoxes, RPS/ZStrR 2008, p. 243 ss (cité : Roth, 2008).

Roth Robert, Contre le droit pénal de l'ennemi, Beccaria 2019, p. 45 ss (cité : Roth, 2019).

Schaub Jann/Manetsch-Imohlz Rahel, art. 64*c* CP, in : Graf Damian K. (édit.), StGB Annotierter Kommentar, Berne 2020.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3e éd., Berne 2020.

Trechsel Stefan, Von der Initiative zum Strafgesetz, Jusletter 17 mai 2004 (cité : Trechsel, 2004).

Trechsel Stefan, Nr. 16 Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A. – S.2010.39, forumpoenale 2012, p. 138 ss (cité : Trechsel, 2012).

Trechsel Stefan/Pauen Borer Barbara, art. 64*c* CP, in : Trechsel Stefan/Pieth Mark (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2021.

Tubex Hilde/Snacken Sonia, L'évolution des longues peines, aperçu international et analyse des causes, Déviance et Société 1995, p. 103 ss.

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug. Eine empirische Studie zur Anwendung des Art. 86 StGB in den Kantonen Bern, Freiburg, Luzern und Waadt, Berlin/Berne 2019.

Vannier Marion, Normalizing Extreme Imprisonment, The Case of Life without Parole in California, Oxford 2021.

Vest Hans, art. 123*a* Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2023.

Werro Franz, art. 51 CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

Wohlers Wolfgang, art. 64*c* CP, in : Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5e éd., Berne 2024.

Zermatten Aimée H., Le traitement pénal des délinquants sexuels, Analyse du cadre légal et de la pratique en Suisse, Bâle 2024.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Commission de dangerosité, in : Brägger Benjamin F./Vuille Joëlle (édit.), Lexique pénitentiaire suisse, De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016, p. 82 ss.

## I materiali

Chancellerie fédérale, Aboutissement de l'Initiative populaire fédérale « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables », 12 juin 2000, FF 2000 3124 ss (cité : Aboutissement).

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse du 22 mars au 1er avril 2021, 8 juin 2022 (cité : Rapport CPT).

Commission nationale de prévention de la torture, Rapport thématique sur la conformité aux droits fondamentaux de l'exécution de l'internement en Suisse (art. 64 CP) 2019–2021, 26 juillet 2022 (cité : Rapport CNPT).

Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse, 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1 (cité : Message 1918).

Conseil fédéral, Message concernant l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables », 4 avril 2001, FF 2001 3265 ss (version française citée : Message 2001), FF 2001 3433 (version allemande citée : Message all. 2001), FF 2001 3063 ss (version italienne citée : Message ital. 2001).

Conseil fédéral, Explications à propos de la votation populaire du 8 février 2004, janvier 2004 (cité : Explications).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du Code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, 29 juin 2005, FF 2005 4425 ss (cité : Message 2005a).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (Mise en œuvre de l'art. 123*a* de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants extrêmement dangereux), 23 novembre 2005, FF 2005 869 ss (cité : Message 2005b), FF 2005 889 ss (version allemande citée : Message all. 2005b), FF 2005 807 ss (version italienne citée : Message ital. 2005b).

Conseil fédéral, Rapport en réponse aux postulats Caroni Andrea 18.3530 et Rickli Natalie (Schwander Pirmin) 18.3531, Réforme de la peine privative de liberté à vie pour les infractions particulièrement graves, 25 novembre 2020 (cité : Rapport CF 2020).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures. Exécution des sanctions), 2 novembre 2022, FF 2022 2991 (cité : Message 2022).

Conseil fédéral, Modification du Code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, 2 juin 2023 (cité : Rapport CF 2023).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), 19 février 2025, FF 2025 773 (cité : Message 2025).

Département fédéral de justice et police, Communication aux médias en vue de la votation populaire du 8 février 2004, 18 novembre 2013 (cité : Communication DFJP).

Groupe de travail, Rapport relatif à la modification du Code pénal suisse dans sa teneur du 13.12.2002, présenté par le groupe de travail « internement », 15 juillet 2004 (cité : Rapport GT).

Groupe de travail, Tableau synoptique des propositions de modifications, 4 août 2004 (cité : Tableau AP GT).

Office fédéral de la justice, Résumé des résultats de la procédure de consultation concernant le rapport et l'avant-projet du 15 juillet 2004 présentés par le groupe de travail « internement », octobre 2005 (cité : Résumé Consultation).

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à l'ordonnance concernant la commission fédérale d'évaluation des possibilités de traiter les personnes internées à vie, 26 juin 2013 (cité : Rapport Commission).

Office fédéral de la justice, Rapport relatif à la motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national « Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux », 20 novembre 2018 (cité : Rapport OFJ).

Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation concernant la modification du code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), 19 février 2025 (cité : Synthèse Consultation).

Office fédéral de la statistique, Section 19, Analyses de la récidive, Terminologie et définitions, mai 2009 (cité : OFS).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 123b Cost.

Un commentario di Fabio Burgener

CITAZIONE SUGGERITA

Fabio Burgener, Commentary of art. 123b FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Burgener, art. 123b FC N XXX.

**Art. 123*b* Imprescrittibilità dell'azione penale e della pena per gli autori di reati sessuali o di pornografia commessi su fanciulli impuberi**

L'azione penale e la pena per i reati sessuali o di pornografia commessi su fanciulli impuberi sono imprescrittibili.

# STRUTTURA

I. Genesi della norma ..... 1155
II. Attuazione nel Codice penale ..... 1156
III. Commento vero e proprio ..... 1157
A. Bambini al di sotto dell'età della pubertà ..... 1157
B. Atti punibili di natura sessuale o pornografica ..... 1158
C. Autori ..... 1159
D. Procedimenti penali e sanzioni non soggette a prescrizione ..... 1159
IV. Valutazione critica ..... 1160
A. Opportunità della disposizione ..... 1160
B. Compatibilità con il diritto internazionale ..... 1161
C. Effetti sulla prescrizione civile ..... 1162
Letture consigliate ..... 1162
Bibliographie ..... 1163

## I. GENESI DELLA NORMA

Il 1° marzo 2006, l'associazione "Marche Blanche" ha presentato alla Cancelleria federale un'iniziativa popolare "per l'imprescrittibilità degli atti di pornografia infantile", con 119.375 firme valide. Il testo proposto chiedeva che "gli atti punibili di natura sessuale o pornografica nei confronti di minori di età inferiore" fossero esentati dalla prescrizione (aggiunta di un articolo 123b della Costituzione svizzera). 1

Il Consiglio federale ha ritenuto che questa iniziativa popolare non fosse in grado di migliorare la prevenzione dei reati di pedofilia. Tuttavia, vista la necessità di rafforzare la protezione dei bambini, ha presentato una controproposta indiretta al Parlamento sotto forma di un nuovo statuto speciale di prescrizione. Il termine di prescrizione di 15 anni per alcuni gravi reati contro l'integrità sessuale (artt. 182, 187-119 e 195 del Codice penale svizzero) e per i più gravi reati contro la vita e l'incolumità fisica (artt. 111-113 e 122 del Codice penale svizzero) commessi da autori adulti nei confronti di minori di 16 anni inizierebbe a decorrere dalla data di compimento della maggiore età delle vittime. Nel caso in cui gli autori siano minorenni, il termine di prescrizione scadrebbe al compimento del 25° anno di età della vittima. Il Parlamento ha proposto di respingere l'iniziativa e ha adottato la controproposta indiretta. Se l'iniziativa fosse respinta, il controprogetto entrerebbe in vigore, con riserva di essere respinto da un referendum. 2

Al momento della votazione, i principali argomenti dei promotori erano che la non applicabilità della prescrizione prevista dall'iniziativa (i) era giustificata principalmente dalla natura specifica del "reato di atti sessuali contro un minore", (ii) aveva un effetto dissuasivo, (ii) aveva un effetto dissuasivo, incoraggiava la denuncia da parte delle vittime e quindi riduceva il numero di bambini abusati, e (iii) rappresentava un aiuto nel processo terapeutico della vittima, e che (iv) le testimonianze delle vittime diventavano più numerose e più credibili con il passare del tempo. 3

D'altra parte, il Consiglio federale ha sostenuto (i) che l'iniziativa mancava di chiarezza nella sua formulazione ed era difficile da attuare, (ii) che presentava rischi di disparità di trattamento a causa della fluttuazione dell'età puberale tra i bambini, (iii) che non distingueva tra autori adulti e minori, (iv) che il passare del tempo rendeva difficile l'accertamento dei fatti, (v) che la non applicabilità 4

della prescrizione dava alle vittime l'illusione che lo Stato sarebbe stato in grado di perseguire e condannare i colpevoli decenni dopo la commissione del reato e (vi) che il controprogetto forniva una protezione più efficace alle vittime.

5 Il 30 novembre 2008, l'iniziativa popolare è stata adottata dal 51,9% delle schede valide e da 16 Cantoni e 4 semicantoni.

## II. ATTUAZIONE NEL CODICE PENALE

6 Il Consiglio federale ha ritenuto che l'art. 123b della Costituzione svizzera fosse direttamente applicabile. Tuttavia, la soluzione di affidare alle autorità penali il compito di interpretare questa disposizione ha sollevato diversi problemi a causa dei concetti imprecisi contenuti nella norma costituzionale. Avrebbe potuto dare origine a pratiche cantonali diverse, con conseguente incertezza giuridica e disparità di trattamento. Questa soluzione avrebbe inoltre messo le vittime in una posizione scomoda, in quanto non avrebbero potuto sapere fin dall'inizio se i reati subiti non fossero o meno soggetti a prescrizione. Infine, avrebbe minato il principio di precisione della base giuridica.

7 Lo standard costituzionale ha giustamente trovato una forma legislativa esaustiva nell'art. 101 cpv. 1 let. e e cpv. 3 phr. 3 del Codice penale svizzero, nell'art. 59 cpv. 1 let. e e cpv. 3 phr. 3 del Codice penale militare del 13 giugno 1927 (CPM) e nell'art. 1 cpv. 2 lett. j della Legge federale del 20 giugno 2003 sullo stato penale dei minori (DPMin), entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

8 Secondo l'art. 101 cpv. 1 lett. e del Codice penale svizzero, non c'è prescrizione per i reati sessuali contro i minori (art. 187 n. 1 CP), la coercizione sessuale (art. 189 CP), lo stupro (art. 190 CP), i reati sessuali contro una persona incapace di discernimento o di resistenza (art. 191 CP), gli atti di natura sessuale contro una persona incapace di intendere e di volere (art. 191 CP). 191 CP), atti di natura sessuale con persone ricoverate, detenute o in custodia cautelare (art. 192 al. 1 CP) e abuso di disagio (art. 193 al. 1 CP), se commessi su minori di 12 anni. Inoltre, l'autore del reato deve essere maggiorenne (art. 1 al. 2 let. j DPMin caso contrario). Altri atti che potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 123b Cost. in base a un'interpretazione ampia di tale disposizione non possono essere considerati imprescrittibili.

Ai sensi dell'art. 101 cpv. 2 del Codice penale svizzero, il tribunale può ridurre la pena quando il procedimento penale è prescritto ai sensi degli artt. 97 e 98 del Codice. L'articolo 48(e) del Codice penale svizzero, relativo alla circostanza attenuante del decorso del tempo, non si applica ai reati per i quali non è prevista la prescrizione. 9

L'art. 101 cpv. 3 phr. 3 del Codice penale svizzero disciplina il diritto transitorio. I reati per i quali il 30 novembre 2008 - ossia il giorno in cui l'iniziativa è stata accettata - non erano ancora caduti in prescrizione, in base alla legge applicabile a quella data, non sono soggetti alla prescrizione. Questa regola è compatibile con l'art. 2 cpv. 1 del Codice penale svizzero e con l'art. 7 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sanciscono il principio di irretroattività del diritto penale. La Corte europea dei diritti dell'uomo accetta l'applicazione di un termine di prescrizione più lungo per i reati che non erano ancora prescritti al momento dell'entrata in vigore della nuova legge. 10

L'art. 59 cpv. 1 lett. e e il cpv. 3 lett. e. 3 CPM è il corrispettivo dell'art. 101 cpv. 1 let. e e cpv. 3 phr. 3 CP nel diritto penale militare. In base a questa disposizione, gli atti di coercizione sessuale (art. 153 CPM), lo stupro (art. 154 CPM), gli atti di natura sessuale commessi su una persona incapace di discernimento o di resistenza (art. 155 CPM), gli atti di natura sessuale commessi con bambini (art. 156 cap. 1 CPM) e lo sfruttamento di una situazione militare (art. 157 CPM) non sono soggetti alla prescrizione se commessi su bambini di età inferiore ai dodici anni. 11

## III. COMMENTO VERO E PROPRIO

### A. Bambini al di sotto dell'età della pubertà

Il concetto di "bambino impubero" era sconosciuto nell'ordinamento giuridico svizzero prima dell'adozione dell'art. 123b Cst. Da un punto di vista medico, la pubertà è il periodo di transizione dall'infanzia all'età adulta, un processo accompagnato da cambiamenti somatici, psicologici, metabolici e ormonali. Dal punto di vista giuridico, la definizione di questo concetto è stata sviluppata quando la norma costituzionale è stata incorporata nel Codice Penale. È stato raggiunto un accordo quasi unanime sul fatto che la legislazione attuativa dovesse includere un criterio chiaro e facilmente applicabile, ovvero l'età della vittima al momento del reato, età da 12

determinare sulla base della comprensione del concetto di bambino impubero. Il progetto preliminare dell'Ufficio federale di giustizia proponeva l'età di 10 anni, la cosiddetta età media di inizio della pubertà. Durante la consultazione su questa bozza, l'Associazione dei medici cantonali svizzeri, i Servizi psichiatrici universitari di Berna e la Federazione svizzera degli psicologi hanno criticato questa scelta. Dopo aver sottolineato, in particolare, che la fase della vita corrispondente alla pubertà varia da un bambino all'altro, si sono espressi a favore della fissazione di un limite più alto, ossia fissare rispettivamente a 16, 14 o 12 anni l'età in cui un bambino non dovrebbe più essere definito "prepuberale". L'età di 12 anni è stata infine adottata dal Consiglio federale nel suo Messaggio e successivamente dal Parlamento (cfr. art. 101 al. 1 lett. e in fine CP).

13 Una mozione del Consigliere nazionale Jean-Luc Addor del 18 giugno 2021, intitolata "Estendere il campo di applicazione della non applicabilità della prescrizione ai reati contro l'integrità sessuale per meglio proteggere i minori", metteva in discussione l'inserimento nel Codice penale del concetto di "bambino impubero" deciso nel 2012. Ha proposto una revisione dell'articolo 101, paragrafo 1, lettera e), del Codice penale svizzero, innalzando il limite di età per questi reati da 12 a 16 anni. Il Consiglio federale ha proposto di respingere la mozione. A suo avviso, l'estensione della non applicabilità della prescrizione ai casi di vittime di età superiore ai 12 anni andrebbe oltre l'iniziativa popolare che ha portato all'adozione dell'art. 101 cpv. 1 lett. e del Codice penale e l'obiettivo perseguito dagli iniziatori di proteggere le vittime più giovani, che non sono consapevoli della natura illecita degli atti commessi e non possono denunciarli. Il Consiglio nazionale ha respinto la mozione.

## B. Atti punibili di natura sessuale o pornografica

14 Il concetto di "atto punibile di natura sessuale o pornografica" è frainteso nel Codice penale. È sorto il dubbio se questo concetto si riferisca solo a determinati reati contro l'integrità sessuale (articoli 187-193 e 198 del Codice penale) o anche a tutti o alcuni degli atti punibili di natura pornografica (articolo 197 del Codice penale). La proposta del Consiglio federale era di applicare la non applicabilità della prescrizione ai reati sessuali contro i minori (art. 187 n. 1 c.p.), alla coercizione sessuale (art. 189 c.p.), allo stupro (art. 190 c.p.) e ai reati sessuali commessi contro una persona incapace di discernimento o di resistenza (art. 191 c.p.; cfr. art. 101 c. 1 lett. e c.p.). Il

Parlamento ha aggiunto gli atti sessuali con persone ricoverate in ospedale, in custodia cautelare o in attesa di giudizio (art. 192 cpv. 1 PC) e l'abuso di disagio (art. 193 cpv. 1 PC; cfr. art. 101 cpv. 1 lett. e PC). Il concetto di "atto pornografico punibile" avrebbe potuto essere reso più concreto includendo il reato di pornografia (Art. 197 PC) nell'elenco dell'Art. 101 cpv. 1 lett. e PC. Tuttavia, il Parlamento ha deciso di non farlo, ritenendo che il reato non fosse sufficientemente grave.

Con il Sex Offences Amendment Act, il Parlamento ha modificato l'elenco dei 15
reati di cui all'art. 101 cpv. 1 lett. e del Codice penale come segue: atti sessuali con fanciulli (art. 187 cpv. 1 e 1bis del Codice penale), molestie sessuali e coercizione (art. 189 CP, stupro (art. 187 cpv. 1 e 1bis del Codice penale). 189 CP), stupro (art. 190 CP), atti sessuali commessi su una persona incapace di discernimento o di resistenza (art. 191 CP), abuso di disagio o dipendenza (art. 193 CP) e inganno sulla natura sessuale di un atto (art. 193a CP). Il termine referendario per la legge scadrà il 5 ottobre 2023.

## C. Autori

L'articolo 123b della Costituzione svizzera non distingue tra autori di reato 16
maggiorenni e minorenni. Tenendo conto dei consueti metodi di interpretazione delle norme costituzionali, il Consiglio federale ha tuttavia ritenuto che la prescrizione non debba essere estesa ai minori. Nonostante la formulazione della disposizione, questa esclusione è pienamente giustificata da un punto di vista sistematico (la legge svizzera prevede un regime speciale per gli autori minorenni), teleologico (l'assenza di qualsiasi legame emotivo o economico tra una vittima e un autore minorenne) e storico (l'assenza di qualsiasi presa di posizione pubblica da parte degli iniziatori sugli abusi tra minori). Il rispetto dei principi di proporzionalità (art. 5 cpv. 2 della Costituzione svizzera) e di parità di trattamento (art. 8 cpv. 1 della Costituzione svizzera) giustifica anche questo trattamento differenziato degli autori minorenni.

## D. Procedimenti penali e sanzioni non soggette a prescrizione

L'articolo 123b Cost. prevede espressamente che i procedimenti e le sanzioni 17
penali non siano soggetti a prescrizione.

## IV. VALUTAZIONE CRITICA

### A. Opportunità della disposizione

18 Diversi studi dimostrano che molte vittime subiscono reati contro la loro integrità sessuale da parte di membri della loro stessa famiglia o di persone vicine. Quando esiste un forte legame emotivo o economico tra l'autore del reato e la vittima, quest'ultima spesso ha difficoltà a parlare degli atti subiti finché non si è liberata da questo vincolo e non si è sottoposta a un trattamento psicoterapeutico. Di conseguenza, possono uscire dal loro silenzio solo molti anni dopo l'abuso. Lo svantaggio di un periodo di prescrizione troppo breve è che ostacola i procedimenti penali e quindi permette all'autore di sfuggire alla punizione.

19 Nell'esaminare l'iniziativa popolare, il Consiglio federale ha concluso che per il reato di "abuso sessuale su minore" è necessaria una prescrizione speciale. Ha sottolineato che l'articolo 70, paragrafo 2, del Codice penale prevede una prescrizione di 15 anni per i reati gravi contro l'integrità sessuale di un minore di 16 anni (articoli 187 e 188 del Codice penale), e che la prescrizione decorre fino al compimento del 25° anno di età della vittima. Ad esempio, la vittima doveva agire prima dei 25 anni se i fatti erano stati commessi quando aveva meno di 10 anni, e fino ai 32 anni se aveva 17 anni al momento del reato. Il legislatore aveva quindi già riconosciuto che le vittime dovevano avere più tempo per denunciare i reati. Il Consiglio federale ha tuttavia ammesso che questo periodo dovrebbe essere esteso, ad esempio fissando il dies ad quo alla data della maggiore età della vittima. D'altra parte, ha contestato la non applicabilità della prescrizione perché andava oltre il necessario ed era quindi sproporzionata.

20 Oltre alle critiche giustificate del Consiglio federale, i promotori non hanno tenuto conto del fatto che una denuncia penale potrebbe essere fatta anche da terzi e portare, contro la volontà della vittima, all'apertura di un procedimento penale. In tali circostanze, c'è il rischio che la vittima venga messa alla prova anziché aiutata, soprattutto perché il passare del tempo rende più difficile l'accertamento dei fatti.

21 A nostro avviso, per quanto riguarda la prescrizione dei procedimenti penali (artt. 97 e 98 del Codice penale svizzero), il controprogetto indiretto presentato agli elettori nel 2008 avrebbe permesso di tenere sufficientemente

conto delle difficoltà che le vittime minorenni incontrano nel denunciare i reati. Gli argomenti addotti dagli iniziativisti a sostegno della non applicabilità della prescrizione non ci sembrano convincenti, in particolare quelli relativi agli effetti dissuasivi per gli autori dei reati e terapeutici per le vittime, nonché quelli relativi alle testimonianze. Per quanto riguarda la prescrizione della pena (art. 99 c.p.) - che inizia a decorrere dal giorno in cui la sentenza diventa esecutiva (art. 100 c.p.) - solo la gravità del reato commesso dovrebbe essere presa in considerazione per stabilire la durata. A nostro avviso, la non applicabilità della prescrizione è giustificata solo per il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e gli atti di terrorismo (art. 101 cpv. 1 lett. a-d del Codice penale svizzero).

## B. Compatibilità con il diritto internazionale

La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che la prescrizione possa essere interpretata come una condizione preliminare per l'esame di un caso e che non pregiudichi l'esercizio del diritto a un processo equo (art. 6 CEDU). La non applicabilità della prescrizione ai procedimenti penali garantisce alla vittima l'accesso a un giudice senza limiti di tempo (art. 6 § 1 phr. 1 CEDU). Inoltre, non comporta ipso facto un indebolimento dei diritti concessi all'imputato nel procedimento penale a suo carico (art. 6 § 1 - 3 CEDU). Tuttavia, una volta che i fatti sono stati denunciati dalla vittima, l'assenza di un termine di prescrizione non dovrebbe in nessun caso comportare il mancato rispetto del principio di celerità da parte delle autorità penali (art. 6 § 1 phr. 2 CEDU). La non applicabilità della prescrizione a reati ordinari molto gravi non viola di per sé la CEDU. 22

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del 25 ottobre 2007 (Convenzione di Lanzarote; CETS n. 201) è entrata in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2014. L'articolo 33 impone agli Stati membri di adottare misure legislative per garantire che il termine di prescrizione per i procedimenti penali relativi ai reati di abuso sessuale (articolo 18) e reclutamento o coercizione alla prostituzione (articolo 19, paragrafo 1, lettere a) e b)) o spettacoli pornografici (articolo 21, paragrafo 1, lettere a) e b))) continui a decorrere per un periodo sufficientemente lungo da consentire un'efficace azione penale, dopo che il minore ha raggiunto la maggiore età, e che tale periodo sia proporzionato alla gravità del reato in questione. La legge svizzera è stata modificata per essere 23

pienamente compatibile con la Convenzione. Essa va addirittura oltre la Convenzione nel caso dei reati previsti dall'articolo 101, paragrafo 1, lettera e), del Codice penale.

## C. Effetti sulla prescrizione civile

24 La non applicabilità della prescrizione ai procedimenti penali ha un effetto anche sulla prescrizione civile. Secondo l'art. 60 para. 2 CO, se l'evento dannoso deriva da un atto punibile da parte della persona tenuta al risarcimento, l'azione per il risarcimento dei danni o per il pagamento di una somma di denaro a titolo di riparazione morale si prescrive non prima della scadenza del termine di prescrizione dell'azione penale, nonostante i paragrafi 1 e 1bis; se il termine di prescrizione dell'azione penale non è più applicabile perché è stata emessa una sentenza di primo grado, l'azione civile si prescrive non prima di tre anni dalla notifica della sentenza. Questa disposizione si applica solo se i fatti che hanno dato origine al danno costituiscono un reato. Se il procedimento penale non è soggetto a prescrizione, l'azione penale è possibile senza limiti di tempo e la sentenza penale di primo grado non ha alcun effetto interruttivo. Pertanto, la seconda frase non si applica e le richieste di risarcimento civile della vittima restano soggette alla prescrizione.

*Informazioni sull'autore*

*Fabio Burgener ha conseguito una laurea in diritto presso l'Università di Ginevra (2013), un master bilingue in diritto civile e penale presso le Università di Ginevra e Basilea (2016) e un certificato di specializzazione in advocacy (2015). È dottorando e assistente presso il Dipartimento di diritto penale dell'Università di Ginevra. È inoltre membro dell'Ordine degli Avvocati di Ginevra ed esercita presso lo studio Keppeler Avocats. È anche giudice aggiunto presso il Tribunale penale di prima istanza del Cantone di Ginevra. La sua ricerca e la sua pratica si concentrano principalmente sul diritto penale sostanziale e sulla procedura penale.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Capus Nadja, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative: Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, Forumpoenale 2009, p. 110-115.

De Becker Emmanuel/Hayez Jean-Yves, L'enfant victime d'abus sexuel et sa famille : évaluation et traitement, Paris 1999.

Frischknecht Tom, Zur Eidgenössischen Volksinitiative « für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern », RPS/ZStrR 126 (2008) p. 434-454.

## BIBLIOGRAPHIE

Asholt Martin, Verjährung im Strafrecht, Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, Tübingen 2016.

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zürich 2017.

Capus Nadja, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative : Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, Forumpoenale 2009, p. 110-115.

Chancellerie fédérale, Examen préliminaire de l'initiative populaire fédérale « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » du 17.8.2004, FF 2004 4443 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/800/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Examen).

Chancellerie fédérale, Aboutissement de l'initiative populaire fédérale « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » du 23.3.2006, FF 2006 3529 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/386/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Aboutissement).

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 25.10.2007, Lanzarote, disponible sous : https://rm.coe.int/16800d3891 (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Rapport explicatif).

Conseil fédéral, Explications à propos de la votation populaire du 30.11.2008, disponible sous : https://www.bk.admin.ch/dam/bk/fr/dokumente/Abstimmungsbuechlein/erlaeuterungen_desbundesrates30112008.pdf.download.pdf/explications_du_conseilfederal30112008.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Explications).

Conseil fédéral, Liste des destinataires de la consultation du 26.5.2010 sur la révision du CP et du CPM concernant la mise en œuvre de l'art. 123b Cst, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit.html (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Destinataires).

Däppen Robert K., Commentaire de l'art. 60 CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

De Becker Emmanuel/Hayez Jean-Yves, L'enfant victime d'abus sexuel et sa famille : évaluation et traitement, Paris 1999.

Denys Christian, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Frischknecht Tom, Zur Eidgenössischen Volksinitiative « für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern », RPS/ZStrR 126/2008, p. 434-454.

Göksu Tarkan, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Groupe de travail Enfance maltraitée, Rapport de juin 1992, Berne FF 1995 IV 53 ss, disponible sous : https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/kinder/studien/bericht1992_kindesmisshandlung.pdf.download.pdf/rapport_enfance_maltraiteeensuisseavisduconseilfederaldu27juin19.pdf (dernière consultation 18.8.2023) (cité : Rapport GT 1992).

Jacquemoud Camilla, Les initiants et leur volonté, La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire, Fribourg 2022.

Loftus Elizabeth F./Ketchan Katherine, Die therapierte Erinnerung, Hambourg 1995.

Maier Philipp, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Zurich 1994.

Message concernant l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants (modification du code pénal et du

code pénal militaire) du 27.6.2007, FF 2007 5099 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/758/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2007).

Message relatif à la loi fédérale portant mise en œuvre de l'art. 123b de la Constitution concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères (Modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) du 22.6.2011, FF 2011 5565 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/883/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2011).

Message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du code pénal), FF 2012 7051 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1181/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2012).

Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221 ss, disponible sous : https ://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2014).

Morin Ariane, La prise en compte du droit pénal en droit de la responsabilité civile, in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew M./Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 443-452.

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à la modification du Code pénal suisse concernant le contre-projet indirect à l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine », Berne, janvier 2007, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Rapport OFJ 2007).

Office fédéral de la justice, Résumé des résultats de la procédure de consultation concernant l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants, Berne, mai 2007, disponibe sous : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6007/4/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6007-4-

cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Résumé Consultation 2007).

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la mise en œuvre de l'article 123b de la Constitution fédérale sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine, Berne, mai 2010, disponible sous : https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/78018.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Rapport OFJ 2010).

Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif et à l'avant-projet de loi fédérale concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants prépubères, Berne, mars 2011, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit/ve-ber-umsetzung-f.pdf.download.pdf/ve-ber-umsetzung-f.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Synthèse Consultation 2011).

Schöbi Félix, Unverjährbarkeit – Die Bedeutung von Art. 123b BV für das Haftpflichtrecht, in : Fuhrer S. (édit.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht : Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, p. 519-530.

Verde Michel, Unverjährbarkeit von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen?, PJA/AJP 7 (2017) p. 837-843.

Vest Hans, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/St.Gall 2023.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen?, in : Fuhrer Stephan/Kieser Ueli/Weber Stephan (édit.), Mehrspuriger Schadenausgleich / Des différentes voies menant à la réparation du dommage, Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht / Avec des contributions en droit de la responsabilité civile, en droit des assurances sociales et privées, Zurich/St.Gall 2022, p. 298-312.

Ziegler Andreas R./Wehrenberg Stefan, Commentaire de l'art. 101 CP, in : Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Zurbrügg Matthias, Commentaire de l'art. 101 CP, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 136 Cost.

Un commentario di Karl-Marc Wyss

CITAZIONE SUGGERITA

Karl-Marc Wyss, Commentario all'art. 136 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Wyss, art. 136 Cost. N. XXX.

**Titolo quarto: Popolo e Cantoni**

**Capitolo 1: Disposizioni generali**

**Art. 136 Diritti politici**

[1] I diritti politici in materia federale spettano a tutte le persone di cittadinanza svizzera che hanno compiuto il diciottesimo anno d'età, purché non siano interdette per infermità o debolezza mentali. Tutte hanno gli stessi diritti e doveri politici.

[2] Esse possono partecipare alle elezioni del Consiglio nazionale e alle votazioni federali, nonché lanciare e firmare iniziative popolari e referendum in materia federale.

# STRUTTURA

I. Storia delle origini ..... 1171
II. Contesto ..... 1172
A. Cambiamento di terminologia ..... 1172
B. Sistema e finalità ..... 1172
C. Natura giuridica e portata ..... 1173
III. Commento in senso stretto ..... 1174
A. Requisiti di capacità e autorizzazione (cpv. 1, frase 1) ..... 1174
1. Cittadinanza svizzera ..... 1174
2. Compimento del 18° anno di età ..... 1174
3. Nessuna incapacità permanente di giudizio ..... 1175
4. Conseguenze giuridiche: persona giuridica e iscrizione nel registro elettorale ..... 1176
B. Generalità e uguaglianza dei diritti politici (cpv. 1, frase 2) ..... 1177
C. Panoramica dei diritti politici individuali (cpv. 2) ..... 1178
IV. Richieste di riforma ..... 1179
A. Inclusione dei cittadini stranieri ..... 1179
B. Inclusione delle persone con disabilità intellettiva ..... 1180
C. Abbassamento dell'età di voto ..... 1182
Letture consigliate ..... 1184
Bibliografia ..... 1185
I materiali ..... 1190

## I. STORIA DELLE ORIGINI

Dal 1848, l'attuale Costituzione federale regola chi ha e può esercitare i diritti politici nelle questioni federali in Svizzera. Inizialmente, solo gli svizzeri di età superiore ai 20 anni potevano votare - per l'elezione popolare del Consiglio nazionale, per l'iniziativa popolare per la revisione totale della Costituzione federale, per la votazione popolare obbligatoria sul principio della revisione totale e per il referendum costituzionale obbligatorio con la maggioranza del popolo e dei Cantoni. La Costituzione federale del 29 maggio 1874 (aBV) aggiunse il referendum facoltativo contro le leggi federali e contro i decreti federali generalmente vincolanti. Seguirono l'iniziativa popolare per una revisione parziale della Costituzione (1891), il passaggio alla rappresentanza proporzionale nelle elezioni del Consiglio nazionale (1918), il referendum sui trattati di Stato, il nuovo diritto d'urgenza (1939 e 1949), la creazione di una base costituzionale per gli Svizzeri all'estero (1966; leggi di attuazione 1977 e 1992), il diritto di voto per gli Svizzeri all'estero e il diritto di voto per i Cantoni. 1992), il diritto di voto alle donne (1971 - e quindi in ritardo rispetto agli standard europei), l'aumento del numero di firme per le iniziative popolari e i referendum (1977), la nuova procedura di voto per le iniziative popolari con controprogetto (1987) e l'abbassamento dell'età di voto a 18 anni (1991). 1

L'art. 136 BV è rimasto invariato dalla riforma costituzionale del 1999 e recepisce essenzialmente l'art. 74 aBV nella Costituzione vigente. Il paragrafo 1 riprende i primi due paragrafi della disposizione precedente, in cui il motivo di esclusione dell'incapacità dovuta a "malattia mentale o insufficienza mentale", in conformità con la precedente legge sulla protezione degli adulti, è ora sancito nel testo costituzionale. Il paragrafo 2 fornisce ora una panoramica dei diritti politici nella Confederazione. I paragrafi 3 e 4 della norma precedente, invece, non sono stati inclusi: quando i Cantoni potevano ancora prevedere motivi per escludere gli elettori dal voto in materia federale, era necessaria un'esplicita attribuzione di competenze (art. 74 cpv. 3 aBV), così come la relativa controparte nell'art. 66 aBV (ostacoli all'esclusione del diritto di voto). La competenza legislativa in materia di diritti politici in ambito federale spetta ora esclusivamente alla Confederazione. La riserva di legge cantonale per le votazioni e le elezioni dei Cantoni e dei Comuni (art. 74 cpv. 4 dell'AVS) è invece mantenuta dalla Costituzione all'art. 39 cpv. 1. La formulazione dell'art. 136 è in gran parte in linea con quella dell'art. 136 della 2

Costituzione. La formulazione dell'art. 136 corrisponde in larga misura al progetto del Consiglio federale (art. 127 VE-96). Mentre i comitati costituzionali di entrambe le camere hanno approvato il contenuto dell'art. 127 VE-96 senza modifiche, il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati hanno sostituito i termini "diritto di voto" e "diritto di voto" con "diritti politici".

## II. CONTESTO

### A. Cambiamento di terminologia

3 Al posto dei termini "diritto di voto e di elezione" o "diritto di voto" - ancora utilizzati nella norma precedente e nelle prime bozze - l'art. 136 BV si riferisce ora ai "diritti politici", concettualmente in linea con gli artt. 34 BV, 39 cpv. 1-3 BV, 40 cpv. 2 BV e 164 cpv. 1 lett. a BV. La modifica è priva di significato da un punto di vista fattuale, ma ha senso nella misura in cui concettualizza in modo più preciso i singoli diritti politici: Il catalogo dei diritti politici, infatti, non comprende solo la partecipazione alle elezioni e ai referendum, ma anche l'assunzione e la sottoscrizione di iniziative popolari e referendum (art. 136 cpv. 2 Cost.); inoltre, collega meglio concettualmente l'art. 136 Cost. con la garanzia dei diritti politici (art. 34 Cost.). Tuttavia, la Costituzione continua a riferirsi ai titolari dei diritti politici come "elettori".

### B. Sistema e finalità

4 Dopo i capitoli sulla Confederazione, i Cantoni e i Comuni (Titolo 3), l'art. 136 Cost. e l'art. 137 Cost. - rubricato "Diritti politici" o "Partiti politici" - formano il Capitolo 1 "Disposizioni generali" del Titolo 4 "Popolo e Cantoni". Il capitolo 2 uniforma l'iniziativa e il referendum negli articoli da 138 a 142 della Costituzione federale, seguiti dal titolo 5 sulle autorità federali. Al di là della Costituzione, l'art. 136 Cost. è incorporato nell'ordinamento giuridico come disposizione di base vincolante del diritto nazionale, concretizzata dalla legislazione di attuazione, in particolare dalla Legge federale sui diritti politici (RPC) e dalla Legge sugli Svizzeri all'estero (LSG). Lo scopo principale dell'art. 136 Cost. è quello di definire chi è titolare dei diritti politici in ambito federale (composizione dell'elettorato) e di sottolineare simbolicamente che tali diritti valgono per tutti allo stesso modo. Allo stesso tempo, esso intende fornire una panoramica dei diritti politici nella Confederazione.

## C. Natura giuridica e portata

In termini di natura giuridica, l'art. 136 BV è una delle disposizioni organizzative della Costituzione. Solo la prima frase del primo cpv. conferisce diritti indipendenti (effetto costitutivo): Da un lato, definisce chi è il titolare dei diritti politici in ambito federale; dall'altro, costituisce la base di competenza per le norme di attuazione di legge sugli aspetti tecnici dei diritti politici - a meno che il legislatore non si basi piuttosto sull'art. 39 BV per l'esercizio dei diritti politici. La seconda frase del primo paragrafo, secondo la quale tutti hanno gli stessi diritti e doveri politici, è principalmente di natura simbolica. Il secondo paragrafo fornisce informazioni sui diritti politici esistenti in ambito federale, dalle elezioni del Consiglio nazionale ai referendum, senza sancirli per legge. 5

Il campo di applicazione dell'art. 136 Cost. deve essere distinto dai diritti politici individuali (compresa la tutela dei diritti fondamentali) da un lato e dalle competenze cantonali dall'altro: L'art. 136 Cost. da solo stabilisce i requisiti per chi ha diritto ai diritti politici in ambito federale, mentre la loro esistenza deriva dagli artt. 138-142, 143 e 149 Cost. Come e dove questi diritti debbano essere esercitati - una volta concessi - è determinato dall'art. 39 Cost. e dalla relativa legislazione di attuazione. I requisiti per l'esercizio dei diritti politici in ambito cantonale sono disciplinati dalla legge cantonale. I Cantoni hanno un ampio margine di manovra, ad esempio nel determinare l'età di voto o i diritti politici dei cittadini stranieri. La tutela costituzionale dei diritti politici è garantita dall'art. 34 della Costituzione federale. L'uguaglianza dei diritti in materia di diritti politici deriva dall'art. 8 BV. L'art. 136 BV non offre alcun diritto di protezione indipendente o addirittura di più ampia portata a questo proposito. 6

L'Ufficio federale di statistica ha contato circa 5,5 milioni di elettori a livello federale nel 2022, che corrispondono a circa il 63% della popolazione residente permanente di circa 8,7 milioni. In media, il 47,1% degli elettori ha partecipato alle votazioni federali negli anni 2011-2022. 7

# III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

## A. Requisiti di capacità e autorizzazione (cpv. 1, frase 1)

8 Nel primo paragrafo, l'art. 136 BV elenca in modo conclusivo tre requisiti per i diritti politici in ambito federale, che devono essere soddisfatti cumulativamente: (i.) la cittadinanza svizzera, (ii.) il compimento del 18° anno di età e (iii.) l'assenza di incapacità dovuta a malattie mentali o insufficienze mentali. Chiunque soddisfi questi requisiti ha diritto ai diritti politici in ambito federale. Per loro stessa natura, i primi due requisiti sono positivi, mentre il terzo è negativo. Tutti e tre si basano su criteri formali di facile applicazione, ma che consentono anche alcune obiezioni: ad esempio, come sottolinea giustamente Tschannen, gli stranieri non sono necessariamente meno esperti di questioni politiche in Svizzera, i sedicenni possono essere più intelligenti di alcune persone anziane e i deficit cognitivi non sempre portano a una totale mancanza di giudizio.

### 1. Cittadinanza svizzera

9 Solo i cittadini svizzeri ai sensi della legislazione svizzera sulla cittadinanza hanno diritto ai diritti politici. Sono compresi anche i cittadini svizzeri-stranieri con doppia cittadinanza o con cittadinanza multipla. L'acquisizione e la perdita della cittadinanza svizzera sono regolate dalla Legge federale sulla cittadinanza (BüG). La maggior parte dei cittadini svizzeri ha acquisito la cittadinanza per legge alla nascita, in virtù della propria ascendenza (art. 1 della Legge federale sulla cittadinanza). Tuttavia, il metodo di acquisizione della cittadinanza è irrilevante: una volta che la naturalizzazione è diventata legalmente vincolante, ai nuovi cittadini naturalizzati si applicano le stesse regole degli altri cittadini svizzeri. Non sono ammessi periodi di attesa o altre limitazioni dei diritti politici, come avveniva sotto la Costituzione prima del 1874. I tentativi di estendere i diritti politici in materia federale ai cittadini stranieri residenti hanno avuto finora scarso successo.

### 2. Compimento del 18° anno di età

10 Il secondo requisito previsto dall'art. 136 cpv. 1 della Costituzione federale è che i cittadini svizzeri devono aver compiuto 18 anni. I cittadini svizzeri possono quindi esercitare i loro diritti politici in ambito federale a partire dal compimento del 18° anno di età, a condizione che non sussistano motivi di

esclusione (cfr. n. 12 e segg.). Come già detto, si tratta di un criterio puramente formale. Di conseguenza, la maggiore età politica o costituzionale non è determinata dall'inizio del giudizio politico personale, ma dalla maggiore età prevista dal diritto civile a partire dai 18 anni (art. 14 ZGB). Come ogni limite di età, la fissazione del limite a 18 anni è in qualche modo arbitraria. Sebbene una riduzione a 16 anni sia stata discussa più volte nel recente passato, non è ancora stata politicamente accettata da una maggioranza a livello federale o in nessun cantone, ad eccezione del Cantone di Glarona.

La Costituzione non riconosce alcun altro limite di età per i diritti politici o per le cariche federali, né inferiore (età minima) né superiore (età massima). Chiunque soddisfi i requisiti dell'art. 136 Cost. è quindi eleggibile al Consiglio nazionale (art. 143 Cost.), al Consiglio federale e al Tribunale federale. 11

## 3. Nessuna incapacità permanente di giudizio

L'art. 136 della Costituzione federale esclude dai diritti politici in ambito federale le persone "incapaci di intendere e di volere". I motivi di esclusione corrispondono concettualmente al Codice civile (CC) nella versione in vigore fino alla fine del 2012. Da allora, sia la revisione della legge sulla protezione degli adulti del Codice civile che la Legge federale sui diritti politici (LPC) hanno rinunciato all'espressione peggiorativa "incapacità a causa di malattie mentali o insufficienze mentali" e fanno riferimento a una tutela globale. Per "incapaci" ai sensi dell'art. 136 BV si intendono pertanto "le persone sottoposte a tutela globale a causa di un'incapacità di giudizio permanente o rappresentate da una persona autorizzata a prestare assistenza" (art. 2 BPR; si veda anche l'art. 17 ASG). I termini qui utilizzati si basano sul Codice civile svizzero: una persona è considerata permanentemente incapace di giudizio se, a causa di una disabilità mentale o di un disturbo mentale, manca continuamente della capacità di agire razionalmente (art. 16 CC e contrario). L'autorità competente per la tutela dei minori e degli adulti (KESB) istituisce una tutela globale se la persona permanentemente incapace di intendere e di volere è particolarmente bisognosa di aiuto (art. 398 ZGB), come spesso accade, ad esempio, nel caso di una persona affetta da demenza grave. Se è rappresentata da un mandatario, anche la persona rappresentata è permanentemente incapace di intendere e di volere. Tuttavia, prima di diventare incapace di giudicare, ha nominato un'altra persona fisica o giuridica ai sensi dell'art. 360 cpv. 1 del Codice civile svizzero per 12

rappresentarla in caso di incapacità (art. 360 e segg., in particolare la verifica obbligatoria della validità dell'incapacità ai sensi dell'art. 363 cpv. 2 n. 2 del Codice civile svizzero). Nella misura in cui il testamento biologico copre interamente la cura delle persone e dei beni, nonché la rappresentanza nei negozi giuridici, esso corrisponde in larga misura a una tutela completa. L'esclusione dai diritti politici in ambito federale ai sensi dell'art. 136 cpv. 1 BV in combinato disposto con l'art. 2 BPR. L'art. 2 BPR riguarda principalmente le persone con deficit cognitivi, ossia le persone che, a causa di una menomazione organico-genetica o di altro tipo, sono talmente compromesse nello sviluppo mentale complessivo e nella capacità di apprendimento da richiedere assistenza sociale ed educativa per tutta la vita.

13 Come già detto, i termini "malattia mentale o insufficienza mentale" hanno una connotazione negativa, sono giuridicamente superati e quindi devono essere adattati quando se ne presenta l'occasione. Gli ultimi sviluppi nei cantoni, in particolare a Ginevra, possono fornire l'occasione per un dibattito corrispondente a livello federale. In linea con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (CRPD), il ritiro generale dei diritti politici delle persone con disabilità mentale dovrebbe essere messo in discussione e la loro migliore partecipazione alla vita politica e pubblica dovrebbe essere accolta con favore. L'esclusione quasi "automatica" dei diritti politici delle persone con disabilità mentale in base al loro status di diritto civile - tutela completa o rappresentanza da parte di una persona autorizzata a prendere disposizioni - come previsto dall'art. 136 BV in combinato disposto con l'art. 2 BPR e con la maggior parte delle costituzioni cantonali, non è compatibile con i requisiti dell'art. 29 CRPD.

## 4. Conseguenze giuridiche: persona giuridica e iscrizione nel registro elettorale

14 Come già detto, chiunque soddisfi i tre requisiti è titolare dei diritti politici in ambito federale. Dall'art. 3 cpv. 1 CPD (e non dall'art. 136 Cost.) si evince che tale persona deve essere iscritta nel registro elettorale del comune di residenza: se la persona è residente in Svizzera, ciò avviene d'ufficio (art. 4 cpv. 1 CPD); nel caso di cittadini svizzeri residenti all'estero, ciò avviene solo dopo l'iscrizione nel registro degli svizzeri residenti all'estero e l'iscrizione nel comune di residenza (artt. 11 e segg. e 18 e segg. ASG).

L'iscrizione nel registro è un requisito procedurale per l'esercizio dei diritti politici a livello federale ed è quindi di importanza fondamentale. Il registro elettorale è pertanto aperto al pubblico controllo degli elettori e le iscrizioni errate possono essere contestate in ultima istanza presso il Tribunale federale. Chi non soddisfa più i requisiti di cui all'art. 136 BV viene cancellato dal registro elettorale: se l'autorità per la protezione dei minori e degli adulti (KESB) pone una persona sotto tutela globale a causa di un'incapacità di giudizio permanente o se diventa effettivo un mandato cautelare per una persona con un'incapacità di giudizio permanente, il KESB informa l'ufficio anagrafico competente (art. 449c ZGB), che a sua volta deve inoltrare la notifica all'ufficio anagrafico comunale responsabile del registro elettorale. 15

## B. Generalità e uguaglianza dei diritti politici (cpv. 1, frase 2)

L'oggetto della seconda frase è costituito dai titolari dei diritti politici, come indicato nella prima frase. Essi "hanno tutti gli stessi diritti e doveri politici". La seconda frase riprende quindi il principio democratico secondo cui tutti gli elettori hanno uguali diritti politici e devono quindi essere trattati in modo uguale dallo Stato, senza eccezioni (generalità e uguaglianza). Questa concretizzazione del principio generale di uguaglianza dei diritti politici è storicamente condizionata e non veicola alcuna rivendicazione giuridica indipendente che vada oltre l'art. 8 BV (uguaglianza dei diritti), ma è principalmente simbolica. L'uguaglianza dei diritti promessa si limita infatti a una pura uguaglianza dei valori di conteggio nel senso di "una persona uguale a un voto", mentre il sistema costituzionale svizzero consente alcune deviazioni nell'uguaglianza del potere di voto e del valore di successo: ad esempio, il requisito della maggioranza dei Cantoni (art. 142 cpv. 2 della Costituzione federale) non è stato ancora approvato. 142 cpv. 2 della Costituzione federale) - il risultato all'interno di un cantone vale come voto popolare (art. 142 cpv. 3 della Costituzione federale) - significa che il voto di un elettore di un cantone più piccolo ha un peso maggiore (potere di voto più alto) rispetto al voto di un elettore di un cantone più grande. Nell'attuale procedura per le elezioni del Consiglio nazionale, gli elettori votano in base alla rappresentanza proporzionale. Poiché i cantoni formano le circoscrizioni (art. 149 cpv. 3 BV), ma non esiste una rappresentanza proporzionale tra le circoscrizioni, non tutti i voti possono contribuire in egual misura al risultato elettorale, il che distorce ulteriormente l'uguaglianza dei voti. Tuttavia, nella sentenza DTF 147 I 194, il Tribunale federale ha definito la "restrizione della 16

parità di voto", associata al regolamento sulla maggioranza dei Cantoni nelle iniziative popolari, come "costituzionalmente prevista [...] e vincolante per il Tribunale federale".

17 Il fatto che la seconda frase dell'art. 136 cpv. 1 BV menzioni anche i doveri oltre ai diritti è dovuto a ragioni storiche e, secondo il messaggio, è stato fatto "per ragioni di simmetria". Si tratta di un possibile obbligo di voto, eventualmente combinato con una sanzione in caso di inadempienza (voto obbligatorio), e dell'obbligo di accettare e svolgere determinate cariche secondarie (carica obbligatoria). Tuttavia, la legge federale non prevede alcun obbligo politico individuale di questo tipo, a meno che non si includano gli obblighi di trasparenza del finanziamento politico in vigore dal 23 ottobre 2022 (art. 76b e seguenti del BPR). Se il legislatore federale volesse introdurre un obbligo di voto o un obbligo di carica, l'art. 136 cpv. 1 seconda frase della Costituzione federale e il termine "doveri" sarebbero sicuramente in primo piano. I Cantoni, invece, sono liberi di introdurre un obbligo di voto e le relative sanzioni per le votazioni cantonali e federali, come ha fatto il Cantone di Sciaffusa.

18 Vi sono indicazioni che la seconda frase dovrebbe essere eliminata se se ne presentasse l'occasione. Tuttavia, la Commissione per le istituzioni politiche del Consiglio nazionale ha recentemente deciso di non farlo nel suo progetto preliminare. Ha invece optato per l'emendamento più piccolo possibile e per il legame tradizionale più stretto con l'attuale testo costituzionale, anche se l'abbassamento dell'età di voto a 16 anni - senza il diritto di candidarsi alle elezioni - nella prima frase avrebbe aumentato la tensione tra l'uguaglianza promessa nella seconda frase. Alla luce dei nuovi obblighi di informazione di cui agli artt. 76b e segg. BPR, ciò aveva certamente senso.

## C. Panoramica dei diritti politici individuali (cpv. 2)

19 Il secondo paragrafo elenca singolarmente i diritti politici in ambito federale. Non è costitutivo: L'enumerazione non ha un significato indipendente, ma informa il lettore su quali diritti politici gli spettano in base al primo paragrafo. La natura e la portata dei diritti enumerati, invece, sono determinate da norme costituzionali distinte: Così, il diritto di partecipare attivamente alle elezioni del Consiglio nazionale deriva dall'art. 149 BV, il diritto di candidarsi dall'art. 143 BV, e per quanto riguarda le votazioni federali dagli artt. 140-142 BV; gli artt. 138, 139 e 141 BV regolano poi l'indizione e la sottoscrizione di

referendum e iniziative popolari. Poiché per queste ultime è assurdo un obbligo di lancio o di firma, il secondo paragrafo utilizza il verbo "possono" per tutti i diritti di partecipazione elencati - presumibilmente per ragioni di economia linguistica, i materiali non dicono nulla al riguardo - senza tuttavia escludere un obbligo legale di partecipazione alle votazioni ed elezioni federali. Le elezioni del Consiglio degli Stati come elezioni cantonali (art. 150 cpv. 3 BV) non sono giustamente menzionate. Se in futuro il legislatore costituzionale dovesse estendere i diritti politici in ambito federale, il secondo cpv. dell'art. 136 BV dovrebbe essere modificato di conseguenza a causa del suo carattere informativo.

## IV. RICHIESTE DI RIFORMA

Nel recente passato, le iniziative politiche a livello nazionale hanno richiesto un'estensione del diritto di voto in tre ambiti che hanno richiesto una modifica dell'art. 136 BV, ovvero per quanto riguarda l'inclusione dei cittadini stranieri (A.), l'inclusione delle persone con disabilità intellettiva (B.) e l'abbassamento dell'età di voto (C.). 20

### A. Inclusione dei cittadini stranieri

A **livello federale**, la Costituzione vieta agli stranieri di esercitare i diritti politici. L'introduzione del diritto di voto per gli stranieri richiederebbe una revisione della disposizione esplicativa dell'art. 136 cpv. 1 Cost. L'iniziativa parlamentare del gruppo dei Verdi (21.405) «Osare più democrazia. Diritto di voto ed elezione per gli stranieri» del 1° marzo 2021, di modificare l'art. 136 Cost. in modo tale che anche gli stranieri che risiedono legalmente in Svizzera da cinque anni possano godere dei diritti politici in materia federale. Il 7 giugno 2022 il Consiglio nazionale ha respinto nettamente l'iniziativa. Di conseguenza, la dottrina ritiene che la possibilità di simili iniziative *nel prossimo futuro* sia *politicamente irrealistica*. L'iniziativa popolare federale «Per una cittadinanza moderna (iniziativa per la democrazia)», che ha raggiunto il numero di firme necessario il 24 gennaio 2025, persegue un approccio leggermente diverso. Chiede un adeguamento dell'art. 38 cpv. 2 Cost., in modo che gli stranieri possano ottenere la cittadinanza su richiesta dopo soli cinque anni di soggiorno legale in Svizzera, a condizione che abbiano una conoscenza di base di una lingua nazionale e non siano stati condannati a una pena detentiva a lungo termine, né rappresentino una 21

minaccia per la sicurezza interna della Svizzera. La Svizzera non ha alcun obbligo internazionale di concedere diritti politici ai cittadini stranieri.

22 La Costituzione federale consente ai Cantoni di concedere diritti politici alla popolazione straniera a **livello cantonale e comunale** (art. 39 cpv. 1 Cost.). È controverso se i Cantoni necessitino di una base costituzionale corrispondente a tale scopo. Finora, i Cantoni *di Neuchâtel* e *del Giura* hanno concesso diritti politici agli stranieri a livello cantonale, come previsto esplicitamente da entrambe le costituzioni cantonali. Nel Cantone di Appenzello Esterno, il diritto di voto degli stranieri è in discussione con il nuovo progetto di costituzione. Inoltre, le costituzioni cantonali di *Friburgo*, *Giura*, *Neuchâtel e Vaud* stabiliscono diritti politici per gli stranieri in tutte le questioni comunali**, mentre** nel Cantone *del Vallese* il nuovo progetto di costituzione (2023), che conteneva una tale disposizione, è stato respinto alle urne nel marzo 2024. Il Cantone *di Ginevra* va meno lontano, in quanto gli stranieri possono votare e firmare iniziative e referendum nelle questioni comunali, ma non possono essere eletti. Tra i Cantoni della Svizzera tedesca, ad eccezione delle norme relative alle Chiese nazionali, solo *Appenzello Esterno*, *Basilea Città e Grigioni* autorizzano i loro comuni a introdurre diritti politici per gli stranieri; finora solo un numero limitato di comuni ne ha fatto uso. In tutti i Cantoni citati vigono determinate condizioni preliminari, come uno status di soggiorno specifico, una durata minima di soggiorno in Svizzera (spesso 10 anni) e, per le questioni comunali, una durata minima di residenza. Mentre una parte della dottrina si esprime a favore di un'estensione dei diritti politici agli stranieri, almeno a livello comunale, nell'estate del 2022 il Consiglio nazionale ha respinto nettamente un'iniziativa parlamentare Atici (21.414) del 11 marzo 2021 in tal senso, dal titolo «Diritto di voto per tutti nelle questioni comunali dopo cinque anni di residenza in Svizzera».

## B. Inclusione delle persone con disabilità intellettiva

23 Costituzione federale e la legislazione attuativa escludono i cittadini svizzeri maggiorenni dai diritti politici in ambito federale se sono sottoposti a tutela globale a causa di un'incapacità di giudizio permanente o se sono rappresentati da un tutore. L'esclusione è quasi "automatica" - cioè senza esame individuale - sul presupposto che la persona interessata sia anche permanentemente incapace di giudizio in materia politica. Al contrario, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità

(CRPD) garantisce i diritti politici alle persone con disabilità (art. 29) indipendentemente dal tipo di disabilità. La CRPD richiede che lo Stato parte prenda provvedimenti adeguati; non prevede l'esclusione. Le voci dell'insegnamento e della politica criticano quindi giustamente l'esclusione quasi "automatica" dei diritti politici per le persone con disabilità intellettiva nella legge svizzera, e non senza effetto:

- A **livello federale**, la Cancelleria federale (CF) ha elaborato un rapporto sulla partecipazione politica delle persone con disabilità mentali in Svizzera in risposta al postulato Carobbio (21.3296) «Le persone con disabilità mentale devono poter partecipare pienamente alla vita politica e pubblica» e l'interpellanza Baume-Schneider (21.3295) «Diritti politici per le persone con disabilità psichiche o mentali», entrambe del 18 marzo 2021. Il *rapporto Po. 21.3296* è stato pubblicato il 25 ottobre 2023. Secondo le conclusioni del rapporto, l'attuale regolamentazione sull'esclusione dal diritto di voto è in conflitto con l'uguaglianza giuridica e gli obblighi di diritto internazionale; la questione della necessità di escludere dal diritto di voto e la relativa ponderazione degli interessi devono essere chiarite a livello costituzionale. L'Assemblea federale ha preso atto del rapporto e delle sue richieste e ha esaminato il postulato e le nuove mozioni correlate. Il 24 ottobre 2024, la Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale ha presentato la *mozione (24.4266) «Diritti politici per le persone con disabilità»*, dando seguito alla petizione della Sessione dei disabili 2023 (23.2019) «Diritto di voto e di elezione autonomo e senza ostacoli». Il Consiglio federale dovrebbe quindi presentare un progetto di modifica dell'art. 136 cpv. 1 Cost., modificando la prima frase come segue: «Tutti i cittadini svizzeri che hanno compiuto il 18° anno di età hanno i diritti politici in materia federale». Il 27 novembre 2024 il Consiglio federale ha proposto di accogliere la mozione. La prossima tappa sarà il trattamento della mozione da parte del Consiglio nazionale, rispettivamente della sua Commissione delle istituzioni politiche (prevista per marzo 2025).
- A livello cantonale, spiccano i Cantoni *di Ginevra* e *di Appenzello Interno*: dalla fine del 2020, Ginevra rinuncia completamente a limitare il diritto di voto per le persone permanentemente incapaci di discernimento (art. 48 Costituzione cantonale di Ginevra). Anche la nuova Costituzione del *Cantone di Appenzello Interno*, approvata dalla Landsgemeinde nell'aprile

2024 e che entrerà in vigore presumibilmente nel 2027, rinuncia completamente a una limitazione (art. 9 Costituzione cantonale/AI 2027). Interventi e progetti simili sono attualmente in fase di esame nei cantoni *di Basilea Città*, *Soletta*, *Neuchâtel*, *Vaud*, *Zurigo e Zugo*. Meno inclusive, ma già in vigore, sono le normative dei cantoni *di Vaud* e *Neuchâtel*, che prevedono procedure di verifica speciali al posto dell'automatismo criticato quando si escludono persone dai diritti politici cantonali.

- Ulteriori impulsi di riforma potrebbero inoltre emergere nelle *comunità parrocchiali*. Ad esempio, le fusioni previste delle comunità parrocchiali evangeliche riformate della città di Berna offrirebbero l'opportunità di elaborare eventuali nuovi regolamenti organizzativi conformi alla BRK.

24 Gli obblighi della Svizzera nel quadro del diritto internazionale, gli sviluppi nel Cantone di Ginevra e i numerosi progetti e iniziative in corso a livello federale e cantonale mostrano che sembra esserci uno slancio politico a favore della strutturazione dei diritti politici in linea con la CRPD. Il futuro mostrerà se la base giuridica adotterà la soluzione di Ginevra o prevederà un processo di revisione individuale, continuando ad affermarsi prima a livello cantonale e solo successivamente a livello federale. A prescindere da ciò, la spinta è da accogliere con favore.

## C. Abbassamento dell'età di voto

25 Dal 1991, ogni cinque-sette anni circa, iniziative parlamentari hanno avviato il dibattito parlamentare sull'abbassamento dell'età di voto a 16 anni, da ultimo l'iniziativa parlamentare Arslan (19.415) "Dare voce ai giovani" del 21 marzo 2019. In alcuni casi, queste iniziative hanno persino chiesto di rinunciare del tutto all'età minima di voto. La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza garantisce ai bambini e ai giovani il diritto di formarsi ed esprimere un'opinione sulle questioni che li riguardano, nonché il diritto di essere presi in considerazione in base alla loro età e maturità. Tuttavia, allo stato attuale, il diritto internazionale non prevede la parità di diritti di voto per bambini e ragazzi. Per un diritto di voto puramente attivo in materia federale a partire dai 16 anni (o da un'età ancora più giovane), sarebbe necessario adattare almeno l'art. 136 della Costituzione federale e la relativa legislazione di attuazione. Il numero di elettori aumenterebbe di circa il due e mezzo per cento se venisse introdotta l'età di voto di 16 anni. In **Consiglio federale**,

*finora tutti gli interventi sono falliti*, come l'iniziativa parlamentare Arslan (19.415) menzionata in precedenza.

26 Come a livello federale, finora le iniziative sono fallite anche nei **Cantoni**, con un'eccezione nel Cantone di Glarona. Il 6 maggio 2007, questo è stato l'unico Cantone ad introdurre il diritto di voto a 16 anni. Nell'ultima consultazione federale sull'età di voto a 16 anni alla fine del 2022, sette Cantoni si sono comunque espressi a favore di un abbassamento dell'età di voto a 16 anni o almeno hanno accolto con favore un dibattito nazionale, nonostante i risultati di voto in parte contrari. I Cantoni di Appenzello Esterno, Basilea Città e Grigioni stanno attualmente (inverno 2024/2025) discutendo progetti o iniziative che includono o richiedono il diritto di voto a 16 anni. Inoltre, alcuni Cantoni consentono già oggi di estendere per legge la cerchia degli aventi diritto di voto alle chiese nazionali, alle parrocchie e ad altri enti di diritto pubblico, oppure trasferiscono per legge il potere di determinare l'età per il diritto di voto direttamente a queste organizzazioni. Ad esempio, in molte chiese evangeliche riformate l'età per il diritto di voto è di 16 anni.

27 Il criterio formale dell'età minima si basa sull'idea che l'esercizio dei diritti politici richieda la maturità e la capacità di formare un giudizio politico. Non si basa sullo sviluppo dell'individuo. Nel dibattito politico, i sostenitori dell'età di voto di 16 anni sottolineano che il coinvolgimento dei giovani nei processi decisionali politici a un'età più precoce potrebbe promuovere e aiutare a mantenere l'impegno politico tra i giovani; allo stesso tempo, l'abbassamento dell'età ridurrebbe la sottorappresentazione dei giovani negli organi politici e abbasserebbe l'età media degli elettori. Gli oppositori, invece, spesso giustificano il loro rifiuto con la maggiore età prevista dal diritto civile di 18 anni e con l'argomentazione che i giovani hanno già opportunità specifiche per partecipare alla politica, come la sessione giovanile. Inoltre, tutti i recenti tentativi a livello cantonale sono falliti. La letteratura giuridica si esprime occasionalmente a favore dell'età di voto di 16 anni; spesso - come nel caso in questione - si limita a descrivere la situazione giuridica. Il Consiglio federale non ha ancora preso una posizione chiara sull'età di voto di 16 anni. Tuttavia, ha dichiarato la propria disponibilità a effettuare ulteriori chiarimenti (ad esempio attraverso un rapporto) e ritiene che sia almeno possibile abbassare l'età di voto.

28 In un confronto internazionale, l'età di voto a livello nazionale è di 18 anni nella maggior parte dei Paesi. Tuttavia, ci sono delle eccezioni: L'Austria ha introdotto l'età di voto di 16 anni più di 10 anni fa. In Europa, anche Scozia, Galles, Slovacchia e Malta hanno normative corrispondenti. Tra i Paesi extraeuropei figurano soprattutto Argentina, Brasile, Ecuador e Cuba. Anche in Nuova Zelanda, la Corte Suprema ha stabilito nel novembre 2022 che l'età di voto di 18 anni discrimina i sedicenni e i diciassettenni. Gli sviluppi all'estero, le iniziative cantonali in corso e la regolarità delle iniziative a livello federale dimostrano che il dibattito sull'abbassamento dell'età di voto in Svizzera difficilmente si spegnerà in futuro.

*In questo commento, l'autore fornisce la sua personale valutazione.*

*Desidera ringraziare il Dr. Beat Kuoni, avvocato, Sezione diritti politici, Cancelleria federale, e il Dr. Lukas Schaub, LL.M., docente di diritto costituzionale e amministrativo ZHAW, per la loro revisione e i preziosi consigli e commenti.*

*L'autore*

*Karl-Marc Wyss, avvocato, è assistente di ricerca presso l'Ufficio federale di giustizia, Direzione del diritto pubblico, Progetti legislativi II. Ha scritto la sua tesi di dottorato sull'attuazione provvisoria di iniziative popolari di diritto federale tramite ordinanza. Pubblica e insegna nei settori del diritto amministrativo, costituzionale e procedurale.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Boillet Véronique, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657 ff.

Dubey Jacques, art. 136 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadija/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen

Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Hangartner et al.; auch im Open Access verfügbar).

von Heydebrand Sibylle, Stimmrecht und kantonale Autonomie: Allgemeines und gleiches Stimmrecht am Beispiel der Nordwestschweizer Kantone, Diss., Basel 2019.

Kley Andreas, Art. 136 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 2 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr2, besucht am 5.4.2023.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 277 ff.

Tschannen Pierre, Art. 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 2153 ff.

Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016.

## BIBLIOGRAFIA

Adler Tibère/Moret Hugo/Pomezny Nicole/Schlegel Tobias, Passives Wahlrecht für aktive Ausländer: Möglichkeiten für politisches Engagement auf Gemeindeebene, in: Avenir Suisse (Hrsg.), Zürich 2015 (zit. Adler et al.; auch im Open Access verfügbar).

Aeschimann Lisa/Schaub Lukas, Die neuen Transparenzvorschriften des BPR, in: LeGes 34 (2023), Heft 1 (auch im Open Access verfügbar).

Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Basel/Genf 2003.

Belser Eva Maria, Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 5 ff.

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 968 ff.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Die Volksabstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative vor Bundesgericht, ZBl 122 (2021), S. 614 ff.

Bisaz Corsin, Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz – Formen und Rechtsungleichheiten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 107 ff.

Bisaz Corsin, Politische Mitwirkungsrechte von Personen ohne Stimmrecht – ein neues Phänomen auf Gemeindeebene, in: AJP 2016, S. 1356 ff. (Bisaz, AJP[2016]).

Blatter Joachim K./Schmid Samuel D./Blättler Andrea C., Vom Demokratiedefizit europäischer Nationalstaaten: Elektorale Exklusivität im Vergleich, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 1 ff.

Boillet Véronique, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657 ff.

Boillet Véronique/Demay Clémence, Access to Political Rights in Switzerland: Critique of the Naturalisation Process as a Source of Exclusion, sui generis 2021, S. 229 ff.

Bucher Eugen/Aebi-Müller Regina E., Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit (Berner Kommentar), 2. Aufl., Bern 2017.

Bucher Laura, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Bucher L.).

Bucher Nevin Martina, Jugend und Politik, Diss., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Bucher M.).

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Monika Plozza, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Caroni et al.).

Demay Clémence, 2. ATF 147 I 194-205 (23.3.2021/a; 1C_713/2020), RDAF 2022 I, S. 283 ff.

Dermont Clau, Politische Partizipation « à la carte ». Die selektive Partizipation in der Schweiz, Masterarbeit Universität Bern 2014.

Dubey Jacques, art. 136 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Eichhorn Jan/Bergh Johannes (Hrsg.), Lowering the Voting Age to 16: Learning from Real Experiences Worldwide, Palgrave Studien in Young People and Politics (2020), DOI: 10.1007/978-3-030-32541-1_1.

Frei Nula, Art. 29 UNO-BRK, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), UNO-Behindertenrechtskonvention, Stämpflis Handkommentar (SHK), Bern 2023.

Grodecki Stéphane, Le corps électoral dans les cantons et les communes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 1783 ff.

Gut Robin, Herr Gut, sind 16-jährige bereit für das Stimmrecht? (Interview), in: Defacto 19.7.2024, abrufbar unter «https://www.defacto.expert/2024/07/19/herr-gut-sind-16-jaehrige-bereit-fuer-das-stimmrecht/», besucht am 7.1.2025.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020 (Häfelin et al.).

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadija/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Hangartner et al.; auch im Open Access verfügbar).

Hess-Klein Caroline, Rien sur nous sans nous : le lobby des personnes handicapées, in : LeGes 24 (2013), Heft 3, S. 603 ff.

Hess-Klein Caroline/Scheibler Eliane, Aktualisierter Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2022 (auch im Open Access verfügbar).

Horlacher Maj-Britt, Die politischen Rechte der Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, Diss., Zürich/Basel/Genf 2018.

Jungo Alexandra, Art. 363 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar (BSK), 7. Aufl., Basel 2022, S. 2226 ff.

Kley Andreas, Art. 136 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Kölz Alfred, Quellenbuch zur neueren Schweizer Verfassungsgeschichte, Vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.

Kriesi Hanspeter, Das Abstimmungsverhalten der Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger: Wie wirken Abstimmungskampagnen?, in: Béatrice Ziegler und Nicole Wälti (Hrsg), Wahl-Probleme der Demokratie, Zürich 2012, S. 39 ff.

Maranta Luca, Art. 449*c* ZGB, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar (BSK), 7. Aufl., Basel 2022, S. 2916 ff.

Matthey Fanny/Burgat Sabrina, Egalité, in: Matthey Fanny/Dupont Anne-Sylvie/Défago Valérie (Hrsg.), Glossaire scientifique en l'honneur de Pascal Mahon, Basel 2023, S. 121 ff.

Müller Andreas/Schlegel Tobias, Passives Wahlrecht für aktive Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 31 ff.

Rüegger Vanessa, Demokratie – Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 73 ff.

Schaub Lukas, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, ZBl 118 (2017), S. 583 ff.

Schefer Markus/Martin Céline/Hess-Klein Caroline, Leitfaden für eine behindertenrechtliche Gesetzgebung in den Kantonen, Bern 2022.

Schmahl Stefanie, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar (HK), 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 2 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr2, besucht am 5.4.2023.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 3 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr3, besucht am 6.5.2023.

Serdült Uwe, Partizipation als Norm und Artefakt in der schweizerischen Abstimmungsdemokratie. Entmystifizierung der durchschnittlichen Stimmbeteiligung anhand von Stimmregisterdaten aus der Stadt St. Gallen, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 41 ff.

Steinmann Gerold/Besson Michel, Art. 34 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Studer Brigitte/Wyttenbach Judith, Frauenstimmrecht: Historische und rechtliche Entwicklungen 1848 – 1971, Zürich 2021.

Strijbis Oliver, Wenn AusländerInnen wählen und abstimmen dürften: Überlegungen anhand von aktuellen Umfragedaten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 57 ff.

Tanquerel Thierry, Art. 136 al. 1: droits politiques, in: Weerts Sophie et al. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 244 ff. (zit. Tanquerel, FS)

Tanquerel Thierry, Les fondements démocratique de la Constitution, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg-Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 301 ff.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 277 ff.

Tschannen Pierre, Art. 34, 39 und 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 701 ff., 793 ff., 2153 ff.

Tschannen Pierre, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band I Grundlagen Demokratie Föderalismus, S. 511 ff. (zit. Tschannen, Perspektiven).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Verhellen Eugeen, Partizipationsrechte der Kinder und Jugendlichen, in: Gerber Jenni Regula/Hausammann Christina (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, S. 107 ff.

von Heydebrand Sibylle, Stimmrecht und kantonale Autonomie: Allgemeines und gleiches Stimmrecht am Beispiel der Nordwestschweizer Kantone, Diss., Basel 2019.

Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016.

Wenger David R., Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz und im europäischen Ausland – ein kommentierter Vergleich, AJP 2004, S. 1186 ff.

Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Diss., Zürich/St. Gallen 2020 (auch im Open Access verfügbar).

## I MATERIALI

Die Ausübung des Stimmrechts aus dem Ausland: Grundlagen, aktuelle Praxis und Handlungsoptionen, Bericht des Bundesrats vom 17.3.2023 in Erfüllung des Postulats 20.4348 Silberschmidt vom 30.11.2020, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20204348 (zit. Bericht Po. 20.4348).

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 24.10.2019 zur Parlamentarischen Initiative 19.400 Mehr Transparenz in der Politikfinanzierung, BBl 2019 7875 (zit. Bericht SPK-S zu Pa.Iv. 19.400).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de , besucht am 1.7.2023).
(zit.: Botschaft BV); enthält im Anschluss den Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung, A Entwurf (S. 589-634; zit. VE-96).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.6.2006, BBl 2006 7001 ff., abrufbar unter BBl 2006 7001 - Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) (admin.ch) (zit. Botschaft Erwachsenenschutz).

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 30.3.2023 zur Parlamentarischen Initiative (19.415) «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben», abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2022#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/59 (zit. Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415).

Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 29.4.2022 zu den Parlamentarischen Initiativen «Mehr Demokratie wagen. Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer» (21.405) und «Stimmrecht für alle in kommunalen Angelegenheiten nach fünf Jahren Wohnsitz in der Schweiz» (21.414), abrufbar unter https://www.parlament.ch//centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht_SPK-N_21.414_2022-04-29.pdf (zit. Bericht SPK-N zu Pa.Iv. 21.405/21.414).

Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29.6.2016, abrufbar unter https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/bericht/Initialstaatenbericht%20BRK.pdf.download.pdf/Initialstaatenbericht_BRK_v1.0.pdf (zit. Staatenbericht).

Explanatory memorandum by Mr Aligrudić, rapporteur, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Expansion of democracy by lowering the voting age to 16, Mars 2011, Doc. 12546 (zit. Rapport 12546).

Politische Teilhabe von Schweizerinnen und Schweizern mit einer geistigen Behinderung, Bericht des Bundesrates vom 25.10.2023 in Erfüllung des Postulats 21.3296 Carobbio vom 18.3.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=MAUWFQFXFMCR-2-54152 (zit. Bericht Po. 21.3296).

Stimmrechtsalter 16: Partizipation stärken und begleiten, Ein Positionspapier der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen EKKJ, Bern Mai 2020 abrufbar unter https://ekkj.admin.ch/fileadmin/user_upload/ekkj/02pubblikationen/Positionspapier/d_2020_Positionspapier_EKKJ_Stimmrechtalter_16_.pdf (zit. EKKJ-Positionspapier).

United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13.4.2022, CRPD/C/CHE/CO/1.

Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 1.9.2022 zur Parlamentarische Initiative (19.415) «Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige», abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2022#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/59 (zit. Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 130 Cost.

Un commentario di Claude Grosjean

CITAZIONE SUGGERITA

Claude Grosjean, Commentario all'art. 130 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Grosjean, art. 130 Cost. N. XXX.

**Art. 130 Imposta sul valore aggiunto**

[1] La Confederazione può riscuotere un'imposta sul valore aggiunto, con un'aliquota normale massima del 6,5 per cento e un'aliquota ridotta non inferiore al 2,0 per cento, sulle forniture di beni e sulle prestazioni di servizi, compreso il consumo proprio, nonché sulle importazioni.

[2] Per l'imposizione delle prestazioni del settore alberghiero la legge può stabilire un'aliquota superiore a quella ridotta e inferiore a quella normale.

[3] Se, a causa dell'evolversi della piramide delle età, il finanziamento dell'assicurazione vecchiaia, superstiti e invalidità non fosse più garantito, l'aliquota normale può essere maggiorata di 1 punto percentuale al massimo e l'aliquota ridotta di 0,3 punti percentuali al massimo mediante legge federale.

[3bis] Per finanziare l'infrastruttura ferroviaria le aliquote sono aumentate di 0,1 punti percentuali.

[3ter] Per garantire il finanziamento dell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti, il Consiglio federale aumenta l'aliquota ordinaria di 0,4 punti percentuali, l'aliquota ridotta di 0,1 punti percentuali e l'aliquota speciale per prestazioni del settore alberghiero di 0,1 punti percentuali, sempreché la legge sancisca il principio dell'armonizzazione dell'età di riferimento per gli uomini e per le donne nell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti.

[3quater] I proventi degli aumenti di cui al capoverso 3[ter] sono devoluti integralmente al fondo di compensazione dell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti.

[4] Il 5 per cento del gettito d'imposta la cui destinazione non è vincolata è impiegato per la riduzione dei premi dell'assicurazione malattie a favore delle classi di reddito inferiori, per quanto non si stabilisca per legge un'altra utilizzazione volta a sgravare queste classi di reddito.

**Capitolo 2: Disposizioni transitorie**

**Art. 196 Disposizioni transitorie secondo il decreto federale del 18 dicembre 1998 su una nuova Costituzione federale**

*14. Disposizioni transitorie ad art. 130 (Imposta sul valore aggiunto)*

[1] La facoltà di riscuotere l'imposta sul valore aggiunto decade alla fine del 2035.

[2] Per garantire il finanziamento dell'assicurazione invalidità, il Consiglio federale aumenta le aliquote dell'imposta sul valore aggiunto, dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2017, come segue:

...

[3] Il provento dell'aumento secondo il capoverso 2 è devoluto integralmente al fondo di compensazione dell'assicurazione invalidità.

[4] Per garantire il finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria, dal 1° gennaio 2018 il Consiglio federale aumenta di 0,1 punti percentuali le aliquote secondo l'articolo 25 della legge del 12 giugno 2009 sull'IVA; in

caso di proroga del termine di cui al capoverso 1, l'aumento si applica al più tardi sino al 31 dicembre 2030.

[5] Il provento dell'aumento secondo il capoverso 4 è devoluto integralmente al fondo di cui all'articolo 87*a*.

# STRUTTURA

I. Introduzione ..... 1198
II. Storia ..... 1198
III. Contesto ..... 1203
IV. Commento in senso stretto ..... 1205
A. Art. 130 cpv. 1 Cost. ..... 1205
1. Competenza di riscossione ..... 1206
a. Imposta interna: competenza derogatoria retroattiva e completa ..... 1206
b. Divieto di imposte cantonali simili ..... 1206
c. Imposta sulle importazioni: competenza esclusiva? ..... 1208
d. Limitazione temporale della competenza di riscossione ..... 1208
2. Sovranità fiscale e ambito di applicazione territoriale ..... 1209
3. Imposta interna ..... 1211
a. Concetto di imposizione e di riscossione ..... 1211
b. Soggetto passivo dell'imposta interna ..... 1214
c. Oggetto dell'imposta interna ..... 1215
i. La prestazione ..... 1215
ii. Corrispettivo ..... 1216
iii. Corrispettivo e prestazione attesi anziché legame ..... 1216
iv. Consumo proprio ..... 1219
v. Imposta sull'acquisto ..... 1220
d. Base di calcolo ..... 1220
e. Liquidazione ..... 1221
4. Imposta sull'importazione ..... 1221
5. Aliquote fiscali ..... 1223
a. Aliquota normale ..... 1224
b. Aliquota ridotta ..... 1224
6. Esenzioni fiscali ..... 1226
7. Perseguimento di obiettivi extrafiscali ..... 1227
8. Attività sovrane ..... 1227
B. Art. 130 cpv. 2 Cost. ..... 1229
1. Servizi di alloggio ..... 1230
2. Aliquota speciale ..... 1231
C. Art. 130 cpv. 3 Cost.: destinazione specifica per il finanziamento dell'AVS ..... 1232
D. Art. 130 cpv. 3bis Cost.: destinazione specifica per il finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria e disposizione transitoria art. 196 n. 14 cpv. 4 e 5 Cost. ..... 1232
E. Art. 130 cpv. 3 ter Cost.: destinazione vincolata al finanziamento supplementare dell'AVS ..... 1233
F. Art. 130 cpv. 3ter Cost.: Assegnazione al fondo di compensazione AVS ..... 1234

G. Art. 130 cpv. 4 Cost.: destinazione vincolata per la riduzione dei premi nell'assicurazione malattia ..... 1234
H. Art. 196 n. 14 cpv. 1 Cost. ..... 1235
Letture consigliate ..... 1237
Bibliografia ..... 1238
I materiali ..... 1240

## I. INTRODUZIONE

1 L'imposta sul valore aggiunto è, insieme all'imposta federale diretta, la **principale fonte di entrate** della Confederazione. Nel 2024 circa 27 miliardi di franchi, pari a circa il 30 per cento delle entrate federali, provenivano dall'imposta sul valore aggiunto. Grazie all'ampia base imponibile, essa genera un gettito fiscale considerevole con un onere fiscale relativamente basso. Ad esempio, un aumento dell'aliquota normale di 0,1 punti percentuali comporta già un aumento delle entrate annuali di oltre 300 milioni di franchi. Poiché gli aumenti dell'imposta sul valore aggiunto sono meno evidenti rispetto ad altre imposte e tendono quindi a incontrare meno resistenza a livello politico, essa rappresenta una **fonte di finanziamento molto apprezzata**. Ad esempio, viene utilizzata in parte per finanziare le assicurazioni sociali e il fondo per le infrastrutture ferroviarie ed è sempre oggetto di discussione per il finanziamento di altri compiti come la difesa, i media, ecc. Inoltre, un aumento dell'IVA provoca meno reazioni di elusione rispetto ad altre imposte, poiché l'IVA viene riscossa nel paese di consumo, il cosiddetto paese di destinazione, e non nel paese di produzione, il cosiddetto paese di origine, e il consumo – a parte il turismo degli acquisti – difficilmente può essere trasferito rispetto alla produzione. Alla luce del fatto che il consumo è difficilmente trasferibile, vanno considerati anche gli sforzi dell'OCSE in materia di imposte dirette, che mirano a tassare gli utili delle multinazionali ad alto fatturato e altamente redditizie nei paesi di mercato in cui sono generati, anziché nei paesi in cui hanno sede, come avveniva finora, sebbene questo principio sia estraneo all'imposta sugli utili.

## II. STORIA

2 Il precursore dell'attuale imposta sul valore aggiunto, l'**imposta sul fatturato delle merci**, era stato introdotto dal Consiglio federale insieme ad altre imposte federali sulla base dei **poteri straordinari** del 30 agosto 1939 «per il rimborso delle spese straordinarie di difesa e per il risanamento delle finanze della Confederazione», inizialmente con validità limitata fino alla fine del 1945. È stata riscossa per la prima volta nel quarto trimestre del 1941 sulla base della decisione del Consiglio federale del 29 luglio 1941 relativa all'imposta sul fatturato delle merci (decisione sull'imposta sul fatturato delle merci/WUB). Già il 20 novembre 1942 il Consiglio federale ha deciso, tra l'altro, di

aumentare l'imposta sul fatturato delle merci e di prorogarla fino alla fine del 1949. Il 21 dicembre 1949 l'Assemblea federale dovette prorogarla di altri due anni, poiché non era riuscita a trovare un accordo in tempo utile su una nuova organizzazione delle finanze pubbliche. Il 4 giugno 1950 il popolo e i Cantoni respinsero una nuova organizzazione delle finanze pubbliche, compresa l'imposta sul traffico delle merci, a livello costituzionale. Il Consiglio federale propose quindi un regime transitorio limitato a quattro anni, che corrispondeva sostanzialmente al diritto vigente e che fu infine approvato dal popolo e dai Cantoni il 3 dicembre 1950. A partire dal **1951**, l'imposta sul fatturato delle merci fu quindi disciplinata per la prima volta nella **Costituzione federale**, anche se, data la sua durata limitata, solo nelle **disposizioni transitorie**. Solo a partire dal **1959** l'imposta sul traffico delle merci è stata inserita nella **parte principale della Costituzione** con l'articolo 41ter, dopo che nel 1953 il popolo e i Cantoni avevano nuovamente respinto un nuovo progetto di riforma del sistema finanziario. La **limitazione temporale della competenza di riscossione** è stata mantenuta fino ad oggi (cfr. N. 28 e N. 86 segg.).

3 L'**imposta sul fatturato**, come dice il nome stesso, era applicata solo **alle forniture**, **ma non ai servizi**. In linea di principio, erano soggetti all'imposta i grossisti per le loro forniture al commercio al dettaglio (fornitura al dettaglio). Era considerata fornitura al dettaglio qualsiasi fornitura che non avveniva tra grossisti. Erano tassate come forniture anche le semplici lavorazioni su un oggetto. Poiché i servizi non erano tassati, altrimenti ci sarebbe stato l'incentivo a lavorare la merce solo dopo la vendita imponibile, al fine di ridurre il carico fiscale. A differenza dell'attuale diritto in materia di imposta sul valore aggiunto, per motivi pratici la **cessione per uso o godimento** non era considerata una fornitura. La locazione all'ingrosso imponibile a fini di sublocazione difficilmente avrebbe potuto essere distinta dalla locazione al dettaglio non imponibile senza sublocazione; tuttavia, in alcuni casi, in particolare nei contratti di locazione con opzione di acquisto, il canone di locazione era soggetto all'imposta sull'autoconsumo al fine di contrastare l'elusione fiscale.

4 Negli anni 1977, 1979 e 1991, il Consiglio federale e il Parlamento volevano sostituire l'imposta sul fatturato delle merci con un'imposta sul valore aggiunto, ma questa proposta non ottenne la maggioranza tra il popolo e i Cantoni e portò sempre e solo a una proroga dell'autorizzazione a riscuotere

l'imposta sul fatturato delle merci. A causa del fallimento della votazione sulla tassa sul valore aggiunto nel 1991 e poiché la competenza per la riscossione dell'imposta sul fatturato delle merci scadeva già alla fine del 1994, il Consiglio federale, nel suo messaggio del 18 dicembre 1991, voleva semplicemente inserire nella Costituzione la competenza per la riscossione di un'**imposta sul fatturato** con un'aliquota massima del 6,2 per cento. Sulla base di tale disposizione, il Parlamento avrebbe potuto **introdurre l'imposta sul valore aggiunto** o **prorogare l'imposta sul fatturato delle merci**. Fino all'entrata in vigore della legge corrispondente, l'imposta sul fatturato delle merci sarebbe rimasta in vigore sulla base di una disposizione transitoria.

5 Il Parlamento, invece, voleva **introdurre direttamente l'imposta sul valore aggiunto**. La ragione determinante era che la situazione finanziaria della Confederazione non consentiva di abolire l'imposta sul fatturato, che gravava sui beni d'investimento e sui mezzi di produzione come imposta occulta o cosiddetta «taxe occulte», al fine di ridurre i costi di produzione ed eliminare così gli svantaggi competitivi rispetto all'estero. Con l'imposta sul valore aggiunto, invece, la perdita di gettito derivante dall'abolizione della taxe occulte poteva essere compensata dalla **tassazione dei servizi**. La maggioranza dei partiti politici e le principali associazioni erano d'accordo con l'introduzione diretta dell'imposta sul valore aggiunto, ma la Confederazione sindacale lo ha approvato solo dopo che è stato previsto un aumento dell'aliquota IVA a favore dell'AVS e dell'AI e l'utilizzo del 5% dei proventi per **sgravare i redditi più bassi**. Il popolo e i Cantoni hanno seguito questa linea e il 28 novembre 1993 hanno approvato la **base costituzionale** per l'introduzione dell'**imposta sul valore aggiunto**.

6 Il tempo intercorso tra il rifiuto dell'imposta sul valore aggiunto nel 1991 e la scadenza della competenza di riscossione dell'imposta sul fatturato alla fine del 1994 era troppo breve per poter svolgere una procedura legislativa ordinaria. Pertanto, la base costituzionale per l'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto prevedeva una **disposizione transitoria** che regolava i principi fondamentali dell'imposta sul valore aggiunto nella stessa Costituzione federale e che doveva rimanere in vigore fino all'entrata in vigore della legislazione federale. La disposizione transitoria autorizzava il Consiglio federale a emanare le disposizioni d'esecuzione basandosi direttamente sulla Costituzione, cosa che esso fece con l'**ordinanza sostitutiva della legge** del 22 giugno 1994 sull'imposta sul valore aggiunto (**aMWSTV**). Questa ordinanza

entrò in vigore contemporaneamente alle disposizioni costituzionali all'inizio del **1995**.

L'imposta sul valore aggiunto era disciplinata, insieme ad altre imposte, dall'**art. 41ter aBV** e dagli **artt. 8-8ter ÜB aBV**. Solo con la **nuova Cost. federale**, a partire dall'inizio del **2000**, all'imposta sul valore aggiunto è stato dedicato un articolo specifico, l'**art. 130 Cost.**. Il contenuto normativo corrispondeva all'art. 41ter aBV, nella misura in cui riguardava l'imposta sul valore aggiunto. Solo l'aumento dell'aliquota fiscale per l'AVS e l'AI doveva essere attuato sotto forma di legge federale anziché di decreto federale soggetto a referendum, poiché con la nuova Costituzione federale gli atti normativi non possono più essere emanati sotto forma di decreti federali. Le disposizioni transitorie finora contenute negli articoli 8-8ter ÜB aBV sono state trasferite nell'**articolo 196, cifra 14, Cost.** e, a parte alcuni adeguamenti linguistici e strutturali, sono rimaste invariate nel contenuto. 7

Con il **messaggio sul nuovo ordinamento finanziario** del 9 dicembre 2002, il **Consiglio federale** ha voluto conferire espressamente alla Confederazione, nell'art. 130 cpv. 1 Cost., la competenza di applicare, oltre all'aliquota normale massima del 6,5 per cento, anche **un'aliquota ridotta** di almeno il 2,0 per cento (cfr. N. 62 segg.): «Ciò significa che è possibile applicare solo *un'*aliquota ridotta, il che contribuisce notevolmente alla semplificazione dell'IVA». Il Consiglio federale intendeva inoltre abolire l'**aliquota speciale** per i servizi di alloggio, introdotta a titolo temporaneo il 1° ottobre 1996 (cfr. N. 73 e segg.) non «immediatamente», ma solo dopo un periodo transitorio alla fine del 2006 e quindi, sebbene riformulata in base all'art. 36 cpv. 2 della legge federale del 2 settembre 1999 sull'imposta sul valore aggiunto (aMWSTG), mantenerla nelle disposizioni transitorie; inoltre, voleva **rinunciare** completamente alla **limitazione temporale** della **competenza di riscossione** dell'imposta sul valore aggiunto. 8

Il **Parlamento**, invece, da un lato voleva **non lasciare scadere** la base costituzionale per un'**aliquota speciale** per i servizi di alloggio e, dall'altro, voleva **mantenere** complessivamente la **competenza di riscossione** temporanea dell'imposta sul valore aggiunto. Poiché l'aliquota speciale non era più limitata nel tempo nella Costituzione, è stata trasferita nella parte principale della Costituzione come art. 130 cpv. 2 Cost. Anche la destinazione specifica del 5 per cento del gettito fiscale non destinato ad altri scopi alla riduzione dei premi delle casse malati è stata trasferita nella parte principale 9

della Costituzione. Ora era possibile derogare a tale destinazione per legge. Anche la **durata limitata** dell'**aliquota speciale** è stata nuovamente disciplinata **nella legge**. Il nuovo ordinamento finanziario è entrato in vigore all'inizio del 2007. Dalla sua introduzione nel 1996, l'aliquota speciale è stata **prorogata sei volte**, l'ultima delle quali per 10 anni fino alla fine del 2027. Nella sessione speciale del 2025, il Parlamento ha trasmesso al Consiglio federale una mozione che chiede il mantenimento dell'aliquota speciale oltre il 2027.

10 Dall'inizio del 2011 alla fine del 2017, per il **finanziamento supplementare temporaneo dell'AI**, l'aliquota normale è stata aumentata di 0,4 punti percentuali, l'aliquota ridotta di 0,1 punti percentuali e l'aliquota speciale di 0,2 punti percentuali. Nell'ambito del **finanziamento supplementare dell'AVS e della riforma della previdenza per la vecchiaia 2020**, gli aumenti delle aliquote fiscali a favore dell'AVS e del finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria avrebbero dovuto essere prorogati. Tuttavia, poiché questo progetto è stato respinto alle urne il 24 settembre 2017, all'inizio del 2018 si è verificata per la prima volta dall'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto una **riduzione dell'aliquota fiscale** (cfr. N. 78).

11 All'inizio del 2016, con l'approvazione del controprogetto diretto del Consiglio federale all'iniziativa popolare «Per i trasporti pubblici», è stato inserito l'articolo 130 cpv. 3bis Cost. L'aumento dell'IVA di 0,1 punti percentuali, finora limitato nel tempo, per il **finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria** è stato trasformato in un aumento a tempo indeterminato, motivo per cui è stato spostato dalle disposizioni transitorie alla parte principale della Costituzione. Contemporaneamente, è stato inserito nell'art. 196 n. 14 cpv. 4 Cost. un aumento dell'IVA di 0,1 punti percentuali, limitato fino alla fine del 2030, per garantire il finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria (cfr. anche N. 80).

12 Il 4 marzo 2018 il popolo e i Cantoni hanno approvato il nuovo ordinamento finanziario e la competenza di riscuotere l'imposta sul valore aggiunto **è stata prorogata fino al 2035**. Il 25 settembre 2022 il popolo e i Cantoni hanno approvato il decreto federale sul **finanziamento supplementare dell'AVS** mediante un aumento dell'imposta sul valore aggiunto. In base al nuovo cpv. 3ter, il Consiglio federale ha aumentato l'aliquota normale di 0,4 punti percentuali e l'aliquota ridotta e l'aliquota speciale per i servizi di alloggio di

0,1 punti percentuali ciascuno a partire dall'inizio del 2024. Conformemente al nuovo cpv. 3quater, il gettito derivante dall'aumento è interamente destinato al fondo di compensazione dell'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti (cfr. anche N. 81). Dall'inizio del 2024 si applicano quindi un'**aliquota normale** dell'**8,1 per cento**, un'**aliquota ridotta** del **2,6 per cento** e un'**aliquota speciale** per i servizi di alloggio del **3,8 per cento**.

Per finanziare la **13a rendita AVS**, il Consiglio federale propone nel suo messaggio del 16 ottobre 2024 un aumento dell'IVA di 0,7 punti percentuali a partire dall'inizio del 2026. 13

## III. CONTESTO

L'articolo 130 Cost. figura nel titolo 3 «Confederazione, Cantoni e Comuni» del capitolo 3 «Regime finanziario». Come ha scritto il Consiglio federale nel suo messaggio sulla riforma della Costituzione federale, «tutte le disposizioni relative alle entrate e alle spese sono state raggruppate in un unico capitolo, le imposte sono state classificate in base alla loro importanza e le disposizioni obsolete sono state eliminate. Di conseguenza, le due imposte federali più importanti, l'imposta federale diretta e l'imposta sul valore aggiunto, sono disciplinate ciascuna in un articolo specifico. [...]. Non sono incluse in questo capitolo, o lo sono solo in parte, le entrate della Confederazione riscosse per un finanziamento speciale». Queste spiegazioni dimostrano che, sebbene le disposizioni relative al regime finanziario nel capitolo 3 facciano parte della Costituzione finanziaria, il **regime finanziario non può essere equiparato alla Costituzione finanziaria**. 14

Secondo l'articolo 127 cpv. 2 Cost., il principio dell'**imposizione in base alla capacità economica** deve essere rispettato «nella misura in cui la natura dell'imposta lo consenta». La capacità economica **misurata in base al reddito** implica che possono essere tassati solo i mezzi che superano il minimo vitale. Ciò non è realizzabile nell'ambito dei sistemi tradizionali di imposta sul valore aggiunto, poiché anche le persone che vivono al minimo vitale o al di sotto di esso pagano l'imposta sul valore aggiunto sui loro consumi. Poiché per i redditi bassi la percentuale dell'IVA sul totale delle spese è maggiore rispetto ai redditi più elevati, l'IVA ha un effetto **regressivo** se misurata in base al reddito. Ciò va tuttavia relativizzato, in quanto per i redditi bassi gran parte delle spese non è soggetta all'IVA grazie alle esenzioni 15

per gli affitti di abitazioni e le prestazioni assicurative, compresa l'assicurazione malattia.

16 L'effetto regressivo dell'imposta sul valore aggiunto dovrebbe essere contrastato, da un lato, dall'effetto **progressivo** dell'**imposta sul reddito** e, dall'altro, da **prestazioni di trasferimento** mirate, come avviene ad esempio con la destinazione parziale delle entrate alla riduzione dei premi delle casse malati (cfr. anche N. 83). In alternativa ai trasferimenti, uno studio del Fondo monetario internazionale propone di rendere progressiva l'imposta sul valore aggiunto e altre imposte basate sulle transazioni, con rimborsi automatici in tempo reale alle persone con redditi più bassi, il che corrisponderebbe meglio al principio della capacità contributiva misurata in base al reddito.

17 Le esenzioni dall'imposta sul valore aggiunto e le aliquote ridotte sono poco adatte a contrastare l'effetto regressivo dell'imposta sul valore aggiunto (cfr. anche N. 68). In termini di reddito, le **famiglie economicamente benestanti beneficiano** in modo **sproporzionato** di queste **agevolazioni fiscali** a causa delle spese di consumo più elevate in termini assoluti. In questo modo lo Stato rinuncia a entrate e riduce così anche le sue possibilità di effettuare trasferimenti. Nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto dovrebbe quindi essere applicato solo il principio dell'universalità e dell'uniformità dell'imposizione, mentre il principio dell'imposizione in base alla capacità economica misurata in base al reddito dovrebbe essere rispettato in
combinazione con altre imposte e trasferimenti. Da questo punto di vista, le **esenzioni dall'imposta sul valore aggiunto** e le **aliquote ridotte** dovrebbero essere **abolite** nella misura del possibile e gli oneri supplementari che ne derivano per le persone a basso reddito dovrebbero essere compensati da prestazioni di trasferimento, come previsto in sostanza dal messaggio del Consiglio federale sulla semplificazione dell'imposta sul valore aggiunto del 25 giugno 2008.

18 Le questioni relative all'imposizione in base alla capacità economica misurata in base al reddito non si pongono se l'imposizione è commisurata alla capacità economica misurata in base al consumo. In questo caso, la misura della **capacità economica** è costituita dalla **spesa per consumi**. Chi può consumare di più è economicamente più solvibile in base al consumo e paga quindi più IVA. Poiché l'onere dell'IVA aumenta in modo lineare in proporzione alle spese di consumo soggette a IVA, l'IVA non ha quindi un

effetto regressivo, come invece avviene nel caso di un confronto con il reddito. Misurare la capacità economica in base al consumo sembra un **concetto poco convincente**. Poiché, a differenza della capacità economica misurata in base al reddito, l'origine dei mezzi per il consumo dovrebbe essere irrilevante, le spese di consumo vengono semplicemente equiparate alla capacità economica, senza però spiegare ulteriormente tale capacità. La limitata significatività di questo concetto è particolarmente evidente quando le spese di consumo sono finanziate tramite debiti. Anche in questo caso la capacità economica sarebbe data dalla spesa per consumi, sebbene nel caso di consumi finanziati con debiti difficilmente si possa parlare di capacità economica dei consumatori. Nel complesso, non si può evitare l'impressione che il concetto di tassazione in base alla capacità economica misurata in base al consumo abbia lo scopo di dimostrare che anche l'imposta sul valore aggiunto è riscossa in base al principio della tassazione in base alla capacità economica. Per la Svizzera, come già esposto sopra, ciò non è necessario né dal punto di vista finanziario, né dal punto di vista costituzionale, se si considera il sistema fiscale e i trasferimenti nel loro complesso, poiché l'articolo 127 capoverso 2 Cost. prevede che l'imposizione in base alla **capacità economica non sia applicata a tutte le imposte**.

## IV. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Art. 130 cpv. 1 Cost.

L'art. 130 cpv. 1 Cost. parla di imposta sul valore aggiunto, sebbene si tratti in realtà di **tre imposte diverse**: l'imposta sulle prestazioni a titolo oneroso, l'imposta sul consumo proprio e l'imposta sulle importazioni. A differenza dell'**imposta sulle importazioni**, l'imposta sulle prestazioni a titolo oneroso è denominata di seguito **imposta interna**, anche se si tratta di prestazioni transfrontaliere a titolo oneroso. Sebbene l'**autoconsumo** sia menzionato nella Costituzione come oggetto d'imposta, dalla revisione totale della LIVA nel 2009 è configurato solo come una forma di correzione dell'imposta precedente, motivo per cui è trattato come imposta interna (cfr. N. 52). Secondo il parere qui espresso, l'**imposta sull'acquisto** non costituisce un oggetto d'imposta a sé stante, ma solo una **forma di riscossione dell'imposta interna**, motivo per cui anch'essa viene trattata nell'ambito dell'imposta interna (cfr. N. 53). 19

## 1. Competenza di riscossione

### a. Imposta interna: competenza derogatoria retroattiva e completa

20 Ai sensi dell'articolo 130 cpv. 1 Cost., la Confederazione può riscuotere un'imposta sul valore aggiunto, ma non è tenuta a farlo, come risulta dalla formulazione «può». Se la Confederazione rinunciasse a farlo, la competenza di riscossione tornerebbe ai Cantoni ai sensi dell'articolo 3 Cost. Tuttavia, non appena la Confederazione riscuote un'imposta sul valore aggiunto, i Cantoni non possono più riscuotere un'imposta dello stesso tipo ai sensi dell'art. 134 Cost. Ne consegue, da un lato, che la competenza dei Cantoni in materia di imposizione fiscale viene soppiantata solo quando la Confederazione fa uso della propria competenza in materia, motivo per cui essa ha effetto **retroattivo derogatorio** e, dall'altro, che la competenza in materia di imposizione fiscale passa completamente alla Confederazione e si tratta quindi di una **competenza globale**.

### b. Divieto di imposte cantonali simili

21 Con l'estensione dell'oggetto fiscale ai servizi nell'ambito dell'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto nel 1995, si è posto il problema se anche le imposte cantonali e comunali già esistenti sui servizi, come le imposte sui biglietti e sui trasferimenti di proprietà, rientrassero nel campo di applicazione del divieto di imposte cantonali e comunali dello stesso tipo (art. 41ter cpv. 2 aCost., oggi art. 134 Cost.). Nella consultazione sul progetto di ordinanza sull'imposta sul valore aggiunto del 28 ottobre 1993, anche il settore cinematografico ha sollevato la questione della **costituzionalità** della riscossione delle **imposte cantonali e comunali sui biglietti**.

22 Il **DFF** precisa nel suo commento all'ordinanza sull'imposta sulla valore aggiunto che «non possono essere riscossi prelievi fiscali cantonali e comunali di natura analoga sui ricavi soggetti all'imposta sul valore aggiunto o dichiarati esenti da tale imposta, ossia realmente esenti ai sensi dell'art. 15. Sono invece ammesse le tasse sui biglietti, le tasse sui giochi d'azzardo e simili sulle operazioni (come ad es. i servizi culturali) che sono esenti dall'imposta ai sensi degli articoli 13 e 14». Di conseguenza, l'esenzione fiscale per le operazioni relative a scommesse, lotterie e altri giochi d'azzardo è stata motivata dal fatto che «tali giochi e attrezzature di gioco sono soggetti ad altre imposte (in particolare sono soggetti a una consistente imposizione cantonale)». Questa

argomentazione è stata criticata nella **dottrina**, poiché anche le prestazioni esenti dall'imposta rientrano nel campo di applicazione dell'IVA, il che si evince in particolare dal fatto che le prestazioni esenti possono essere tassate volontariamente o che le imposte precedenti ad esse correlate non possono essere dedotte. Di conseguenza, non vi è spazio per una tassazione cantonale o comunale di tipo analogo. L'argomentazione del DFF dovrebbe invece essere vista soprattutto nel contesto della salvaguardia della **sovranità cantonale** e dell'**esigenza di evitare resistenze** da parte dei Cantoni all'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto.

Anche il **Tribunale federale**, nella sua sentenza sull'imposta sui poveri di Ginevra, ha respinto l'argomentazione del DFF come interpretazione troppo letterale del concetto di esenzione fiscale e ha invece sostenuto che l'imposta sui poveri di Ginevra **non è né un'imposta speciale sui consumi** di merci (art. 41ter cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 41ter cpv. 1 lett. b aBV), **né con un'imposta generale sui consumi** come l'imposta sul valore aggiunto (art. 41ter cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 41ter cpv. 1 lett. a aBV). In tale occasione ha espressamente lasciato aperta la questione se anche altre imposte speciali sui consumi dei Cantoni dovessero essere considerate non omogenee. Anche questa sentenza è stata criticata da parte della **dottrina**. Se viene tassato il consumo finale e non l'impresa, entrambe le imposte sono omogenee. Occorre quindi fare riferimento all'effetto di tassazione previsto dalla legge, ovvero all'obiettivo di tassazione. 23

Anche l'**obiettivo dell'onere** come criterio centrale per la somiglianza sembra **poco convincente**. Se ci si basa sull'obiettivo dell'onere previsto dalla legge, i Cantoni e i Comuni hanno la possibilità di strutturare l'imposta in modo tale che non sia gravato il consumo finale, ma il contribuente stesso, ad esempio l'impresa. Anche basarsi sull'effettivo effetto di onere (**incidenza fiscale**) non costituisce un criterio adeguato. Infatti, tutte le imposte sui consumi gravano sul consumo dei beni tassati, indipendentemente dal punto della catena del valore in cui vengono riscosse e da chi devono gravare. 24

Per evitare duplicazioni dell'onere fiscale, le imposte legate al fatturato o ad altre variabili comparabili, come il volume o il peso, dovrebbero quindi essere considerate **come imposte dello stesso tipo**, indipendentemente dal loro obiettivo o dal loro effetto fiscale effettivo. Continuerebbero a non essere incluse le **tasse di incentivazione**. Oltre al fatto che le tasse di incentivazione non perseguono scopi fiscali e non sono quindi considerate 25

imposte in senso stretto, esse non rappresentano un onere definitivo, ma possono addirittura portare a uno sgravio se l'effetto di incentivazione ha effetto. Il presupposto è tuttavia che le tasse di incentivazione siano **rimborsate** alla popolazione.

26 Ciò che per l'aMWSTV è stato esposto solo nel commento del DFF e con una motivazione diversa (cfr. N. 22) è stato inserito nell'art. 2 aMWSTG come **finzione**: le imposte sui biglietti e le imposte sul trasferimento di proprietà non sono considerate simili. Con questa decisione del legislatore è stata creata certezza giuridica per la pratica relativa a queste due imposte espressamente menzionate, poiché, in base al principio di applicazione dell'art. 190 Cost., un riesame giudiziario di questa disposizione non avrebbe alcun effetto. Nell'art. 2 LIVA si è infine rinunciato a ripetere il contenuto normativo dell'art. 134 Cost. e si è fatto riferimento solo alla **non omogeneità** delle due imposte. Nelle spiegazioni ciò è stato motivato con la certezza del diritto e il proseguimento della prassi del Tribunale federale.

### c. Imposta sulle importazioni: competenza esclusiva?

27 Se la competenza federale di riscuotere un'imposta sulle importazioni si basasse esclusivamente sull'art. 130 Cost., tale competenza sarebbe, come quella di riscuotere l'imposta interna, successivamente derogatoria (cfr. N. 20). Se invece l'imposta sulle importazioni fosse intesa anche nel contesto storico, secondo cui la legislazione sulle imposte sul traffico transfrontaliero di merci ai sensi dell'**art. 133 Cost.** è di competenza della Confederazione, si tratterebbe di una competenza esclusiva. Questa questione piuttosto teorica sembra essere stata finora lasciata aperta dalla dottrina.

### d. Limitazione temporale della competenza di riscossione

28 La **competenza** della Confederazione di riscuotere l'imposta sul valore aggiunto è, come quella di riscuotere l'imposta federale diretta, **limitata nel tempo** fino alla fine del 2035 (cfr. N. 86 segg.). Dopo che nel giugno 2015, in occasione della consultazione sul nuovo ordinamento finanziario 2021, la maggioranza dei partiti politici che si sono espressi in merito ha respinto la proposta del Consiglio federale di abolire la limitazione temporale, il Consiglio federale ha nuovamente presentato al Parlamento solo una proroga della competenza.

## 2. Sovranità fiscale e ambito di applicazione territoriale

29 L'articolo 130 cpv. 1 Cost. non si esprime espressamente in merito all'ambito di applicazione territoriale dell'imposta sul valore aggiunto. Questo risulta dallo scopo dell'imposta sul valore aggiunto come imposta sul consumo interno. Ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, sono considerate consumate sul territorio nazionale le prestazioni il cui luogo di prestazione si trova sul territorio nazionale o che sono importate dall'estero nel territorio nazionale. Le prestazioni il cui luogo di prestazione si trova all'estero o che sono esportate dalla Svizzera sono considerate consumate all'estero. Pertanto, non dovrebbero essere soggette all'imposta sul valore aggiunto svizzera. Per questo motivo si parla anche di **principio del Paese di destinazione**. L'imposta sul valore aggiunto non dovrebbe influenzare lo scambio transfrontaliero di beni e servizi ed è quindi definita **neutrale dal punto di vista del commercio estero**. L'imposta sul valore aggiunto **non può essere paragonata ai dazi doganali**, poiché, a differenza di questi ultimi, non grava solo sulle importazioni, ma soprattutto sulle forniture sul territorio nazionale.

30 **Le forniture** sono considerate consumate sul territorio nazionale e quindi **tassate sul territorio nazionale** se il luogo di fornitura si trova sul territorio nazionale o se i beni sono importati dall'estero. Il luogo di fornitura si trova in linea di principio dove viene trasferito il potere di disposizione economica (ad esempio dove viene installata una cucina). Se, in caso di fornitura di beni mobili, tale luogo si trova all'estero e il trasporto o la spedizione avviene sul territorio nazionale, si applica l'imposta sull'importazione. Se, al contrario, il luogo di fornitura si trova sul territorio nazionale e i beni mobili vengono trasportati o spediti all'estero, si applica un'esenzione fiscale sul territorio nazionale. Le prestazioni esenti da imposta danno diritto alla deduzione dell'imposta precedente ad esse correlata. In caso contrario, le esportazioni sarebbero soggette in modo occulto all'imposta sul valore aggiunto svizzera, la cosiddetta «taxe occulte», che le renderebbe più costose e comporterebbe uno svantaggio competitivo per l'economia svizzera delle esportazioni (cfr. N. 5).

31 **I servizi** sono considerati consumati sul territorio nazionale e quindi **tassati sul territorio nazionale** se il luogo di prestazione del servizio si trova sul territorio nazionale. Poiché il luogo di consumo effettivo è spesso difficile da determinare (ad es. nel caso dei servizi di consulenza) o la tassazione nel luogo di consumo effettivo comporterebbe notevoli difficoltà pratiche (ad es.

la tassazione dei servizi elettronici su smartphone nel luogo in cui vengono effettivamente utilizzati), si presume in linea di principio che il consumo abbia luogo nel luogo in cui risiede la clientela (luogo di destinazione). Si dovrebbe derogare a tale regola solo se un altro criterio di collegamento territoriale consente di **realizzare meglio l'imposizione nel luogo di consumo effettivo**. Ciò vale in particolare quando un servizio viene ricevuto e consumato contemporaneamente alla sua prestazione in loco, come ad esempio nel caso di servizi di ristorazione o di eventi davanti a un pubblico fisicamente presente. Tali servizi sono quindi tassati nel luogo in cui vengono prestati. In sostituzione del luogo di attività, si applicano anche altri luoghi di imposizione, come ad esempio l'imposizione nel luogo di ubicazione per i servizi relativi a un immobile, compresi i servizi di alloggio, l'imposizione nel luogo di trasporto o l'imposizione nel luogo di prestazione, ovvero nel luogo in cui è residente la persona che presta il servizio.

32 Nel caso della **tassazione nel luogo di prestazione**, ovvero nel luogo in cui è residente la persona che presta il servizio, il soggetto passivo e il luogo di prestazione coincidono. Il soggetto passivo si trova sempre all'interno del territorio in cui viene riscossa l'imposta, il che ne garantisce l'esecuzione, ma in un contesto transfrontaliero ciò comporta che l'IVA non venga pagata nel territorio in cui avviene il consumo. L'imposizione nel luogo di prestazione è quindi denominata anche **principio del paese d'origine**.

33 All'interno dell'**UE**, il **principio del paese d'origine** doveva essere introdotto originariamente per l'IVA armonizzata, al fine di preservare il più possibile la sovranità finanziaria degli Stati membri. Tuttavia, il principio del paese d'origine non si è rivelato praticabile, poiché l'armonizzazione delle aliquote fiscali non era politicamente realizzabile e le differenze tra le aliquote influenzavano la scelta della sede delle imprese all'interno dell'UE. La direttiva vigente sul sistema dell'IVA segue quindi ampiamente il **principio del paese di destinazione**. L'ampliamento del sistema dello sportello unico (one-stop-shop), in base al quale richiede la registrazione IVA in un solo Stato membro per tutte le prestazioni all'interno dell'UE, è un passo fondamentale per un passaggio coerente al principio del paese di destinazione all'interno del mercato interno dell'UE. In questo modo si può evitare che la tassazione nel paese di destinazione comporti anche un obbligo fiscale nel paese di destinazione, come del resto avviene normalmente al di fuori del mercato interno dell'UE.

Così come le forniture all'estero non dovrebbero essere soggette all'imposta sul valore aggiunto svizzera (cfr. N. 30), anche i **servizi all'estero** esenti da imposta dovrebbero in linea di principio dare diritto alla deduzione dell'imposta a monte correlata, al fine di evitare che i servizi forniti all'estero diventino più costosi e che l'imposta sul valore aggiunto comporti uno svantaggio competitivo per le imprese svizzere. È quindi discutibile se sia compatibile con il principio del paese di destinazione e con il principio della neutralità della IVA sul commercio estero il fatto che **i servizi** nel **settore finanziario, assicurativo e dei giochi d'azzardo** non diano diritto alla deduzione dell'imposta precedente anche se sono stati forniti all'estero. Determinante per il mantenimento di questa regolamentazione, in vigore già dall'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto, anche dopo la revisione totale della LIVA, nell'ambito della quale la deduzione dell'imposta precedente è stata esplicitamente dichiarata ammissibile per la maggior parte dei servizi esenti da imposta all'estero, è stata in particolare il timore di una riduzione del gettito fiscale, poiché negli anni 2000 le operazioni con l'estero gestite dalla Svizzera erano ancora considerevoli. 34

## 3. Imposta interna

### a. Concetto di imposizione e di riscossione

L'articolo 130 cpv. 1 Cost. conferisce alla Confederazione la competenza di riscuotere un'imposta sul valore aggiunto. Secondo il suo **concetto di imposizione**, l'imposta sul valore aggiunto è un'imposta generale sui consumi che, secondo il suo **concetto di riscossione**, viene riscossa ad ogni stadio della catena del valore aggiunto sulla base del rispettivo valore aggiunto. L'imposta sul valore aggiunto si differenzia dall'imposta sul fatturato delle merci precedentemente riscossa a livello di commercio all'ingrosso (cfr. N. 3) e dalle imposte speciali sui consumi, che vengono riscosse una tantum al momento della produzione o dell'importazione, soprattutto per il suo concetto di riscossione. Poiché tutti e tre i tipi di imposta gravano in ultima analisi sul consumo finale, non si differenziano nella loro concezione fiscale. Sebbene secondo la concezione della riscossione dell'imposta sul valore aggiunto la **riscossione dell'imposta a ogni fase della catena del valore** rappresenti una caratteristica centrale, esistono anche delle eccezioni all'interno dell'imposta sul valore aggiunto. Si pensi ad esempio alla procedura di dichiarazione, in cui la riscossione dell'imposta è sostituita da una 35

dichiarazione, o alla procedura di imposta sull'acquisto nel territorio nazionale per i diritti di emissione e simili, che serve a combattere le frodi, in cui la vendita dei diritti di emissione rimane esente da imposta, mentre i clienti soggetti a imposta devono contabilizzare l'imposta sul valore aggiunto come imposta sull'acquisto. In entrambi i casi, nella fase della catena del valore in questione non vi è alcuna riscossione dell'imposta per tali transazioni e quindi si verifica una deviazione dal concetto di riscossione dell'imposta sul valore aggiunto.

36 Si pone la questione di sapere in che misura il concetto costituzionale di imposta sul valore aggiunto, in base al suo concetto di riscossione, copra anche la riscossione dell'imposta indipendentemente dalla creazione di un valore aggiunto, di un valore aggiunto. A mio avviso, tale questione non si pone se l'imposta viene **eccezionalmente riscossa direttamente all'interno della catena del valore presso l'impresa** che acquista la prestazione, come ad esempio nel caso dell'**imposta sull'acquisto** o dell'**imposta sull'importazione**. Se tali prestazioni sono acquistate da persone soggette all'imposta e l'imposta è liquidata direttamente con l'Ufficio federale delle dogane e della sicurezza delle frontiere (UDFSF) o l'AFC, si tratta comunque regolarmente di prestazioni preliminari per prestazioni proprie, sul cui valore aggiunto è a sua volta dovuta l'imposta sul valore aggiunto.

37 La questione si pone invece quando l'imposta sul valore aggiunto viene **eccezionalmente riscosse direttamente presso i consumatori finali**. Questo caso si verifica in particolare quando persone che non gestiscono un'impresa, come ad esempio **privati**, sono soggette all'**imposta sull'acquisto** perché acquistano prestazioni soggette a tale imposta per un importo superiore a 10 000 franchi all'anno. L'imposizione dei consumatori finali tiene conto del principio di imposizione dell'imposta sul valore aggiunto, ma non corrisponde al principio di riscossione, secondo cui l'imposta sul valore aggiunto dovrebbe essere riscossa indirettamente a livello di creazione di valore aggiunto e non direttamente a livello di consumo. L'obiettivo di **universalità e uniformità dell'imposizione** sancito dall'articolo 127 cpv. 2, che richiede un'imposizione il più possibile completa del consumo per l'imposta sul valore aggiunto, giustifica a mio avviso di discostarsi puntualmente dal concetto di riscossione e di **riscuotere l'imposta direttamente in casi eccezionali**. Inoltre, dall'entrata in vigore della

revisione parziale della legge sull'IVA all'inizio del 2018, l'imposta sull'acquisto per le persone non soggette a imposta ha perso ulteriormente importanza, poiché le imprese sono ora soggette a imposta a partire da un fatturato mondiale di 100 000 franchi e non solo a partire da un fatturato di 100 000 franchi sul territorio nazionale, motivo per cui la riscossione diretta dell'imposta sul valore aggiunto presso i consumatori finali è stata ulteriormente ridotta.

38 Se si rinunciasse alla **riscossione dell'imposta** non solo in casi eccezionali, ma **in generale** sulle **prestazioni tra persone** imposte, come proposto nell'interpellanza Caroni 21.4353, ci si chiede se ciò sarebbe compatibile con il concetto di riscossione dell'imposta sul valore aggiunto. A favore di questa ipotesi depone il fatto che l'imposta può essere riscossa anche a un livello della catena del valore a monte del consumo finale, ad esempio quando un soggetto passivo acquista una prestazione soggetta a imposta. Allo stesso tempo, è chiaro che, sebbene sia ancora possibile una tassazione a monte del consumo finale, non si può più parlare di riscossione dell'imposta a tutti i livelli della catena del valore. Questo elemento caratteristico del **sistema di riscossione** dell'imposta sul valore aggiunto serve principalmente a garantire il gettito fiscale. La riscossione dell'imposta in ogni fase della catena del valore, la cosiddetta **riscossione frazionata dell'imposta**, garantisce che, in caso di inadempienza di un soggetto passivo nella catena del valore, si perda solo l'imposta sul valore aggiunto relativa al suo valore aggiunto. Se si rinunciasse in larga misura alla riscossione dell'imposta su tutte le fasi della catena del valore aggiunto e l'imposta fosse riscossa prevalentemente nell'ultima fase, il rischio di perdite fiscali aumenterebbe notevolmente. In questo contesto, il **sistema di riscossione** dell'imposta su ogni fase della catena del valore aggiunto deve essere inteso come **elemento centrale del concetto di imposta sul valore aggiunto**. Se si rinunciasse in larga misura a questo concetto di riscossione, non si tratterebbe più di una vera e propria imposta sul valore aggiunto, ma piuttosto di un'**imposta monofase**, contro la quale i costituenti si sono espressamente pronunciati nel 1995 al momento dell'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto. Sarebbe discutibile se l'articolo 130 della Cost. fosse sufficiente come base costituzionale per una tale imposizione.

## b. Soggetto passivo dell'imposta interna

39 L'articolo 130 Cost. non si esprime espressamente in merito al **soggetto passivo**. Solo dal concetto di imposta sul valore aggiunto è possibile dedurre chi è il soggetto passivo. Secondo il concetto di riscossione dell'imposta sul valore aggiunto, l'imposta è dovuta sul valore aggiunto che le persone che esercitano un'attività imprenditoriale creano in ogni fase della catena del valore (cfr. N. 35). Pertanto, in linea di principio, i soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto sono le persone che gestiscono un'**impresa**.

40 Già al momento dell'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto all'inizio del 1995, il Consiglio federale aveva introdotto un **limite minimo di fatturato** di 75 000 franchi per l'assoggettamento all'imposta, sebbene l'articolo 8 delle disposizioni transitorie della aBV, su cui si basava direttamente la prima ordinanza sull'imposta sul valore aggiunto, non contenesse alcun limite minimo di fatturato. Nel corso della revisione totale della LIVA, entrata in vigore all'inizio del 2010, il limite di fatturato per l'assoggettamento all'imposta è stato aumentato a 100 000 franchi, al fine di esentare un numero ancora maggiore di imprese dagli obblighi in materia di imposta sul valore aggiunto. I limiti minimi di fatturato per l'assoggettamento all'imposta sono giustificati dall'economicità del pagamento e della riscossione: gli importi relativamente modesti dell'IVA dovuta su fatturati relativamente bassi sono sproporzionati rispetto agli oneri che ne derivano per le imprese per il pagamento e per l'amministrazione per la riscossione. Questa argomentazione si basa sul principio costituzionale della **proporzionalità** dell'azione dello Stato (art. 5 cpv. 2 Cost.). Il fatturato minimo per l'assoggettamento all'imposta è invece, a seconda del suo importo, più o meno in contrasto con i principi costituzionali dell'**uguaglianza giuridica** (art. 8 Cost.) e, più concretamente, dell'**universalità e dell'uniformità dell'imposizione** (art. 127 cpv. 2 Cost.). Soprattutto alla luce degli sviluppi tecnici nella contabilità digitale delle imprese e nella fatturazione online dell'IVA, ritengo discutibile che l'attuale limite di fatturato di 100 000 franchi per l'esenzione dall'obbligo fiscale sia ancora proporzionato. Soprattutto nel caso di servizi con un basso onere fiscale a monte, come nel settore cosmetico o dei trasporti, le imprese individuali non sono soggette a imposta, il che comporta svantaggi legati all'IVA per le imprese con dipendenti. Inoltre, l'elevato limite di fatturato può rafforzare l'incentivo al lavoro autonomo fittizio ai sensi del diritto delle assicurazioni sociali, se anche l'obbligo di pagare l'IVA viene meno.

## c. Oggetto dell'imposta interna

### i. La prestazione

Come punto di riferimento oggettivo dell'imposta interna, l'articolo 130 capoverso 1 Cost. cita la consegna di beni e la prestazione di servizi. I due concetti di consegna e prestazione sono complementari: ciò che non è una consegna è una prestazione. Le consegne e le prestazioni sono quindi riassunte sotto il concetto di **prestazione**. Poiché sia le forniture che i servizi sono soggetti all'imposta sul valore aggiunto se sussistono ulteriori presupposti, la distinzione tra fornitura e servizio riveste un ruolo importante soprattutto nei casi transfrontalieri, dove in singoli casi possono verificarsi doppie imposizioni o mancata imposizione, in particolare a causa dei diversi luoghi di prestazione. 41

La Costituzione non definisce né la fornitura né il servizio. Si pone quindi la questione di quali requisiti costituzionali debbano essere applicati ai due concetti. Partendo dall'uso quotidiano del linguaggio, si può affermare che è difficile immaginare una fornitura senza un oggetto, mentre i servizi possono certamente includere anche oggetti. Molti sistemi IVA stranieri seguono questa logica, anche se ciò comporta difficili **questioni di delimitazione**. Soprattutto nel caso delle riparazioni, ci si chiede quando l'aggiunta di parti nuove trasformi il servizio di riparazione in una fornitura di beni. 42

Proprio per evitare tali difficoltà di delimitazione, il diritto svizzero in materia di imposta sul valore aggiunto si è discostato dall'uso linguistico quotidiano sin dalla sua introduzione nel 1995: se si tratta di una prestazione in relazione a un bene, si parla di **fornitura**. Pertanto, non solo i semplici **lavori** su un bene, come la pulizia di un ufficio, ma anche la semplice **cessione per uso**, come l'affitto di uffici, sono considerati forniture di immobili ai sensi della legge svizzera sull'IVA. Solo quando una prestazione è indipendente da un bene, si tratta di un **servizio** anche ai sensi della legge svizzera sull'IVA. Poiché gli animali, a differenza degli esseri umani, sono considerati beni, le cure mediche agli esseri umani sono da qualificarsi come prestazioni di servizi, mentre quelle agli animali come forniture. Anche se queste classificazioni possono sembrare strane dal punto di vista dell'uso linguistico quotidiano, hanno il vantaggio di una **più semplice delimitazione** e contribuiscono quindi alla certezza del diritto e tengono conto dei principi dell'**art. 5 Cost.** Ad esempio, secondo la legge svizzera sull'IVA, le riparazioni sono sempre 43

forniture, indipendentemente dal fatto che si tratti semplicemente di una misurazione dei gas di scarico di un'auto o della ricostruzione completa di un veicolo da collezione.

### ii. Corrispettivo

44 L'articolo 130 cpv. 1 della Cost. non si pronuncia sulla questione del corrispettivo. Dal concetto di imposta sul valore aggiunto risulta tuttavia che le forniture e le prestazioni di servizi sono soggette all'imposta solo se sono effettuate a titolo oneroso. In caso contrario non si realizzerebbe alcun valore aggiunto a cui l'imposta sul valore aggiunto potrebbe essere collegata secondo il suo concetto di riscossione (cfr. N. 35). Il corrispettivo può essere versato dalla **persona che riceve la prestazione** o, in tutto o in parte, da una **terza persona**.

45 Questioni di delimitazione difficili si pongono in particolare in relazione alle **sovvenzioni** che, a determinate condizioni, possono essere intese a) come corrispettivo per una prestazione alla collettività pagante, b) come corrispettivo per una prestazione a terzi o c) come non corrispettivo, con il quale non viene compensata alcuna prestazione. Se i pagamenti creano un valore aggiunto e quindi rendono più convenienti o addirittura possibili le prestazioni, secondo il parere qui espresso, una tassazione estesa delle sovvenzioni come compensi (parziali) per la prestazione sovvenzionata sarebbe conforme al concetto costituzionale di imposta sul valore aggiunto (cfr. N. 71). Al fine di semplificare la distinzione tra corrispettivo e sovvenzioni e garantire così una maggiore certezza del diritto, il Parlamento ha scelto una strada diversa: dall'inizio del 2025 è considerata sovvenzione tutto ciò che viene designato come tale dall'ente pubblico pagante (art. 18 cpv. 3 LIVA). Tale approccio tende piuttosto ad ampliare che a restringere il campo di applicazione delle sovvenzioni. Le disposizioni della contabilità pubblica dovrebbero contrastare un uso eccessivo di questa norma. In particolare, non può essere designato come sovvenzione ciò che tra privati sarebbe considerato un corrispettivo.

### iii. Corrispettivo e prestazione attesi anziché legame

46 L'art. 130 cpv. 1 Cost. non si pronuncia sul rapporto che deve intercorrere tra la prestazione e il corrispettivo affinché si tratti di un rapporto di prestazione come oggetto imponibile dell'imposta sul valore aggiunto. Nella dottrina, il

rapporto tra prestazione e corrispettivo è descritto come un **legame economico** interno che, oltre alla prestazione e al corrispettivo, costituisce anch'esso un elemento costitutivo dell'oggetto imponibile. Si distingue tra un nesso finale e un nesso causale. Nel caso di un **nesso finale**, il corrispettivo viene pagato per ottenere la prestazione, mentre nel caso di un **nesso causale** esiste un rapporto di causa-effetto tra il corrispettivo e la prestazione, quindi non si tratta di uno scambio puramente casuale. Nessuna delle due teorie è in grado di descrivere in modo esaustivo i rapporti di prestazione soggetti all'imposta sul valore aggiunto. Per questo motivo, di seguito viene proposto un altro approccio all'interazione tra prestazione e corrispettivo.

Secondo la LIVA, per **prestazione** si intende la concessione di un valore economico consumabile in attesa di un corrispettivo (art. 3 lett. c LIVA). La prestazione si compone di un **elemento oggettivo** – la concessione di un valore economico consumabile – e di un **elemento soggettivo** – l'aspettativa di un corrispettivo. Non si tratta quindi di una prestazione ai sensi della LIVA se non è previsto alcun corrispettivo, come nel caso di un **regalo** o di un **favore**. In assenza di **aspettativa di corrispettivo**, un compenso volontario non deve comportare un rapporto di prestazione indesiderato. Se è previsto un corrispettivo, si tratta di una prestazione ai sensi della LIVA, anche se la prestazione è ottenibile anche senza il pagamento del corrispettivo. 47

È considerato **corrispettivo** un valore patrimoniale che il destinatario o, al suo posto, un terzo impiega per ottenere una prestazione (art. 3 lett. f. LIVA). Il corrispettivo ai sensi della LTVA è quindi costituito anche da un **elemento oggettivo** – la spesa patrimoniale – e da un **elemento soggettivo** – l'**aspettativa di prestazione**. Una **donazione**, ad esempio, è una spesa patrimoniale senza aspettativa di prestazione. 48

Oltre ai due elementi oggettivi **prestazione** e **esborso patrimoniale**, devono essere sempre presenti anche **l'aspettativa di compenso e di prestazione** come elementi soggettivi affinché sussista un **rapporto di prestazione come oggetto fiscale**. Se, oltre alla caratteristica oggettiva della prestazione, è presente anche la caratteristica soggettiva dell'aspettativa di compenso, è irrilevante che una prestazione sia disponibile anche a titolo gratuito. Non appena un bene patrimoniale viene speso per ottenere la prestazione, oltre alla caratteristica oggettiva della spesa patrimoniale, si soddisfa anche la caratteristica soggettiva dell'aspettativa di prestazione e sussiste un rapporto 49

di prestazione come oggetto imponibile dell'imposta sul valore aggiunto. Ciò vale, da un lato, per i casi noti della **musica di strada**, del **contributo per l'uso del WC** e probabilmente anche della remunerazione del servizio tramite **mance**, ma dall'altro lato anche per le situazioni economicamente più rilevanti in cui vengono messi a disposizione gratuitamente applicazioni o contenuti online, accompagnati dalla richiesta di «donazioni», o per le cosiddette «donazioni» agli influencer. Da ciò vanno distinte le **raccolte di donazioni** in cui sono allegati, ad esempio, cartoline, un calendario o un libro. Non si tratta di ricevere un compenso volontario per la merce inviata, ma di donazioni per lo scopo ideale perseguito. I beni rappresentano solo una forma di ringraziamento collettivo anticipato per la potenziale donazione. In assenza di aspettative di compenso, in questo caso manca un elemento costitutivo del rapporto di prestazione, motivo per cui non si può prendere in considerazione la tassazione anche se qualcuno, con la sua spesa patrimoniale, intende compensare la prestazione ricevuta invece della donazione.

50 Se l'oggetto dell'imposta «rapporto di prestazione» è inteso come prestazione a titolo oneroso con i rispettivi presupposti oggettivi e soggettivi, è possibile **rinunciare** all'elemento costitutivo del **legame economico** tra prestazione e corrispettivo. Allo stesso tempo, ciò elimina la controversia sul tipo di questo collegamento, ovvero se il corrispettivo sia versato con l'obiettivo di ottenere la prestazione (finalità) o se sia sufficiente che il corrispettivo sia stato versato perché si è ottenuta la prestazione (causalità) (cfr. N. 46). Se si richiede la finalità, manca il nesso economico tra prestazione e corrispettivo e quindi l'oggetto d'imposta, in particolare in tutti quei settori in cui una prestazione è disponibile anche a titolo gratuito, anche se – come spiegato sopra al n. 49 – una prestazione è stata fornita in attesa di un corrispettivo, il che risulta particolarmente fastidioso soprattutto in considerazione dei nuovi modelli di business online. Se invece fosse richiesta solo la causalità, si avrebbe invece una tassazione nei casi in cui manca l'attesa di un corrispettivo, ad esempio nelle raccolte di fondi citate anche al N. 49. Ciò rende superflua anche la questione se il nesso economico debba essere valutato dal punto di vista della persona che presta la prestazione o di quella che la riceve. Affinché un **rapporto di prestazione** sia soggetto all'imposta sul valore aggiunto, deve essere **voluto da entrambe le parti**. Come sempre nel caso di elementi soggettivi, la loro esistenza deve essere dedotta da azioni esteriormente percepibili. Per ragioni di generalità e neutralità dell'imposta, non dovrebbero

essere posti requisiti probatori eccessivi all'esistenza dell'aspettativa soggettiva di compenso da parte del prestatore.

Dal rapporto di prestazione oggetto dell'imposta vanno distinti **altri presupposti di imponibilità** di un rapporto di prestazione, quali il **luogo di prestazione nel territorio nazionale**, l'**obbligo fiscale** della persona che presta il servizio o l'**assenza di un'esenzione fiscale**. Come indica il termine «oggetto», si tratta della base oggettiva dell'imposta, che è indipendente dalle caratteristiche soggettive delle persone coinvolte o dal collegamento territoriale. L'oggetto dell'imposta è un presupposto necessario, ma non sufficiente, per l'imposizione fiscale. Solo quando il rapporto di prestazione, in quanto oggetto dell'imposta sul valore aggiunto, si realizza soggettivamente attraverso una persona soggetta all'imposta sul territorio nazionale e non si applica alcuna esenzione fiscale, si ha in linea di principio un'imposizione fiscale. 51

### iv. Consumo proprio

La Costituzione menziona espressamente il consumo proprio, poiché in origine era configurato come oggetto imponibile a sé stante. Dalla revisione totale del 2009, una correzione della deduzione dell'imposta precedente è denominata consumo proprio. Inizialmente si voleva eliminare il consumo proprio dalla Costituzione. Tuttavia, poiché nel 2013 il Parlamento non ha accolto il progetto di imposta unitaria, la Costituzione non è stata modificata e il consumo proprio continua a essere citato come oggetto imponibile. Si pone quindi la questione se la rinuncia al consumo proprio come oggetto imponibile a sé stante sia costituzionale. Soprattutto per motivi di semplificazione, nel quadro della revisione totale del 2009 il Parlamento ha rinunciato all'**autoconsumo di produzione e lavorazione** come oggetto fiscale a sé stante. Dal punto di vista della sistematica fiscale, esso sarebbe ancora giustificato. Se una persona preleva dalla sua impresa individuale un oggetto di propria produzione, non può far valere l'imposta precedente ad esso correlata. Se invece una persona preleva lo stesso bene dalla sua SA, di cui è azionista unica, deve pagare il prezzo di mercato. Se l'autoconsumo non è più un oggetto fiscale, ma solo una correzione dell'imposta precedente, nel primo caso il valore aggiunto proprio rimane non tassato, mentre nel secondo caso è soggetto a imposta. Pertanto, la legge vigente non è neutrale dal punto di vista giuridico, motivo per cui, indipendentemente dal riferimento al 52

consumo proprio come oggetto d'imposta nell'articolo 130 Cost., si pongono questioni di costituzionalità dell'attuale consumo proprio alla luce del **principio di uguaglianza** e dei principi dell'**articolo 127 cpv. 2 Cost.**.

### v. Imposta sull'acquisto

53 La disposizione costituzionale non menziona l'**imposta sull'acquisto**. Poiché l'imposta sull'acquisto, come l'imposta interna, si basa sul rapporto di prestazione come oggetto d'imposta, essa non costituisce **un oggetto d'imposta a sé stante**. Si differenzia dall'imposta interna soprattutto per il fatto che, nel caso dell'imposta sull'acquisto, l'imposta sul valore aggiunto non deve essere versata dal prestatore di servizi, ma dal destinatario dei servizi. Nella legislazione tedesca sull'imposta sul fatturato si parla quindi in modo illustrativo di cambiamento o trasferimento della responsabilità fiscale. La legislazione svizzera ha invece optato per il termine «imposta sull'acquisto», poiché nella revisione totale della LIVA del 2009 l'imposta sull'acquisto si applicava esclusivamente all'**acquisto di servizi dall'estero**. Solo con la revisione parziale della LIVA, entrata in vigore all'inizio del 2025, l'imposta sull'acquisto viene applicata per la prima volta anche al trasferimento di **diritti di emissione** e simili sul territorio nazionale al fine di combattere gli abusi.

## d. Base di calcolo

54 Come per la remuneratività, la Costituzione non si pronuncia sulla base di calcolo. Come la remuneratività, anche la base di calcolo può essere dedotta solo dal concetto di imposta sul valore aggiunto (cfr. N. 44). Le questioni relative alla **base di calcolo (minima)** si pongono soprattutto quando le prestazioni sono fornite al di sotto del loro valore. Sebbene l'imposta sul valore aggiunto sia definita un'imposta generale sui consumi, l'obiettivo dell'imposizione non è il consumo stesso, ma l'utilizzo dei mezzi per il consumo. Pertanto, l'imposta sul valore aggiunto non è calcolata sul valore oggettivo di una prestazione, ma in linea di principio sul corrispettivo effettivamente ricevuto per la prestazione. Si dovrebbe derogare alla base imponibile costituita dal corrispettivo effettivamente percepito solo nei casi in cui il suo importo sia stato influenzato da motivi diversi da quelli imprenditoriali. Pertanto, le prestazioni a **persone strettamente legate** sono calcolate in linea di principio in base al valore che sarebbe stato concordato anche tra terzi indipendenti (art. 24 cpv. 2 LIVA). Come nel caso

dell'autoconsumo in un rapporto unilaterale, in cui la deduzione dell'imposta precedente deve essere annullata, in un rapporto multilaterale si garantisce così che non si verifichi un consumo finale sottotassato (cfr. N. 52).

### e. Liquidazione

55 L'art. 130 Cost. non si pronuncia sulla procedura da seguire per la riscossione dell'imposta sul valore aggiunto. A mio avviso, dal concetto di imposta sul valore aggiunto non è possibile trarre conclusioni su una determinata procedura di tassazione. Poiché l'amministrazione non partecipa alla tassazione dell'imposta sul valore aggiunto, quest'ultima, a differenza della tassazione mista delle imposte dirette, in cui l'amministrazione fissa in modo definitivo il credito d'imposta, è denominata **imposta di autotassazione**. Da ciò non si dovrebbe tuttavia dedurre che, al posto dell'amministrazione, sia il contribuente a **determinare in via definitiva** il credito d'imposta. È vero che è il contribuente a determinare il credito d'imposta, ma finché non è scaduto il **termine di prescrizione quinquennale**, il credito d'imposta può essere adeguato sia dall'AFC nell'ambito di un controllo sia dal contribuente. Solo dopo la scadenza del termine di prescrizione della determinazione il credito d'imposta diventa definitivo. In caso di **controllo** da parte dell'AFC, si passa alla **procedura di tassazione mista**, poiché l'AFC determina il credito d'imposta nella sua comunicazione di stima e questo diventa esecutivo e quindi definitivo con il pagamento senza riserve o il riconoscimento scritto da parte del contribuente. Con queste misure, nell'ambito della revisione totale della legge sull'IVA, si intende aumentare la certezza del diritto per i contribuenti. Ciò include anche la separazione tra **procedura di accertamento fiscale e procedura di riscossione**, motivo per cui si parla anche di **autovalutazione modificata**. In questo modo si è anche dato seguito alle richieste isolate di passare a una **tassazione mista** dell'imposta sul valore aggiunto, che secondo il parere qui espresso sarebbe **costituzionalmente ammissibile**, poiché la Costituzione non contiene alcun riferimento alla procedura di tassazione.

## 4. Imposta sull'importazione

56 Dal punto di vista concettuale, l'imposta sull'importazione è la **controparte dell'esenzione fiscale sull'esportazione** di beni. Essa dovrebbe garantire che la spesa patrimoniale per il consumo interno sia soggetta all'imposta sul valore aggiunto secondo il **principio del paese di destinazione**,

indipendentemente dal fatto che i beni siano di provenienza nazionale o estera. Ciò dovrebbe garantire che le imprese nazionali non subiscano **svantaggi competitivi legati all'IVA** rispetto alle imprese estere (cfr. N. 5).

57 Ai sensi dell'articolo 130 cpv. 1 Cost., l'importazione di beni è **oggetto fiscale** dell'imposta sul valore aggiunto. Ai sensi della legge, è considerata importazione qualsiasi movimento di merci attraverso la frontiera doganale (cfr. art. 52 cpv. 1 lett. a LIVA in combinato disposto con l'art. 7 della legge sulle dogane, LD, RS 631.0). È irrilevante che tale movimento di merci sia basato su un negozio giuridico, come nel caso di un **rapporto di prestazione**, o semplicemente su un atto reale, come nel caso dell'**introduzione** di beni nel territorio nazionale. Considerando che l'imposta sull'importazione è concettualmente la controparte dell'esenzione fiscale all'esportazione, al fine di garantire la tassazione nel Paese di destinazione, si pone la questione se anche il trasporto di beni propri nel territorio nazionale debba essere soggetto in ogni caso all'imposta sull'importazione. Ciò è indubbiamente corretto quando **i beni appena acquistati** vengono ritirati all'estero invece di essere spediti. Anche il turismo degli acquisti rientra in questa categoria. Tali beni di nuova acquisizione possono essere esentati dall'IVA all'estero, fatte salve le norme de minimis, motivo per cui, in base al principio del paese di destinazione, all'importazione deve essere applicata l'IVA svizzera. Tuttavia, è discutibile se l'applicazione dell'imposta sull'importazione sia concettualmente corretta quando vengono importati beni che sono stati soggetti all'IVA estera, ma che non possono più essere esentati dall'imposta, ad esempio a causa della **lunga durata di possesso**. Ciò comporta una doppia imposizione, che è in contrasto con il principio del paese di destinazione. È lecito chiedersi se in questo caso l'applicazione dell'imposta sull'importazione sia coperta dall'articolo 130 della Cost. federale. Il motivo dell'applicazione dell'imposta sull'importazione a tutte le importazioni è probabilmente da ricercarsi nel fatto che, per ragioni di praticità, l'imposta sull'importazione è stata strettamente allineata al diritto doganale. Dal punto di vista concettuale, ciò potrebbe essere risolto solo con un'esenzione fiscale fittizia nel Paese di origine, che riprodurrebbe la deduzione fittizia dell'imposta precedente. Viceversa, se l'imposta sull'importazione è dovuta nel Paese di destinazione, dovrebbe essere concessa anche un'esenzione fiscale fittizia in Svizzera.

L'articolo 130 capoverso 1 Cost. non fornisce alcuna indicazione su chi sia soggetto all'imposta sull'importazione e quindi **soggetto fiscale**. Per motivi pratici, la legge fa riferimento al **debitore doganale** (art. 51 cpv. 1 LIVA). Ciò significa che praticamente qualsiasi persona coinvolta nell'introduzione delle merci nel territorio doganale può essere considerata soggetta all'imposta. Dal punto di vista dell'imposta sul valore aggiunto, anche in questo caso il soggetto passivo è definito in senso lato ed è strettamente legato al diritto doganale e alla sua attenzione alla recuperabilità dei crediti (cfr. N. 57). 58

L'art. 130 Cost. non fornisce alcuna indicazione sulla **procedura dell'imposta sull'importazione**. Poiché l'oggetto dell'imposta è l'importazione di beni, la riscossione dell'imposta da parte dell'Ufficio federale delle dogane e della sicurezza delle frontiere (UFDSF) è inevitabile. A differenza dell'imposta interna, l'imposta sull'importazione viene definitivamente determinata dall'UFDSF con una **procedura di tassazione mista** e non viene fissata con una procedura di autotassazione e liquidata con l'AFC (cfr. N. 55). Fa eccezione la **procedura di trasferimento**, in cui l'imposta sull'importazione non viene prima pagata all'UFAG e poi richiesta all'AFC come imposta precedente, ma può essere dichiarata nel conteggio fiscale con l'AFC e contemporaneamente fatta valere come imposta precedente. Le richieste secondo cui questa procedura, originariamente prevista solo per l'importazione *e l'*esportazione di beni di alto valore come gioielli per mostre e aste, dovrebbe essere applicata a tutte le importazioni di persone soggette all'imposta, non tengono conto del fatto che ciò comporterebbe **svantaggi competitivi per le imprese nazionali** in termini di IVA. L'imposta sul valore aggiunto dovrebbe essere pagata solo al momento dell'acquisto presso imprese nazionali e successivamente recuperata come imposta precedente. In caso di acquisto presso imprese estere tramite importazioni, invece, l'imposta sul valore aggiunto potrebbe essere nuovamente dedotta come imposta precedente nella stessa dichiarazione in cui è stata dichiarata. Ciò comporterebbe, se non un vantaggio fiscale, almeno un **vantaggio di liquidità** sulle importazioni, da non sottovalutare soprattutto in caso di aumento dei tassi d'interesse. 59

## 5. Aliquote fiscali

Nell'articolo 130 cpv. 1 Cost. la Costituzione stabilisce unicamente che la Confederazione può riscuotere un'imposta sul valore aggiunto con un'aliquota 60

normale massima del 6,5 per cento (cfr. N. 61) e un'aliquota ridotta minima del 2,0 per cento (cfr. N. 62). A parte i servizi di alloggio (cfr. N. 73 segg.), la Costituzione non fornisce alcuna indicazione su quali prestazioni debbano essere soggette all'aliquota normale e quali all'aliquota ridotta.

### a. Aliquota normale

61 L'aliquota normale dell'8,1 per cento in vigore dall'inizio del 2024 risulta dalla combinazione delle disposizioni dell'articolo 130 capoversi 1, 3, 3bis e 3ter Cost. e della disposizione transitoria dell'articolo 196 cifra 14 capoverso 4 Cost. (cfr. N. 78 segg.). Ciò relativizza la formulazione chiara dell'articolo 130 cpv. 1 Cost., secondo cui l'aliquota normale è **al massimo** del 6,5 per cento. Affinché le aliquote IVA vigenti possano essere ricavate dalla Costituzione federale senza dover fare calcoli, esse sono indicate nella pubblicazione ufficiale nelle note a piè di pagina dei capoversi 2 e 3.

### b. Aliquota ridotta

62 Come l'aliquota normale, anche l'aliquota ridotta del 2,6 per cento risulta da una combinazione delle disposizioni dei commi 1, 3 e 3bis e della disposizione transitoria dell'art. 196 n. 14 cpv. 4 Cost. (cfr. N. 78 segg.). A differenza dell'aliquota normale, l'art. 130 cpv. 1 Cost. prevede per l'aliquota ridotta un **tasso minimo** del 2 per cento, motivo per cui l'aumento dell'aliquota ridotta, a differenza dell'aumento dell'aliquota normale, è perfettamente compatibile con il testo della Costituzione. Non sarebbe invece più compatibile con il testo della Costituzione allineare l'aliquota ridotta all'aliquota normale e quindi fondere di fatto le due aliquote senza modificare la Costituzione, poiché quest'ultima menziona espressamente un'aliquota ridotta. Per motivi costituzionali, il legislatore deve quindi prevedere un'aliquota ridotta. Un'aliquota IVA unica richiederebbe quindi necessariamente una modifica costituzionale soggetta a referendum obbligatorio, come previsto dal Consiglio federale nel progetto di aliquota unica del 2008.

63 L'articolo 130 della Cost. prevede espressamente un'aliquota ridotta, ma non specifica a quali prestazioni essa debba essere applicata. Indizi in tal senso si ricavano dalla genesi dell'aliquota ridotta. Già con l'introduzione dell'imposta sul traffico dei beni nel 1941, alcuni prodotti alimentari furono esentati dall'imposta per alleggerire il carico fiscale delle famiglie in condizioni economiche modeste. In più fasi, l'esenzione fiscale fu estesa a tutti i prodotti

alimentari e alle bevande analcoliche. Per questo motivo si parla spesso di **beni di prima necessità** o beni essenziali, che sono tassati con un'aliquota ridotta, ma a un esame più attento si tratta di un caso molto limitato. Ad esempio, i prodotti per l'igiene, l'abbigliamento, l'energia e la mobilità sono senza dubbio beni di prima necessità, ma sono tassati con l'aliquota normale. Piuttosto, nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto svizzera si possono distinguere **quattro gruppi** di prestazioni soggette a imposta ridotta: **prodotti alimentari** e prestazioni legate alla produzione primaria, **medicinali**, **media** e prestazioni soggette a imposta volontaria nei settori **dello sport e della cultura**. Con l'imposizione ridotta di queste prestazioni si perseguono diversi obiettivi non fiscali.

64 Gli **obiettivi di politica sociale** sono perseguiti principalmente con la tassazione ridotta dei **prodotti alimentari**. Poiché la quota dei prodotti alimentari tassati con aliquota ridotta rispetto alla spesa totale delle famiglie è scesa dal 1941 dal 35% circa a meno del 10% attuale, le aliquote ridotte sui prodotti alimentari alleggeriscono sempre meno anche le famiglie in condizioni economiche modeste. Anche l'agricoltura e altri produttori primari beneficiano della riduzione fiscale, sia attraverso una tassa occulta più bassa in caso di esenzione fiscale, sia attraverso un'imposta più bassa sul fatturato in caso di assoggettamento fiscale. Nel fissare l'aliquota ridotta, è stato determinante anche l'importo della tassa occulta nell'agricoltura, motivo per cui l'aliquota ridotta corrisponde alla deduzione forfettaria dell'imposta precedente per i prodotti agricoli (art. 28 cpv. 2 LIVA) e non viceversa. Anche nel caso della tassazione ridotta dei **medicinali**, le questioni di politica sociale sono in primo piano. Occorrerebbe tuttavia verificare se, in un mercato così fortemente regolamentato, l'aliquota ridotta venga trasferita ai consumatori finali o se invece determini un margine più elevato per la produzione e il commercio di medicamenti, vanificando così l'obiettivo di alleggerire il carico fiscale dei consumatori.

65 La tassazione ridotta dei **mezzi di comunicazione** era originariamente finalizzata alla **promozione dei media**. Al fine di garantire la parità di trattamento ai fini dell'IVA tra i media audiovisivi dell'epoca, prevalentemente di diritto pubblico, e la stampa privata, il Consiglio degli Stati ha chiesto, al momento dell'introduzione dell'IVA, di applicare un'aliquota ridotta anche ai servizi non commerciali delle emittenti radiofoniche e televisive, invece di esentarli dall'IVA. In questo modo, il legislatore ha creato un oggetto fiscale

per legge e ha quindi applicato l'imposta sul valore aggiunto in particolare ai «canoni Billag». Non era rilevante se esistesse un oggetto fiscale nel senso di un rapporto di prestazione tra le società di radiodiffusione televisiva e radiofonica concessionarie e le persone che pagano il canone radiotelevisivo. Era volontà politica che il canone radiotelevisivo fosse tassato con un'aliquota ridotta per motivi di parità di trattamento. Tuttavia, è discutibile se questo oggetto d'imposta creato dalla legge sia coperto dall'articolo 130 della Cost. federale, poiché il concetto di imposta sul valore aggiunto presuppone sempre un rapporto di prestazione come oggetto d'imposta. D'altra parte, alla luce della genesi della tassazione ridotta del canone radiotelevisivo, nella sua sentenza del 13 aprile 2015 il Tribunale federale non avrebbe dovuto esaminare se esistesse un rapporto di prestazione tra i contribuenti, la Confederazione e le emittenti radiotelevisive, poiché in questo caso particolare la tassabilità era voluta politicamente indipendentemente dall'esistenza di un oggetto d'imposta sotto forma di rapporto di prestazione. Esaminando la questione e negando l'esistenza di un rapporto di prestazione, il Tribunale federale ha indirettamente ignorato il principio di applicazione delle leggi federali ai sensi dell'articolo 190 Cost.

66 Infine, la tassazione ridotta delle prestazioni dichiarate volontariamente nei settori **dello sport e della cultura** promuove queste attività: quando l'imposta sulle prestazioni preliminari all'aliquota normale è superiore all'imposta all'aliquota ridotta sul fatturato, i contribuenti ricevono un rimborso dall'amministrazione fiscale. Oltre ad evitare una tassa occulta sulle prestazioni tra persone soggette all'imposta, questo è un motivo importante per cui qualcuno decide di diventare volontariamente soggetto all'imposta.

## 6. Esenzioni fiscali

67 Sebbene l'art. 130 Cost. si esprima sul numero e sull'ammontare delle aliquote fiscali, non fornisce alcuna indicazione sulle esenzioni fiscali. Solo dal concetto di imposta sul valore aggiunto, che a differenza delle imposte speciali sui consumi di cui all'art. 131 Cost. è un'imposta generale sui consumi, si può dedurre che la base di calcolo dovrebbe essere il più ampia possibile. Si pone quindi la questione se con le esenzioni fiscali si perseguano **obiettivi non fiscali** che godono essi stessi di rango costituzionale. Ciò giustificherebbe una deroga al principio costituzionale della parità di

trattamento in generale e al principio dell'imposizione generale e uniforme ai sensi dell'articolo 127 capoverso 2 Cost. in particolare (cfr. N. 68).

## 7. Perseguimento di obiettivi extrafiscali

68 Le aliquote fiscali ridotte e le esenzioni fiscali, le cosiddette agevolazioni fiscali, sono adatte solo in misura limitata al perseguimento di obiettivi extrafiscali, come ad esempio questioni di politica sociale, culturale o mediatica. È vero che le agevolazioni fiscali alleggeriscono il carico fiscale delle famiglie in condizioni economiche modeste. Ma non solo: le famiglie in buone condizioni economiche beneficiano di uno sgravio ancora maggiore in termini assoluti, poiché consumano molto di più. Ciò comporta una rinuncia al gettito fiscale, che manca per poter sostenere in modo mirato, ad esempio attraverso trasferimenti, le famiglie in condizioni economiche modeste. Ciò dimostra che le agevolazioni fiscali consentono di raggiungere, almeno in parte, gli obiettivi extrafiscali perseguiti, ma in modo inefficiente, poiché **le agevolazioni fiscali** sono **poco mirate**. Per questo motivo, le **aliquote fiscali ridotte** menzionate nella Costituzione e le **esenzioni fiscali** non menzionate nella Costituzione dovrebbero essere utilizzate con **moderazione** a livello legislativo.

69 Sebbene gli sgravi fiscali siano inefficienti, essi attenuano comunque gli oneri supplementari legati agli aumenti delle aliquote fiscali. In particolare, le esenzioni fiscali per le prestazioni assicurative e gli affitti delle abitazioni, una delle voci di bilancio più consistenti per le famiglie in condizioni economiche modeste, fanno sì che tali famiglie siano meno colpite dagli **aumenti delle aliquote fiscali** rispetto alle famiglie in cui queste spese rappresentano una parte minore del bilancio. Gli aumenti delle aliquote dell'imposta sul valore aggiunto hanno quindi un impatto **distributivo** migliore di quanto si tenda a sostenere.

## 8. Attività sovrane

70 L'articolo 130 della Cost. non si pronuncia sul trattamento IVA delle attività sovrane, poiché l'imposta sul valore aggiunto non si applica alle attività sovrane o, più in generale, alle prestazioni statali, a meno che un ente pubblico non eserciti, in via eccezionale, un'attività economica o imprenditoriale. A favore di questa tesi depone il fatto che si tratta dell'adempimento di compiti statali e non di un consumo volontario e che le

prestazioni dei settori pubblici **non sono commerciabili** e quindi non dovrebbero essere in diretta concorrenza con le prestazioni fornite dall'economia privata, motivo per cui non dovrebbero verificarsi distorsioni della concorrenza. Poiché i servizi pubblici non sono generalmente soggetti al pagamento di un corrispettivo né da parte delle persone che ne usufruiscono né da parte di terzi, anche in assenza di un oggetto fiscale sotto forma di rapporto di prestazione, l'imposta sul valore aggiunto non si applica ai servizi pubblici. Sempre in conseguenza del fatto che i servizi pubblici **non rientrano nel campo di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto**, essi sono soggetti alla tassa occulta, poiché l'imposta sul valore aggiunto sui servizi utilizzati per la fornitura di servizi pubblici non può essere dedotta come imposta precedente.

71 Si pone tuttavia la questione del rapporto tra la non tassazione delle prestazioni statali e il principio costituzionale della **parità di trattamento** in generale e il principio della **tassazione generale e uniforme** ai sensi dell'articolo 127 capoverso 2 Cost. in particolare. Quali prestazioni debbano essere offerte dallo Stato è soprattutto una questione politica. Tuttavia, non appena lo Stato offre prestazioni finanziate con le imposte, queste prestazioni esulano in linea di principio dall'ambito di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto per mancanza di remuneratività e quindi di oggetto imponibile e possono quindi essere offerte a prezzi più convenienti rispetto a quanto accadrebbe se fossero soggette a remunerazione imponibile. In Svizzera, ad esempio, l'imposta sul valore aggiunto è dovuta anche sui biglietti dei trasporti pubblici locali. Non appena questi vengono offerti gratuitamente agli utenti, come avviene in parte nella città di Ginevra, l'imposta sul valore aggiunto non è più applicabile. In questo modo, l'imposta sul valore aggiunto crea un incentivo finanziario a offrire prestazioni finanziate con le entrate fiscali anche quando queste potrebbero essere finanziate in tutto o in parte secondo il principio di causalità. L'imposta sul valore aggiunto influenza quindi la decisione se i servizi debbano essere finanziati con fondi fiscali generali o dalle persone che ne usufruiscono, il che riguarda il principio costituzionale della parità di trattamento e il principio dell'imposizione generale e uniforme ai sensi dell'articolo 127 cpv. 2 Cost.

72 Nel settore delle **esenzioni fiscali** questo effetto non si verifica, poiché sia le prestazioni finanziate con le imposte sia quelle finanziate con compensi non imponibili sono soggette solo alla tassa occulta. In questo contesto, sono in

particolare le esenzioni fiscali nei settori **della sanità** e dell'**istruzione** a determinare una **parità di trattamento ai fini dell'imposta sul valore aggiunto**, indipendentemente dal loro finanziamento. Se invece gli enti pubblici potessero eliminare la tassa occulta mediante una deduzione dell'imposta precedente o l'acquisto di prestazioni esenti da imposta, come talvolta richiesto affinché la Confederazione non gravi sui Cantoni e sui Comuni con l'imposta sul valore aggiunto, anche in questo caso si avrebbe un privilegio fiscale a favore del settore pubblico. Il prezzo della parità di trattamento ai fini dell'IVA tra la fornitura di prestazioni pubbliche e private nel settore delle esenzioni fiscali è l'onere della tassa occulta a carico dei Cantoni e dei Comuni da parte della Confederazione.

## B. Art. 130 cpv. 2 Cost.

Inizialmente, i **servizi di alloggio** erano considerati parte integrante dei 73
servizi di ristorazione. Poiché l'imposta sul fatturato delle merci non tassava i servizi e la ristorazione era considerata da un lato una fornitura esente da imposta di prodotti alimentari e bevande e dall'altro lato le bevande alcoliche erano tassate nella fase precedente, le imprese di ristorazione, tra cui rientravano anche tutte le **strutture ricettive**, **non erano soggette all'imposta**. Sebbene nel 1974 la **commissione di esperti** e nel 1977 il Consiglio federale, in occasione del primo progetto fallito per l'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto, volessero tassare il settore della ristorazione e dell'ospitalità al **tasso normale**, l'**Assemblea federale** ha previsto un **tasso speciale**, poiché si temevano svantaggi competitivi rispetto all'estero e il rischio di un fallimento politico del progetto. Nei progetti di legge del 1979 e del 1991, anch'essi falliti, il **Consiglio federale** aveva già previsto l'**aliquota speciale** nel messaggio. Nell'elaborazione del progetto di legge del 1993, l'Assemblea federale ha rinunciato a inserire un'aliquota speciale nella Costituzione, ma ha previsto nelle **disposizioni transitorie** la competenza di introdurre un'**aliquota speciale a livello di legge** (art. 8ter aBV) .

Ai sensi dell'art. 8ter aBV, la Confederazione poteva fissare per via **legislativa** 74
un'aliquota dell'imposta sul fatturato più bassa per determinate **prestazioni turistiche** fornite sul territorio nazionale, a condizione che tali prestazioni fossero consumate in misura significativa da persone provenienti dall'estero e che la competitività lo richiedesse. Nel suo messaggio del 16 agosto 1995, il Consiglio federale ha ritenuto che tali condizioni fossero soddisfatte. Da un

lato, dall'inizio degli anni '80 il numero dei pernottamenti era rimasto stagnante, raggiungendo nel 1995 un record negativo, il che era stato interpretato come un segno di scarsa competitività. Dall'altro lato, a differenza ad esempio dei servizi di ristorazione e di trasporto, i servizi di alloggio erano richiesti prevalentemente da ospiti stranieri. «Pertanto, un'aliquota ridotta per i servizi di alloggio, richiesti statisticamente per più della metà da stranieri, è sicuramente conforme alla Costituzione». L'**aliquota speciale per i servizi di alloggio** è stata introdotta per la prima volta il 1° ottobre 1996 con una durata limitata a cinque anni e successivamente prorogata sei volte, l'ultima delle quali per dieci anni fino alla fine del 2027. Nella sessione speciale del 2025, il Parlamento ha trasmesso al Consiglio federale una mozione che chiede il mantenimento dell'aliquota speciale oltre il 2027.

75 Per quanto riguarda la **fissazione dell'aliquota speciale** al 3 per cento, il Consiglio federale si limita a precisare nel suo messaggio che in tal modo si tiene conto del fatto che una parte significativa dei pernottamenti è attribuibile a ospiti stranieri. Poiché secondo il Consiglio federale la disposizione costituzionale non intende privilegiare l'economia turistica, ma riconoscerne il carattere simile all'esportazione, è ipotizzabile che i servizi di alloggio richiesti dagli ospiti stranieri siano esenti da imposta e che solo quelli richiesti dagli ospiti nazionali siano tassati. Tuttavia, al fine di ridurre gli oneri amministrativi per il settore, il Consiglio federale ha deliberatamente rinunciato a operare una distinzione tra ospiti nazionali e stranieri. Come ha ulteriormente precisato, circa due terzi dei pernottamenti sono stati richiesti da ospiti stranieri. Se tali prestazioni fossero state esentate senza distinguere tra ospiti nazionali e stranieri, ne sarebbe risultata un'aliquota speciale inferiore di due terzi rispetto all'aliquota normale allora in vigore del 6,5 %, ovvero circa il 2,2 %. Un'aliquota che avrebbe praticamente corrisposto all'aliquota ridotta dell'epoca del 2 %. È quindi discutibile se tali considerazioni siano state determinanti.

## 1. Servizi di alloggio

76 L'articolo 130 cpv. 2 Cost. parla di servizi di alloggio, senza tuttavia descriverli in modo più dettagliato. Poiché storicamente i servizi di alloggio erano considerati parte dei servizi di ristorazione (cfr. N. 73), la definizione legale del servizio di alloggio come concessione di **un alloggio**, compresa la fornitura della **colazione**, anche se questa viene fatturata separatamente (art.

25 cpv. 4 LIVA), non sembra porre problemi dal punto di vista costituzionale. Un po' più difficile da conciliare con il concetto di alloggio sembra essere il fatto che, secondo la legislazione svizzera in materia di imposta sul valore aggiunto, anche la locazione a lungo termine è considerata un servizio di alloggio. Secondo la prassi dell'AFC, si tratta di **locazione esente** dall'imposta solo se viene stabilito un soggiorno settimanale o un domicilio, una sede o un luogo di attività. Come per la distinzione tra forniture e prestazioni di servizi (cfr. N. 42), anche in questo caso è prioritaria una distinzione più semplice e giuridicamente più sicura tra la prestazione di alloggio imponibile e la locazione esente da imposta, motivo per cui si è discostati dall'accezione comune del termine «prestazione di alloggio». Dal punto di vista della sistematica fiscale sarebbe invece preferibile operare la distinzione in base alla **quota di prestazione di servizi**, poiché è questa a costituire la differenza tra prestazione di alloggio e semplice locazione (prestazione di servizi). Ciò è in parte realizzato nella prassi dell'AFC, in quanto **gli alberghi** forniscono sempre prestazioni di alloggio, anche quando un ospite vi prende domicilio. Tuttavia, ciò dovrebbe valere in modo coerente anche per gli **appartamenti con servizi**.

## 2. Aliquota speciale

77 Ai sensi dell'articolo 130 cpv. 2 Cost., la legge può fissare un'aliquota compresa tra l'aliquota ridotta e l'aliquota normale per l'imposizione dei servizi di alloggio. Il termine «può» in questa disposizione ha un duplice significato: poiché l'art. 130 Cost. riguarda nel complesso una competenza federale derogatoria a posteriori (cfr. N. 20), da un lato anche l'al. 2, come l'al. 1, deve essere formulato come disposizione facoltativa. Dall'altro lato, l'art. 130 cpv. 2 Cost. lascia al legislatore la libertà di avvalersi o meno di questa competenza. Se il legislatore fa uso di questa competenza, come aliquota speciale per i servizi di alloggio può essere presa in considerazione solo un'aliquota compresa tra l'**aliquota ridotta** e l'**aliquota normale**, come avviene attualmente con l'aliquota speciale del 3,8 per cento. In base alla genesi della norma, il legislatore non potrebbe invece tassare i servizi di alloggio all'aliquota ridotta (cfr. N. 73 segg.). Se il legislatore non facesse uso di questa competenza costituzionale o lasciasse scadere l'attuale limitazione temporale alla fine del 2027, i servizi di alloggio sarebbero tassabili all'aliquota normale.

## C. Art. 130 cpv. 3 Cost.: destinazione specifica per il finanziamento dell'AVS

78 Già al momento dell'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto nel 1995, l'art. 41ter cpv. 3bis aCost prevedeva che, mediante un decreto federale sottoposto a referendum facoltativo, l'aliquota dell'imposta sul fatturato potesse essere aumentata di un punto percentuale al massimo per garantire il finanziamento della previdenza per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità, qualora questo non fosse più assicurato a causa dell'evoluzione della struttura demografica. All'inizio del 1999 il Parlamento ha fatto ricorso a questa possibilità e ha aumentato l'aliquota normale di un punto percentuale, quella ridotta di 0,3 punti percentuali e quella speciale di 0,5 punti percentuali. Fino alla fine del 2019 il Consiglio federale aveva inoltre la possibilità di utilizzare al massimo il 10 per cento del gettito complessivo dell'aumento per il finanziamento dell'assicurazione invalidità. Nell'ambito della legge federale sulla riforma fiscale e sul finanziamento dell'AVS (STAF), avviata dal Parlamento dopo il rifiuto della riforma dell'imposizione delle imprese III, questa norma di delega è stata soppressa. Da allora, l'**intero importo** derivante dall'aumento delle aliquote dell'imposta sul valore aggiunto va **all'AVS**. Un **ulteriore aumento** delle aliquote dell'IVA a favore dell'AVS e dell'AI è previsto **dall'inizio del 2024** dall'articolo 130 cpv. 3ter Cost. (cfr. N. 81), il cui gettito, ai sensi dell'articolo 130 cpv. 3quater Cost., sarà anch'esso interamente destinato al fondo di compensazione dell'AVS (cfr. N. 82).

79 A differenza del finanziamento dell'AVS tramite le percentuali salariali, nel finanziamento supplementare dell'AVS tramite l'imposta sul valore aggiunto contribuiscono al finanziamento anche le famiglie dei beneficiari di rendite. Ciò tiene conto del **cambiamento demografico**, secondo cui, a causa delle generazioni con un alto tasso di natalità e dell'aspettativa di vita più lunga, un numero minore di persone attive deve sostenere il costo di un importo crescente di rendite.

## D. Art. 130 cpv. 3bis Cost.: destinazione specifica per il finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria e disposizione transitoria art. 196 n. 14 cpv. 4 e 5 Cost.

80 All'inizio del 2001, il Consiglio federale ha ottenuto l'autorizzazione ad aumentare in modo lineare di 0,1 punti percentuali le aliquote dell'imposta sul

valore aggiunto per finanziare i grandi progetti ferroviari. Trattandosi di un aumento temporaneo, esso era contenuto nelle **disposizioni transitorie** della Cost. federale, ma non nell'art. 130 Cost., bensì nell'**art. 87 Cost.** relativo alle ferrovie e ad altri mezzi di trasporto. All'inizio del 2016, con il controprogetto diretto del Consiglio federale all'iniziativa popolare «Per i trasporti pubblici», approvata dal popolo e dai Cantoni il 28 novembre 2014, da un lato l'aumento temporaneo di 0,1 punti percentuali è stato **convertito in un aumento a tempo indeterminato**, motivo per cui la disposizione è stata spostata dalle disposizioni transitorie all'art. 130 cpv. 3bis Cost. D'altro canto, con l'art. 196 n. 14 cpv. 4 Cost., le aliquote dell'imposta sul valore aggiunto sono state nuovamente **aumentate** in modo lineare di ulteriori **0,1 punti percentuali** fino alla **fine del 2030**, al fine di finanziare l'ulteriore ampliamento dell'infrastruttura ferroviaria richiesto.

## E. Art. 130 cpv. 3 ter Cost.: destinazione vincolata al finanziamento supplementare dell'AVS

Nella votazione del 25 settembre 2022, il decreto federale del 17 dicembre 2021 sul finanziamento supplementare dell'AVS mediante un aumento dell'imposta sul valore aggiunto è stato approvato dal popolo e dai Cantoni. Ciò dovrebbe garantire il finanziamento delle rendite AVS a medio termine, con l'obiettivo di mantenere il livello delle prestazioni della previdenza per la vecchiaia e di assicurare l'equilibrio finanziario dell'AVS. L'articolo 130 cpv. 3ter subordina espressamente la competenza del Consiglio federale di aumentare l'imposta sul valore aggiunto al principio dell'**uniformazione dell'età di riferimento** delle donne e degli uomini nell'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti a livello legislativo. Con la contemporanea accettazione della modifica del 17 dicembre 2021 della legge federale sull'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti (**AVS 21**), contro la quale è stato lanciato un referendum dai circoli di sinistra, questa condizione è stata soddisfatta e all'inizio del 2024 l'aliquota normale è stata aumentata proporzionalmente di 0,4 punti percentuali all'**8,1 per cento**, l'aliquota ridotta di 0,1 punti percentuali al **2,6 per cento** e l'aliquota speciale per i servizi di alloggio anch'essa di 0,1 punti percentuali al **3,8 per cento**. 81

## F. Art. 130 cpv. 3ter Cost.: Assegnazione al fondo di compensazione AVS

82 Il cpv. 3quater, inserito contemporaneamente al cpv. 3ter, chiarisce che l'**intero gettito** derivante dall'aumento delle aliquote fiscali di cui al cpv. 3ter è assegnato al fondo di compensazione AVS. Questa disposizione va vista alla luce del fatto che fino al 2019 solo l'83 per cento del gettito derivante dall'aumento delle aliquote fiscali di cui al cpv. 3 era destinato direttamente al finanziamento dell'AVS, mentre il 17 per cento era versato alla Confederazione per finanziare l'aumento del contributo federale all'AVS dovuto all'evoluzione demografica (cfr. N. 78).

## G. Art. 130 cpv. 4 Cost.: destinazione vincolata per la riduzione dei premi nell'assicurazione malattia

83 Già al momento dell'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto nel 1995, la Costituzione stabiliva che il **cinque per cento** del gettito fiscale dell'IVA doveva essere utilizzato per misure volte ad alleggerire il carico fiscale delle classi di reddito più basse (art. 41ter cpv. 3 aCost.), e precisamente, durante i primi cinque anni successivi all'introduzione dell'IVA, per la riduzione dei premi nell'assicurazione malattia. Successivamente, l'Assemblea federale poteva decidere come utilizzare questa quota vincolata (art. 8 cpv. 4 DIC aBV). In questo modo si intendeva attenuare l'**onere più elevato dell'imposta sul valore aggiunto** (cfr. N. 68) rispetto al reddito delle famiglie in condizioni economiche modeste, al fine di ottenere anche il sostegno della Confederazione sindacale all'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto (cfr. N. 5).

84 Entrambe le disposizioni sono state riprese nel 1999, senza modifiche sostanziali, nella parte principale e nelle disposizioni transitorie della nuova Cost. federale (art. 130 cpv. 2 Cost., art. 196 n. 14 cpv. 3 Cost.). Poiché all'entrata in vigore della nuova Costituzione federale all'inizio del 2000 il termine di cinque anni era scaduto, nel dicembre 1999 la nuova Assemblea federale competente ha deciso di **prorogare** fino alla fine del 2003, mediante un'ordinanza, la destinazione vincolata dei fondi per la **riduzione dei premi delle casse malati**. Nel giugno 2004 è stata concessa un'ulteriore proroga con effetto retroattivo dall'inizio del 2004 e limitata fino all'entrata in vigore del nuovo regime finanziario, ma al massimo fino alla fine del 2006.

Con il messaggio sul nuovo regime finanziario del 9 dicembre 2002, il Consiglio federale intendeva prorogare queste disposizioni. L'Assemblea federale ha tuttavia respinto questa proposta e ha deciso di disciplinare la destinazione dei fondi per la riduzione dei premi dell'assicurazione malattia direttamente **nella parte principale della Costituzione**, a meno che la legge non stabilisca un altro utilizzo a favore delle fasce di reddito più basse. Anche la destinazione dei fondi a favore delle fasce di reddito più basse doveva essere stabilita dall'Assemblea federale **mediante una legge soggetta a referendum** e non più semplicemente mediante un'ordinanza, come era stato fatto fino ad allora. La destinazione dei fondi è stata finora mantenuta invariata per la riduzione dei premi dell'assicurazione malattia. 85

## H. Art. 196 n. 14 cpv. 1 Cost.

La competenza federale di riscuotere l'imposta sul valore aggiunto è limitata nel tempo fino al 2035, come quella di riscuotere l'imposta federale diretta (art. 128 Cost.). Le **limiti temporali** attualmente in vigore si spiegano principalmente con la loro genesi storica. Già l'imposta sul fatturato, precursore dell'imposta sul valore aggiunto, era stata introdotta a tempo determinato durante la seconda guerra mondiale e successivamente prorogata dal Consiglio federale fino al 1949 e poi dall'Assemblea federale fino alla fine del 1951. Nel dicembre 1950 una disposizione transitoria a tempo determinato fino alla fine del 1954 fu approvata a maggioranza dal popolo e dai Cantoni. Nel 1953 il popolo e i Cantoni avevano respinto un progetto di nuova revisione dell'ordinamento finanziario, che avrebbe dovuto disciplinare l'imposta sul traffico delle merci nella parte principale della Costituzione e sarebbe stata limitata a dodici anni. Nel 1954, invece, la maggioranza approvò la proroga dell'ordinamento vigente per altri quattro anni fino al 1958. Solo con il regime finanziario in vigore dal 1959 l'imposta sul fatturato delle merci fu inserita per la prima volta nella parte principale della Costituzione come art. 41ter (cfr. N. 2), ma solo per un periodo limitato a sei anni fino al 1964 e non a 12 anni, come aveva proposto il Consiglio federale. Seguirono altre tre proroghe fino alla fine del 1974, alla fine del 1982 e alla fine del 1994, dopodiché l'imposta sul fatturato delle merci fu sostituita all'inizio del 1995 dall'imposta sul valore aggiunto, che a sua volta fu limitata fino alla fine del 2006. La competenza di riscossione dell'imposta sul valore aggiunto fu poi prorogata fino alla fine del 2020 e nuovamente fino alla fine del 2035. In entrambi i casi è stata discussa la **rinuncia alla limitazione temporale**, ma 86

alla fine è stata respinta. Negli anni 1977, 1979 e 1991, insieme all'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto, anche la rinuncia alla limitazione temporale è stata respinta dal popolo e dai Cantoni.

87 Sebbene nel rapporto esplicativo al progetto di consultazione per il regime finanziario 2021 il DFF abbia illustrato in modo esauriente perché la **limitazione temporale** delle due principali fonti di entrate della Confederazione **non fosse opportuna**, la consultazione ha dimostrato che una rinuncia sarebbe stata respinta già in Parlamento, motivo per cui il Consiglio federale ha infine deciso di non rinunciare alla limitazione temporale. Gli **argomenti a favore della limitazione temporale** erano molto generici: ad esempio, è stato affermato che chiedere di tanto in tanto al popolo sovrano se le imposte possono ancora essere riscosse è un segno di rispetto nei suoi confronti, oppure che si tratta di un'occasione per riflettere in modo approfondito sul sistema fiscale. Il significato della limitazione temporale è stato espresso in modo molto chiaro dal consigliere federale Ueli Maurer, secondo il quale la rinuncia sarebbe «una rottura con la nostra tradizione e forse anche un po' una rottura con la nostra concezione del rapporto tra Stato e cittadini». Tutto ciò porta alla conclusione che la limitazione temporale della competenza di imposizione fiscale è innanzitutto un **rituale** che affonda le sue radici in una lunga **tradizione**. Da un punto di vista politico, inoltre, non si vuole esporsi all'accusa di voler smantellare i diritti popolari. **Oggettivamente**, tuttavia, la limitazione temporale è **difficilmente giustificabile**, come ha spiegato il Consiglio federale nella relazione esplicativa al progetto di consultazione sul regime finanziario 2021.

*L'autore*

*Claude Grosjean ha studiato giurisprudenza all'Università di Berna. Nel 2003 ha conseguito la licenza e nel 2005 ha ottenuto l'abilitazione come avvocato bernese. All'inizio degli anni 2000 ha proseguito la sua formazione conseguendo un Executive Master of Public Administration (MPA) presso l'Università di Berna. Dal 2007 Claude Grosjean lavora nel settore della legislazione fiscale presso l'Amministrazione federale delle contribuzioni AFC a Berna. Dal 2011 ha diretto l'unità legislativa IVA e dal 2015 è vicecapo della divisione Legislazione fiscale, responsabile dei lavori legislativi relativi a tutti gli atti normativi federali in materia fiscale di competenza dell'AFC. Dal 201 è membro del Working Party No. 9 on Consumption Taxes dell'OCSE. Claude Grosjean è membro del Parlamento cantonale bernese per il Partito Verde*

*Liberale (GLP). Tra il 2005 e il 2011 è stato docente di diritto presso la Scuola universitaria professionale di Berna, Facoltà di economia e amministrazione.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Birkenfeld Wolfram, Das grosse Umsatzsteuer-Handbuch, Köln 1992.

Dobratz Lars, Mehrwertsteuer, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., Köln 2020, S. 767 ff.

De la Feria Rita, EU VAT Principles as Interpretative Aids to EU VAT Rules: The Inherent Paradox, in: Lang et al., CJEU – Recent Developments in Value Added Tax 2015, Wien 2016, S. 3 ff.

Hongler Peter, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Vielsteuersystem, in: Institute of Public Finance, Fiscal Law and Law & Economics (IFF-HSG), IFF-HSG Working Papers, Working Paper vom 9. März 2021.

Kempny Simon, Gedanken zum «Leistungsfähigkeitsprinzip», Rekonstruktion eines Schlüsselbegriffs als Beitrag zur Rationalisierung des Diskurses über Steuergerechtigkeit, StuW 2021, S. 85 ff.

Mollard Pascal/Oberson Xavier/Tissot Benedetto Anne, Traité TVA, Basel 2009.

mwst.com, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Kompetenzzentrum MWST der Treuhand-Kammer (Hrsg.), Clavadetscher Diego/Glauser Pierre Marie/Schafroth Gerhard (Red.), Basel 2000.

Oberson Xavier, Droit fiscal suisse, 4. Aufl., Basel 2012.

Oberson Xavier, Les principes directeurs et constitutionnels régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RDAF 1997, S. 33 ff.

Rivier Jean-Marc/Rochat Pauchard Annie, Droit fiscal suisse, La taxe sur la valeur ajoutée, Lausanne 2000.

Robinson Philip, Mehrwertsteuerrecht, in: Reich Markus, Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020, S. 665 ff.

Rochat Pascal, Les «exonérations» dans le système de la TVA suisse, Lausanne 2002.

Ruppe Hans Georg/Achatz Markus, Umsatzsteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., Wien 2011.

Vogel Manuel, Grenzüberschreitender Dienstleistungs- und Warenverkehr im Lichte der Mehrwertsteuer, Bern 2003.

## BIBLIOGRAFIA

Baumgartner Ivo/Clavadetscher Diego/Kocher Martin, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, Langenthal 2010 (zit. Baumgarter/Clavadetscher/Kocher).

Behnisch urs, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK BV-Behnisch, (1. Aufl.)).

Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung, Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini).

Blumenstein Ernst/Locher Peter, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Auflage, Zürich 2016 (zit. Blumenstein/Locher).

Camenzind Alois/Honauer Niklaus/Vallender Klaus A., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), 3. Aufl., Bern 2012 (zit. Camenzind/Honauer/Vallender).

Cnossen Sijbren, Global Trends and Issues in Value Added Taxation. Int Tax Public
Finance, 5, S. 399–428, Boston 1998, (zit. Cnossen 1998) abrufbar unter https://doi.org/10.1023/A:1008694529567, besucht am 29.3.2025.

Geiger Felix, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, MWSTG, Zürich 2012 (zit. OFK MWSTG-Geiger).

Glauser Pierre-Marie, in: Martenet Vincent, Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (Zit. CR Cst.-Glauser).

Glauser Pierre-Marie, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Glauser).

Glauser Pierre-Marie, Les principes régissant la TVA: de l'utopie à la réalité, ASA 84 (2015), 97 ff. (zit. Principes TVA);

Imstepf Ralf/Beusch Michael, in: Ehrenzeller Bernhard, Egli Patricia, Hettich Peter, Hongler Peter, Schindler Benjamin, Schmid Stefan G.; Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, (zit. SGK BV-Imstepf/Beusch).

Imstepf Ralf, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Mehrwertsteuerrecht, Diss., Bern 2011 (zit. Imstepf 2011).

Imstepf Ralf, Die (Quasi-)Abschaffung des Vorsteuerabzugs, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR), St. Gallen 2022, Volume 2 (zit. Imstepf 2022).

Kocher Martin, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK BV-Kocher).

Kocher Martin, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Kocher).

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017 (zit. Lienhard/Mächler/Zielniewicz).

Metzger Dieter, Handbuch der Warenumsatzsteuer, Muri bei Bern 1983 (zit. Metzger WUST).

Metzger Dieter, Kurzkommentar zum MWSTG, Muri bei Bern 2000 (zit. Metzger MWSTG).

Nieskens Hans, in Rau Günter/Dürrwächter Erich, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, Köln 1997; Loseblatt-Ausgabe, wird nachgeführt (zit. UStG Rau/Dürrwächter-Nieskens).

OECD, Internationale Leitlinien für die Mehrwertbesteuerung, Paris 2017 (zit. OECD Mehrwertbesteuerung).

OECD/Korea Institute of Public Finance, The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries, OECD Tax Policy Studies, No. 22, OECD Publishing, Paris 2014 (zit. OECD 2014), abrufbar unter https://doi.org/10.1787/9789264224520-en, besucht am 15.4.2025.

Raas Susanne, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. Komm. MWSTG-Raas).

Riedo Daniel, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchssteuer und den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, Bern 1999 (zit. Riedo).

Schluckebier Regine, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, MWSTG, Zürich 2012 (zit. OFK MWSTG-Schluckebier).

Schluckebier Regine, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Schluckebier).

Swistak Artur/de la Feria Rita, Designing a Progressive VAT, IMF Working Papers, Washington D.C 2024 (zit. Swistak/Feria 2024), abrufbar unter https://doi.org/10.5089/9798400271830.001, besucht am 15.4.2025.

Thomas Alastair, Reassessing the Regressivity of the VAT, OECD Taxation Working Papers, No. 49, OECD Publishing, Paris 2020 (zit. Thomas 2020), abrufbar unter https://doi.org/10.1787/b76ced82-en, besucht am 15.04.2025.

Vallender Klaus A., Die Genfer Armensteuer (taxe dite "droit des pauvres") ist keine "gleichgeartete Steuer" im Sinne von Art. 41ter Abs. 2 BV – Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 16. Juli 1996, StR 1997 S. 1 (zit. Vallender, Armensteuer).

Vallender Klaus A./Luzius Cavelti, in: Ehrenzeller Bernhard, Egli Patricia, Hettich Peter, Hongler Peter, Schindler Benjamin, Schmid Stefan G.; Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023, (zit. SGK BV-Vallender/Cavelti).

Wellauer Wilhelm, Die eidgenössische Warenumsatzsteuer, Basel 1959 (zit. Wellauer).

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin des Nationalrats (zit. AB N).

Amtliches Bulletin des Ständerats (zit. AB S).

Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle «Tiefere Mehrwertsteuersätze als Steuervergünstigung, Evaluation des reduzierten Satzes für Lebensmittel und verwandte Bereiche» vom Oktober 2007, EFK-5305 (zit. EFK 2007), abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/wirtschaft_und_verwaltung/oeffentliche_finanzen_und_steuern/5305/5305_bericht_in_deutsch.pdf

Bericht der Fachkommission Mehrwertsteuer «Vorschläge zur Gestaltung einer schweizerischen Umsatzsteuer nach dem Mehrwertsystem (Mehrwertsteuer)» vom 15.8.1974 (zit. Bericht Fachkommission 1974).

Bericht vom eidgenössischen Finanzdepartement über das Vernehmlassungsverfahren zum Verordnungsentwurf über die Mehrwertsteuer vom 28.10.1993 (zit. Bericht VL-Verfahren aMWSTV).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 14.3015 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats über die Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import von Waren, System von Dänemark, vom 2.12.2016 (zit. Bericht Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import), abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143015, besucht am 27.12.2023.

Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats über die dauerhafte Verankerung des Sondersatzes für Beherbergungsleistungen vom 9.5.2017, BBl 2017 3429, (zit. Bericht Sondersatz), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/779/de, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über die verfassungsmässige Neuordnung des Finanz- und Steuerrechts des Bundes vom 24.3.1976, BBl 1976 I 1384 (zit. Botschaft Finanz- und Steuerrecht 1976), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1976/1_1384_1392_1367, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über die neue Finanzordnung vom 9.12.2002, BBl 2003 1531 (zit. Botschaft Finanzordnung 2002), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2003/220, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft neue Bundesverfassung), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zu einem Bundesbeschluss über einen Sondersatz der Mehrwertsteuer für Beherbergungsleistungen vom 16.8.1995, BBl 1995 IV 358 (zit. Botschaft Sondersatz), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1995/4_358_361_352.

Botschaft zum Ersatz der Finanzordnung und zu den besonderen Verbrauchssteuern vom 18.12.1991, BBl 1992 I 785 (zit. Botschaft Ersatz Finanzordnung), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1992/1_785_781_672, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur neuen Finanzordnung 2021 vom 22.6.2016, BBl 2016 6221 (zit. Botschaft Finanzordnung 2021), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2016/1193, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer vom 25.6.2008, BBl 2008 6885 (zit. Botschaft Vereinfachung MWST), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2008/1202, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur, FABI) vom 18.1.2012, BBl 2012 1577 (zit. Botschaft FABI), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/305, besucht am 27.12.2023.

Kommentar des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22.6.1994, BBl 1994 III 529 (zit. MWSTV-Kommentar EFD), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/3_529__/de, besucht am 27.12.2023.

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesbeschluss über die neue Finanzordnung 2021 vom 24.6.2015, (zit. Erläuternder Bericht Finanzordnung 2021), abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40031.pdf, besucht am 27.12.2023.

Zusatzbotschaft zur Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer (Förderung der Wirtschaft und des Wachstums) vom 23.6.2010, BBl 2010 5397 (zit. Zusatzbotschaft Vereinfachung MWST) abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2010/921, besucht am 27.12.2023.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 164 Cost.

Un commentario di Leo Tiberghien

CITAZIONE SUGGERITA

Leo Tiberghien, Commentario all'art. 164 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Tiberghien, art. 164 Cost. N. XXX.

**Art. 164 Legislazione**

[1] Tutte le disposizioni importanti che contengono norme di diritto sono emanate sotto forma di legge federale. Vi rientrano in particolare le disposizioni fondamentali in materia di:

a. esercizio dei diritti politici;

b. restrizioni dei diritti costituzionali;

c. diritti e doveri delle persone;

d. cerchia dei contribuenti, oggetto e calcolo dei tributi;

e. compiti e prestazioni della Confederazione;

f. obblighi dei Cantoni nell'attuazione e esecuzione del diritto federale;

g. organizzazione e procedura delle autorità federali.

[2] Competenze normative possono essere delegate mediante legge federale, sempreché la presente Costituzione non lo escluda.

# STRUTTURA

I. Introduzione ..... 1246
A. Genesi ..... 1246
B. Fondamenti ..... 1247
C. Contesto ..... 1248
1. Competenza legislativa formale ..... 1248
2. Riserve generali e speciali della legge ..... 1249
D. Struttura ..... 1249
II. Riserva di legge (comma 1) ..... 1250
A. Requisito di forma della legge (comma 1, prima frase) ..... 1250
1. Forma della «legge federale» ..... 1250
2. «Disposizioni importanti che fissano norme giuridiche» ..... 1251
B. Requisito di densità normativa della legge (comma 1, seconda frase i.i.) ..... 1253
1. «Disposizioni fondamentali» ..... 1253
2. «In particolare» ..... 1255
3. Densità normativa delle altre disposizioni importanti ..... 1256
C. Elenco dei settori (comma 1, seconda frase i.f.) ..... 1257
III. Delega legislativa (comma 2) ..... 1260
A. Principio della delega legislativa ..... 1260
1. Nozione ..... 1260
2. Subdelega ..... 1261
3. Destinatari ..... 1262
B. Ammissibilità della delega legislativa ..... 1265
1. Condizioni generali ..... 1265
2. «Prevista in una legge federale» ..... 1266
3. «A meno che la Costituzione non lo escluda» ..... 1266
4. Condizioni implicite ..... 1267
C. Conflitto con le competenze originarie del Consiglio federale ..... 1267
IV. Giustiziabilità ..... 1270
V. Conclusione ..... 1271
Letture consigliate ..... 1272
Bibliografia ..... 1274
I materiali ..... 1280

# I. INTRODUZIONE

## A. Genesi

1 L'articolo 164 della Costituzione definisce quando una norma giuridica deve assumere la forma di una legge e quando può invece assumere la forma di un'ordinanza. In questo senso, non aveva alcun equivalente nella **vecchia Costituzione**. Tuttavia, questa disposizione codifica la giurisprudenza del Tribunale federale (TF) relativa alla delega legislativa sviluppata nel corso del XX secolo; inoltre, si ispira a disposizioni già presenti in numerose costituzioni cantonali dagli anni '80. Tuttavia, l'adozione dell'articolo 164 Cost. è stata movimentata. La sua versione finale è il risultato di un processo caratterizzato da vari compromessi e modifiche. Per questo motivo, l'attuale formulazione dell'articolo 164 Cost. è piuttosto infelice. La sua storia spiega in parte le controversie che ne caratterizzano l'interpretazione.

2 La **commissione di esperti** incaricata dalle Commissioni delle istituzioni politiche dei due Consigli ha suggerito per prima di inserire nella Costituzione una disposizione che riservi al legislatore la competenza di adottare le norme giuridiche importanti. Tale disposizione prevedeva che «l'Assemblea federale eduli le norme giuridiche importanti, che devono assumere la forma di una legge federale». La commissione di esperti proponeva inoltre di definire il concetto di importanza attraverso un elenco di criteri, che tuttavia desiderava codificare in una legge. Essa rinunciava inoltre alla figura della delega legislativa, ritenuta superflua in quanto la separazione delle competenze era concepita in modo rigoroso: l'adozione delle norme importanti spettava al legislatore, mentre tutte le altre norme giuridiche spettavano al Consiglio federale.

3 Il **Consiglio federale** si discostò dalla proposta della commissione di esperti. Il progetto del 1996 (P-1996) rinunciò quindi all'attuale art. 164 cpv. 1. Anziché mantenere una riserva di competenze a favore del legislatore, il P-1996 si limitava a disciplinare la questione della delega legislativa. Questa disposizione non faceva tuttavia altro che riprendere i principi sviluppati dalla giurisprudenza e dalla dottrina. L'articolo 154 capoverso 2 P-1996 disponeva infatti che «[u]na legge federale o un decreto federale di portata generale sottoposto a referendum può prevedere una delega della competenza di emanare norme di diritto, a meno che la Costituzione non lo escluda. La

norma di delega deve fissare, nelle sue linee generali, il contenuto di tali norme». Quanto all'art. 154 cpv. 1 P-1996, esso si limitava a stabilire che «[l]'Assemblea federale edifica le leggi federali e i decreti federali di portata generale», come previsto dall'attuale art. 163 Cost.

Le **Commissioni delle istituzioni politiche** (CIP) ripresero tuttavia la proposta della Commissione di esperti, con due differenze. In primo luogo, desideravano definire il concetto di importanza non più con un elenco di criteri, ma di settori particolarmente sensibili. La disposizione proposta precisava quindi che le «disposizioni fondamentali» di questi diversi settori erano sempre importanti. In secondo luogo, il rapporto delle CIP abbandonava la rigida separazione delle competenze legislative. Manteneva la competenza dell'Assemblea federale di adottare norme di diritto di minore importanza. Il legislatore aveva quindi il compito di determinare le norme la cui adozione spettava al Consiglio federale, per analogia con le norme sulla delega legislativa. 4

Nonostante la reiterata riluttanza del Consiglio federale, le **commissioni costituenti** e le **Camere del Parlamento** hanno adottato la versione della CIP per quanto riguarda la riserva di legge, il criterio dell'importanza e l'elenco dei settori, senza che ciò fosse oggetto di discussione. Questi elementi corrispondono all'attuale art. 164 cpv. 1 Cost. Il secondo comma, invece, suscitò vivaci controversie. I due Consigli concordarono sul principio di una disposizione che reintroducesse la delega legislativa. Tuttavia, oltre alla prima frase, secondo cui «[u]na legge federale può prevedere una delega della competenza di emanare norme di diritto, a meno che la Costituzione non lo escluda », il Consiglio nazionale ha voluto mantenere la seconda frase del P-1996, che stabiliva che « [l]a norma di delega deve fissare, nelle sue linee generali, il contenuto di tali norme ». Il Consiglio degli Stati riteneva tale aggiunta ridondante rispetto al primo comma: le «disposizioni fondamentali» dei settori citati coprivano infatti già le «linee generali» delle norme relative. La divergenza è rimasta fino alla Conferenza di conciliazione, in cui ha prevalso la versione del Consiglio degli Stati. 5

## B. Fondamenti

La scelta di riservare al legislatore l'adozione delle norme giuridiche importanti si basa su tre fondamenti. L'art. 164 Cost. preserva innanzitutto la **democrazia (rappresentativa ma anche diretta)** garantendo che le grandi 6

decisioni politiche e sociali siano prese dall'organo più rappresentativo e sottoposte a referendum popolare obbligatorio o facoltativo. L'art. 164 Cost. contribuisce poi all'instaurazione e al rispetto del principio della **separazione dei poteri** riservando (una parte della) competenza legislativa al legislatore, con l'esclusione di qualsiasi altro organo. Infine, questa disposizione concretizza il principio dello **Stato di diritto** in quanto ne garantisce le declinazioni, quali i principi di uguaglianza e prevedibilità dell'azione statale.

## C. Contesto

### 1. Competenza legislativa formale

7 L'art. 164 Cost. si inserisce in un quadro costituzionale più ampio relativo alle competenze dell'Assemblea federale. Mentre l'art. 163 Cost. definisce le forme di azione a disposizione dell'Assemblea federale, l'art. 164 Cost. le attribuisce la **competenza legislativa formale**. L'art. 164 Cost. non attribuisce tuttavia alcuna competenza alla Confederazione: si limita a ripartire la competenza legislativa tra le diverse autorità federali quando tale competenza deriva da una disposizione costituzionale (cfr. art. 3 Cost.). L'art. 164 cpv. 1 Cost. definisce quali norme giuridiche devono essere adottate dall'Assemblea federale e sottoposte a referendum obbligatorio o facoltativo, con rinvio agli art. 163 e 141 cpv. 1 lett. a e b Cost. Per questo motivo l'art. 164 Cost. riguarda in realtà la competenza dell'Assemblea federale e del popolo, anche se si trova nella sezione della Costituzione relativa alle competenze dell'Assemblea federale.

8 L'articolo 164 Cost. deve essere letto congiuntamente all'articolo 182 Cost., che disciplina la **competenza legislativa del Consiglio federale**. Secondo quest'ultimo, «[i]l Consiglio federale emana norme di diritto sotto forma di ordinanza, nella misura in cui la Costituzione o la legge lo autorizzano» (cpv. 1) e «vigila sull'attuazione della legislazione, delle decisioni dell'Assemblea federale e delle sentenze pronunciate dalle autorità giudiziarie federali» (cpv. 2). La lettura incrociata degli articoli 164 e 182 Cost. consente di distinguere tre livelli normativi: le norme di diritto la cui delega è vietata, quelle la cui delega è ammessa e quelle la cui delega è superflua. Questa tripartizione si basa su due criteri, i cui contorni rimangono indeterminati: la distinzione tra delega vietata e ammessa opera in base all' importanza della norma giuridica;

la distinzione tra delega ammessa e superflua corrisponde a quella tra norme giuridiche primarie e norme di attuazione.

Il Consiglio federale dispone anche di una competenza legislativa in virtù degli art. 184 cpv. 3 e 185 cpv. 3 Cost. quando la salvaguardia degli interessi del Paese lo richiede, rispettivamente al fine di prevenire disordini esistenti o imminenti che minacciano gravemente l'ordine pubblico, la sicurezza esterna o la sicurezza interna (*infra* N. 50). Infine, le disposizioni transitorie di alcune iniziative popolari incaricano il Consiglio federale di legiferare mediante ordinanza al posto del legislatore quando quest'ultimo non ha attuato l'iniziativa entro un determinato termine (ad es. art. 197 n. 9 cpv. 1 e n. 11 cpv. 2 Cost.; *infra* N. 51). 9

## 2. Riserve generali e speciali della legge

Richiedendo che tutte le norme giuridiche importanti siano contenute in una legge, l'art. 164 cpv. 1 Cost. pone una **riserva generale** della legge. Al contrario, la Costituzione prevede diverse **riserve speciali** o **settoriali**, ovvero disposizioni che richiedono la forma della legge in modo puntuale, per un oggetto o un tipo di norma giuridica particolari. Nel loro rispettivo campo di applicazione, tali riserve settoriali hanno un rapporto di specialità con l'art. 164 cpv. 1 Cost., poiché pongono un requisito di forma indipendente e più rigoroso. Ciò vale per le restrizioni gravi ai diritti fondamentali (art. 36 cpv. 1 2ª frase Cost.), per le restrizioni a determinati diritti fondamentali specifici (art. 28 cpv. 4, 29*a* 2ª frase, 30 cpv. 2 e 3 2ª frase e 31 cpv. 1 Cost.) o ai principi generali che regolano il regime fiscale (art. 127 cpv. 1 Cost.). Inoltre, alcune disposizioni costituzionali si limitano a rinviare alla legge per quanto riguarda la regolamentazione di determinati settori o questioni (ad es. art. 58 cpv. 2 2ª frase, 59 cpv. 1 1ª frase, 144 cpv. 3, 162 cpv. 2, 153, 178 cpv. 3 e 188 cpv. 2 Cost.). Queste ultime non vanno oltre quanto richiesto dall'art. 164 cpv. 1 Cost., ovvero che le norme giuridiche importanti assumano la forma di legge. Si tratta quindi meno di un rapporto di specialità che di un rinvio all'art. 164 cpv. 1 Cost. 10

# D. Struttura

L'art. 164 comprende due capoversi: il primo riguarda la **riserva di legge**, il secondo la **delega legislativa**. Il primo capoverso è a sua volta composto da due frasi. La prima dispone che «le disposizioni importanti che fissano norme 11

di diritto figurano in una legge». La seconda frase elenca una serie di ambiti le cui «disposizioni fondamentali» «appartengono in particolare» alla categoria delle disposizioni importanti. La formulazione di questo comma è infelice e l'articolazione delle sue due frasi è controversa. Secondo la posizione minoritaria che adottiamo, i requisiti posti dalle due frasi dell'art. 164 cpv. 1 sono di natura diversa. La prima frase sancisce un requisito di forma; la seconda, un requisito di contenuto, ovvero di densità normativa. Il requisito di forma dipende dall'importanza della disposizione, che è una funzione delle sue conseguenze. Il requisito di contenuto si basa sul carattere fondamentale di una disposizione, che riguarda il grado di precisione della legge. In altre parole, secondo la prima frase, ogni norma giuridica importante deve avere la forma di una legge; secondo la seconda frase, le disposizioni fondamentali di una legge sono sempre importanti perché costituiscono la sua densità normativa minima.

## II. RISERVA DI LEGGE (COMMA 1)

## A. Requisito di forma della legge (comma 1, prima frase)

### 1. Forma della «legge federale»

12 L'art. 164 cpv. 1 Cost. riserva una certa forma (quella della legge federale) a determinate disposizioni (quelle che stabiliscono norme giuridiche importanti). Pertanto, l'art. 164 cpv. 1 Cost. concretizza il principio di legalità (art. 5 cpv. 1 Cost.) e lo rafforza, poiché richiede per determinati atti non solo una base legale, ma una base legale qualificata. Questa disposizione rimanda agli articoli 163 capoverso 1 e 141 capoverso 1 lettere a e b Cost. e sancisce una riserva a favore della **legge in senso formale**, ossia un atto adottato dall'Assemblea federale con la partecipazione obbligatoria o facoltativa del popolo. Sono tuttavia riservate le leggi urgenti che (temporaneamente) non sono soggette a referendum, conformemente all'art. 165 Cost. Va inoltre notato che l'art. 164 cpv. 1 Cost. non esclude che norme giuridiche importanti figurino nella Costituzione o in trattati internazionali la cui legittimità democratica è equivalente a quella delle leggi federali (per le prime: art. 139, 194 e 195 Cost.; per i secondi, art. 140 cpv. 1 lett. b, 141 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 e 166 cpv. 2 Cost.), o addirittura in un'ordinanza indipendente (*infra* N. 50 ss). I progetti di legge che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 164 cpv. 1 Cost. devono inoltre essere sottoposti a una procedura di consultazione,

conformemente all'art. 3 cpv. 1 lett. b LCo. La procedura di consultazione consente di coinvolgere i Cantoni, i partiti politici e gli ambienti interessati nell'elaborazione dei suddetti progetti.

Se l'art. 164 cpv. 1 Cost. riserva la forma della legge alle disposizioni importanti che fissano norme giuridiche, non limita il contenuto della legge a queste ultime. L'art. 164 cpv. 1 Cost. non prevede una definizione del contenuto della legge; in altre parole, la Costituzione non conosce la «**riserva dell'ordinanza**». La legge può infatti contenere disposizioni di minore importanza, comprese quelle di attuazione, o addirittura disposizioni individuali e/o concrete. La competenza di adottare disposizioni di esecuzione spetta in primo luogo al Consiglio federale (art. 182 cpv. 2 Cost.), ma rimane condivisa con il legislatore. 13

## 2. «Disposizioni importanti che fissano norme giuridiche»

L'art. 164 cpv. 1 Cost. circoscrive la riserva di legge alle «disposizioni importanti che fissano norme di diritto». Le disposizioni in questione sono innanzitutto limitate a quelle che presentano una certa struttura normativa, vale a dire quelle che fissano **norme giuridiche**. Questo concetto rimanda agli articoli 163 capoverso 1 Cost. e 22 capoverso 4 LParl e designa le «disposizioni generali e astratte di applicazione diretta che creano obblighi, conferiscono diritti o attribuiscono competenze». Le disposizioni di esecuzione previste dall'articolo 182 capoverso 1 e 2 Cost. e le decisioni individuali e concrete sono quindi escluse dal campo di applicazione della riserva di legge, anche quando sono importanti. 14

L'articolo 164 capoverso 1 Cost. limita poi la riserva di legge alle disposizioni **di importanza**. Questo criterio materiale costituisce la pietra di paragone dell'art. 164 cpv. 1 Cost., poiché distingue le norme giuridiche che devono assumere la forma di legge da quelle che non sono soggette a tale requisito. Per questo motivo la dottrina fa riferimento al concetto di «definizione materiale della riserva di legge» o, più comunemente in tedesco, di «*materieller Gesetzesvorbehalt*». La Costituzione non fornisce tuttavia alcuna definizione del concetto di importanza, per cui è necessario fare riferimento a una serie di criteri o indizi (o declinazioni) sviluppati dalla giurisprudenza e dalla dottrina. L'importanza di una disposizione si misura quindi (1) in base alla cerchia di persone o situazioni interessate; (2) all'intensità delle sue conseguenze sulla posizione giuridica dei destinatari; (3) al suo impatto 15

finanziario per i privati o lo Stato; (4) al suo effetto sulla formazione della volontà politica o sull'organizzazione delle autorità federali; (5) al carattere politicamente controverso delle questioni che si propone di risolvere; (6) al suo carattere inedito e alla sua divergenza dai principi finora accettati; (7) all'ampiezza della contestazione politica che genera.

16 I diversi indizi riguardano soprattutto le **conseguenze** della norma giuridica: a loro volta, tali conseguenze possono essere rilevanti per la loro portata quantitativa, in quanto si applicano a un ampio cerchio di destinatari e di situazioni, o qualitativa, in quanto incidono sui destinatari con una certa intensità. Tali indizi non devono essere soddisfatti cumulativamente; una norma può già essere rilevante in relazione a un solo elemento. L'importanza di una disposizione non può essere determinata in modo astratto, ma solo in relazione alla materia e all'oggetto della regolamentazione. Il giudizio sull'importanza di una disposizione dipende sempre dalle circostanze concrete e da una valutazione complessiva che mal si presta a qualsiasi schematizzazione. Esso comporta quindi un ampio margine di valutazione a favore del legislatore.

17 L'interpretazione del concetto di importanza deve essere guidata dai **fondamenti** dell'art. 164 Cost., vale a dire le garanzie dello Stato di diritto, della democrazia e della separazione dei poteri. La dottrina sostiene inoltre che tali fondamenti devono essere conciliati, o addirittura ponderati, con altri imperativi di interesse pubblico talvolta divergenti: l'efficacia, la rapidità o la flessibilità dell'attività pubblica, in particolare in presenza di norme di carattere tecnico. Si tratterebbe quindi di tenere conto di **considerazioni di ordine pratico**. A nostro avviso, tuttavia, tale affermazione dovrebbe essere accolta con cautela alla luce della lettera e dello spirito dell'articolo 164 Cost. Certo, la giurisprudenza ammette che il livello di densità normativa atteso è ridotto nella misura delle esigenze della realtà giuridica e pratica. Tuttavia, tali considerazioni riguardano la densità normativa, ovvero il grado di precisione della formulazione di una disposizione, e non dicono nulla, in quanto tali, dell'importanza di una norma giuridica. Inoltre, il carattere tecnico di una norma giuridica non le toglie necessariamente le sue eventuali dimensioni politiche ed etiche. La *ratio legis* dell'art. 164 cpv. 1 Cost. è proprio quella di garantire che una norma giuridica importante figuri in una legge in senso formale, anche se considerazioni di opportunità deponessero a favore della sua delega. Non si può ammettere che la riserva di legge trovi applicazione

solo quando la legge sembra essere lo strumento più adatto, altrimenti la riserva di legge sarebbe in gran parte priva di significato.

## B. Requisito di densità normativa della legge (comma 1, seconda frase *i.i.*)

### 1. «Disposizioni fondamentali»

La seconda frase del primo comma elenca una serie di settori le cui 18
«disposizioni fondamentali» appartengono «in particolare alla categoria [delle disposizioni importanti]». L'articolazione dei qualificativi «importante» (comma 1, prima frase) e «fondamentale» (comma 1, seconda frase) solleva difficoltà di interpretazione. Secondo la dottrina maggioritaria, essi sarebbero sinonimi. La differenza avrebbe un fine estetico. L'espressione «in particolare» si riferirebbe quindi all'elenco dei settori, suggerendone il carattere non esaustivo. Noi aderiamo all'interpretazione minoritaria sostenuta in particolare da Dubey, secondo cui il qualificativo «fondamentale» non debba essere letto come sinonimo di «importante», ma piuttosto come un riferimento alle «linee generali» dei settori in questione. L'art. 164 cpv. 1 2° periodo Cost. sancisce in tal senso un requisito di contenuto, ovvero **una densità normativa minima**. Dall'art. 164 cpv. 1 2° periodo Cost. che quando il diritto si occupa di uno dei settori citati, la legge deve definire le linee guida o le basi della regolamentazione, ovvero il suo scopo, il suo oggetto, la sua portata e i suoi principi fondamentali. In altre parole, se l'importanza definisce le questioni – per quanto precise – che devono essere regolate dalla legge in senso formale (*cosa*), il qualificativo «fondamentale» serve a determinare la precisione con cui la legge deve disciplinare i diversi ambiti della vita sociale quando il diritto se ne occupa (*come*).

Questa interpretazione deriva innanzitutto dalla **lettera** e dalla **sintassi** 19
dell'art. 164 cpv. 1 Cost., sia per quanto riguarda i termini utilizzati che la posizione grammaticale della locuzione «in particolare ». Nel senso primo, è fondamentale ciò che serve da base a qualcosa. In un contesto normativo, questo termine designa ciò su cui si fonda ogni norma giuridica; vale a dire, nel diritto svizzero, una legge in senso formale che ne definisca le linee generali. I **lavori preparatori** dell'art. 164 cpv. 1 Cost. sostengono questa interpretazione. Le CIP, che per prime hanno introdotto il termine «fondamentale», affermavano a questo proposito che «sono stati individuati

cinque settori chiave, le cui linee generali devono essere sancite sotto forma di leggi federali» e che la definizione di questi «principi fondamentali» può essere «fissata, in larga misura, per analogia con le attuali norme di delega ». Pertanto, pur ritenendo di poter fare a meno della figura della delega legislativa (*supra* N. 4), le CIP ne conservavano i requisiti in materia di base giuridica e densità normativa. Successivamente, al momento di reintrodurre espressamente la figura della delega legislativa, le Commissioni costituenti e poi i Consigli rinunciarono alla seconda frase dell'art. 164 cpv. 2 Cost., ritenendo che fosse già coperta dal primo comma: giudicarono superfluo precisare che la legge descrivesse le «linee generali» della delega, dal momento che doveva contenerne le «disposizioni fondamentali». L'imprecisione redazionale si spiega con questa costruzione storica: la commissione di esperti voleva rinunciare completamente alla delega legislativa a favore del criterio dell'importanza; le CIP mantennero questa versione, aggiungendo tuttavia, parallelamente al criterio dell'importanza, i requisiti relativi alla delega legislativa attraverso il requisito relativo alle disposizioni fondamentali. L'Assemblea federale ha aggiunto un secondo comma che reintroduceva esplicitamente la delega legislativa, senza tuttavia modificare il primo comma del progetto CIP che ne riprendeva implicitamente le condizioni. Ne consegue che l'art. 164 cpv. 1 2ª frase Cost. ha un legame dogmatico meno con la prima frase del primo comma (il criterio dell'importanza) che con il secondo comma (la delega legislativa).

20 Inoltre, le Commissioni hanno consapevolmente mantenuto i termini «importante» e «fondamentale». La Commissione CN ha respinto all'unanimità una mozione che mirava a conservare solo il primo, non potendo distinguerli: ha invece ritenuto che «fondamentale» si riferisse al fondamento («*die Grundlage*») su cui il Consiglio federale è chiamato ad adottare le ordinanze. Questa dialettica legge-ordinanza e i requisiti di densità normativa ad essa connessi emergono più ampiamente dalle deliberazioni in seno alle commissioni costituenti e in plenaria. Ne sono testimonianza anche i numerosi riferimenti parlamentari alla parentela tra il qualificativo «*grundlegend*» dell'attuale art. 164 cpv. 1 Cost. e il termine «*Grundlage*» dell'art. 170 cpv. 1 della versione tedesca del progetto CIP. Quest'ultimo prevedeva che il Consiglio federale adottasse ordinanze «sulla base e nel quadro [...] delle leggi» (« *auf der Grundlage und im Rahmen von [...] Gesetzen* ») .

Infine, questo è anche il significato attribuito al termine «fondamentale» dalla **giurisprudenza** del TF relativa alle deleghe legislative cantonali, che l'art. 164 cpv. 1 era peraltro chiamato a codificare. Allo stesso modo, nella sua giurisprudenza relativa all'art. 127 cpv. 1 Cost., che sancisce una riserva di legge puntuale in materia fiscale, il TF afferma che il requisito secondo cui la legge deve contenere le disposizioni fondamentali relative alla riscossione di un canone costituisce un requisito di densità normativa. Infine, deduce dall'appartenenza di una norma di diritto a una delle lettere da a) a g) dell'art. 164 cpv. 1 Cost. che la sua delega rimane possibile, ma che la clausola su cui si basa tale delega deve «essere sufficientemente precisa da circoscrivere le linee fondamentali della normativa delegata, ovvero lo scopo, l'oggetto e la portata dei poteri delegati». È proprio questo il cuore del requisito della densità normativa. 21

## 2. «In particolare»

L'art. 164 cpv. 1 2ª frase Cost. esige che ogni atto giuridico si basi, direttamente o indirettamente, su una base legale formale che ne definisca le linee generali. Secondo questa interpretazione, le disposizioni fondamentali costituiscono quindi un **sottogruppo** delle disposizioni importanti, il che giustifica il collegamento dell'espressione «in particolare» all'articolazione delle due frasi dell'art. 164 cpv. 1 Cost.: sono importanti *in particolare* le disposizioni fondamentali. In questo senso, l'espressione «in particolare» ha una dimensione quantitativa. Essa comporta anche una dimensione qualitativa: le disposizioni fondamentali sono *particolarmente* importanti. Da queste considerazioni deriva che le disposizioni fondamentali sono sempre importanti, senza che sia vero il contrario: non tutte le disposizioni importanti sono fondamentali. Infatti, l'importanza di una disposizione si misura sia alla luce della sua ampiezza e generalità, sia in base all'intensità concreta dei suoi effetti. Pertanto, una norma potrebbe rivelarsi importante senza rientrare nelle linee generali di un determinato settore, in quanto precisa, circostanziata, individualizzata, costosa, inedita e/o controversa. È il caso di una grave violazione dei diritti fondamentali di una cerchia ristretta di persone, come l'obbligo di costituire riserve imposto ad alcune imprese che producono beni di prima necessità (art. 11 LAP), dell'introduzione di un'eccezione mirata a una regola generale, come l'esclusione di alcune imprese dalla legge sul lavoro (art. 2 LTr), l'introduzione di una clausola di rigore, come il sostegno finanziario fornito a causa dell'epidemia di COVID-19 22

(art. 12 della legge COVID-19), o condizioni specifiche che subordinano l'accesso a una prestazione, come i requisiti di informazione in materia di richieste di sovvenzioni (art. 15c LSu).

### 3. Densità normativa delle altre disposizioni importanti

23 L'art. 164 cpv. 1 2ª frase Cost. sancisce quindi un requisito di densità normativa, secondo cui la legge deve contenere le disposizioni fondamentali di diversi ambiti in quanto particolarmente importanti. In tal senso, l'art. 164 cpv. 1 2ª frase Cost. concretizza e rafforza il **requisito di densità normativa generale** della legge che deriva già dall'art. 164 cpv. 1 Cost. e, più in generale, dall'art. 5 cpv. 1 Cost. Il requisito della densità normativa è infatti il corollario della riserva di legge. Ogni disposizione legale importante, anche se non fondamentale, deve dimostrare un grado sufficiente di densità normativa. In caso contrario, la riserva di legge sarebbe priva di portata normativa: il legislatore potrebbe adottare una disposizione che conferisce materialmente carta bianca alle altre autorità. Pertanto, la legge non solo deve contenere le linee generali dei settori menzionati nell'art. 164 cpv. 1, 2ª frase Cost., ma le sue disposizioni importanti devono inoltre sempre dimostrare una densità normativa sufficiente.

24 Per determinare la densità normativa attesa dalla legge, è opportuno fare riferimento ai principi sviluppati dalla giurisprudenza. La densità normativa di una norma indica il grado di **precisione, chiarezza e determinazione** della sua formulazione. La legge deve quindi essere formulata in modo sufficientemente preciso da consentire agli individui di adeguare il proprio comportamento e di prevedere le conseguenze di un determinato comportamento con un grado di certezza adeguato alle circostanze. Il grado di precisione atteso non può tuttavia essere determinato in modo astratto. La giurisprudenza osserva infatti che il legislatore non può rinunciare completamente all'uso di concetti indeterminati la cui portata non è definita con precisione; ciò può essere giustificato dalla diversità dei fatti da regolamentare, dalla necessità di poter prendere decisioni sufficientemente adeguate ai casi specifici o dall'adeguamento delle norme a un contesto in costante evoluzione. Il grado di precisione richiesto varia inoltre in funzione della molteplicità delle situazioni da regolare, della complessità o della prevedibilità della decisione da prendere nel caso specifico, dei destinatari della norma o ancora della gravità della violazione dei diritti costituzionali.

Dipende anche dalla valutazione che si può fare, oggettivamente, quando si presenta un caso concreto di applicazione. I settori eminentemente tecnici o complessi si adattano a una densità normativa più bassa. Le norme giuridiche in materia di amministrazione delle prestazioni sono soggette a requisiti di densità normativa meno elevati rispetto a quelle in materia di amministrazione delle restrizioni. Nel caso di misure di polizia attuate contro minacce difficilmente prevedibili, da adattare alle circostanze concrete di ciascun caso, sono inevitabili alcune flessibilità nella precisione della base giuridica. Infine, una bassa densità normativa può essere compensata da un rafforzamento delle garanzie procedurali o addirittura da un controllo rafforzato della proporzionalità.

## C. Elenco dei settori (comma 1, seconda frase *i.f.*)

L'articolo 164, comma 1, seconda frase *i.f.* della Costituzione elenca una serie di settori le cui disposizioni fondamentali sono sempre importanti. La dottrina è critica nei confronti del principio di un tale elenco, in quanto ritiene che esso manchi il bersaglio. L'appartenenza (o meno) a uno dei settori non dice nulla, di per sé, sull'importanza o sul carattere fondamentale di una norma giuridica. Da un lato, questi ambiti comprendono sicuramente norme non importanti. Dall'altro lato, è dubbio che le disposizioni fondamentali relative ad altri ambiti siano meno importanti. Tuttavia, questo elenco non è privo di interesse, a condizione che venga ricollocato nel contesto della funzione dell'art. 164 cpv. 1 Cost. Pertanto, l'elenco mira in particolare a orientare i dibattiti parlamentari e a creare le condizioni per una discussione razionale e trasparente sulle competenze delle autorità federali sia all'interno dell'Assemblea federale che nel dibattito pubblico. Questo elenco funge da salvaguardia, ricordando al legislatore i settori sensibili in cui è necessaria una maggiore attenzione. Pertanto, l'elenco dei settori svolge effettivamente questa funzione ogni volta che, durante i dibattiti parlamentari, si fa riferimento alle diverse lettere dell'art. 164 cpv. 1 2ª frase Cost. 25

Per quanto riguarda i settori interessati, l'elenco comprende i settori in cui il TF ha invalidato le ordinanze per mancanza di una base legale sufficiente. Non è esaustivo, anche se copre già più o meno l'intera attività statale. I diversi settori si sovrappongono spesso. Inoltre, la densità normativa richiesta varia da un settore all'altro. L'art. 164 cpv. 1 2° comma *i.f.* Cost. menziona i **settori seguenti**. 26

27 *L'esercizio dei diritti politici (lett. a).* I diritti politici consistono nelle forme di **partecipazione dei cittadini** alla formazione e all'espressione della volontà popolare (art. 34 Cost.). Questi diritti sono definiti dalla Costituzione stessa, ma devono essere concretizzati. I diritti politici possono infatti essere esercitati solo nell'ambito di un quadro giuridico materiale, procedurale e istituzionale, come le disposizioni che definiscono la circoscrizione elettorale, il sistema di voto per l'elezione al Consiglio nazionale, il domicilio politico o il voto elettronico.

28 *La restrizione dei diritti costituzionali (lett. b).* Il concetto di **diritti costituzionali** si riferisce alle disposizioni costituzionali che proteggono i cittadini dagli interventi statali o che, pur perseguendo in primo luogo un interesse pubblico, garantiscono anche la tutela di interessi privati. La disposizione è quindi più ampia dei soli «diritti fondamentali» . Allo stesso modo, il concetto di «restrizione» va oltre quello sancito dall'articolo 36 capoverso 1 Cost. Ciò è tanto più vero in quanto la dottrina maggioritaria riduce, a nostro avviso erroneamente, il concetto di «restrizione» dell'articolo 36 capoverso 1 Cost. alle libertà fondamentali, escludendo i diritti sociali. Il regime dell'articolo 36 Cost. dovrebbe applicarsi anche a questi ultimi, se non direttamente, almeno per analogia: i diritti sociali impongono allo Stato obblighi sia positivi che negativi, che si prestano alla dialettica diritto-restrizione allo stesso titolo delle libertà fondamentali. Ai fini dell'applicazione dell'art. 164 cpv. 1 Cost., la portata pratica della controversia è tuttavia limitata, poiché la lett. c comprende tutti i diritti che non rientrano nella lett. b.

29 *Diritti e doveri delle persone (lett. c).* La lett. c tende a confondersi con la definizione di «norma di diritto» (*supra* N. 14) e si sovrappone in larga misura alle lett. a, b e d, il che ha suscitato alcune critiche al suo riguardo. Si tratta innanzitutto di una **clausola sussidiaria**. La sua portata è tuttavia limitata e gli ambiti che copre sono incerti. A titolo di esempio si possono citare i diritti e gli obblighi che rientrano nel diritto del personale della Confederazione, nelle assicurazioni sociali, nella cittadinanza e persino nel diritto penale. Alcuni citano anche il diritto privato, cosa che altri criticano.

30 *La qualità di contribuente, l'oggetto delle imposte e il calcolo dell'importo delle imposte (lett. d)* . La lett. d riflette il **principio di legalità in materia fiscale**, anch'esso sancito dall'art. 127 Cost. Questo principio si basa su un'importante giurisprudenza secondo cui la legge deve stabilire le norme essenziali relative

alla cerchia dei contribuenti (soggetto fiscale), all'oggetto (oggetto fiscale) e al modo di calcolo del contributo (base di calcolo e aliquota), nonché le esenzioni e le eccezioni o ancora gli scopi in materia di tasse causali. La lett. d non è esaustiva. Il regime si applica inoltre alle tasse causali e non solo alle imposte, anche se in tal caso prevede alcune agevolazioni. Non riguarda tuttavia le tasse di cancelleria.

*I compiti e le prestazioni della Confederazione (lett. e).* I **compiti** della Confederazione sono definiti dalla Costituzione (art. 3 e 42 cpv. 1 Cost.). La riserva di legge si riferisce, in questo contesto, alla loro definizione e concretizzazione. Essa comprende lo scopo, l'oggetto e la portata dei compiti della Confederazione, nonché gli strumenti e la procedura utilizzati per la loro attuazione o la loro delega a un ente decentralizzato. Il termine «**prestazioni**» serve a confermare che il principio di legalità si applica non solo all'amministrazione restrittiva, ma anche a quella prestazionale, anche se in questo caso i suoi requisiti sono meno rigidi, date le conseguenze meno incisive dell'amministrazione prestazionale. 31

*Gli obblighi dei Cantoni nell'attuazione e nell'esecuzione del diritto federale (lett. f).* La lett. f richiama l'articolo 46 Cost., che impone ai Cantoni di attuare il diritto federale in conformità con la Costituzione e la legge. Richiedendo che gli obblighi di attuazione dei Cantoni siano previsti dalla legge, questa disposizione sancisce una **dimensione federalista** del principio di legalità. Il concetto di «attuazione» comprende qualsiasi misura volta al rispetto o all'applicazione del diritto federale; pertanto, il termine «esecuzione» è ridondante. 32

*L'organizzazione e la procedura delle autorità federali (lett. g).* Il concetto di «**autorità federale**» comprende qualsiasi ente incaricato di un compito pubblico federale, sia esso legislativo, esecutivo o giudiziario, centralizzato o decentralizzato, titolare o delegato. I requisiti specifici in materia di organizzazione dipendono dal tipo di autorità, ma comprendono in particolare lo status giuridico, l'autonomia, le competenze, la vigilanza, l'impegno dei funzionari, le incompatibilità o ancora le questioni di coordinamento e collaborazione. Il concetto di «procedura» comprende l'adozione di qualsiasi norma o decisione che produca effetti giuridici, sia a livello legislativo o giudiziario che amministrativo. Sono contemplate le leggi procedurali federali, alcuni settori specifici come gli appalti pubblici o le procedure di adozione del diritto internazionale. Se l'art. 164 cpv. 1 lett. e si 33

riferisce alle autorità federali, gli stessi requisiti si applicano alle procedure dinanzi alle autorità cantonali, poiché l'elenco non è esaustivo. È il caso, ad esempio, di un'ordinanza federale che sottopone una controversia alla giurisdizione civile indipendentemente dalla sua natura di diritto pubblico, anche se si tratta di tribunali cantonali.

## III. DELEGA LEGISLATIVA (COMMA 2)

### A. Principio della delega legislativa

#### 1. Nozione

34 L'art. 164 comma 2 Cost. sancisce e, allo stesso tempo, limita la **delega legislativa**, ovvero qualsiasi atto con cui il legislatore (l'Assemblea federale con l'eventuale partecipazione del popolo, *supra* N. 7 e N. 12) conferisce a un'altra autorità (o addirittura a un'altra istituzione o persona) il diritto o l'obbligo di emanare una norma giuridica che rientra nella sua competenza. La figura della delega non figurava nella vecchia Costituzione, sebbene fosse già praticata e sancita dal TF. La delega legislativa risponde a considerazioni di ordine pratico, poiché consente al legislatore di tralasciare questioni di dettaglio o di rango inferiore per concentrarsi sugli elementi importanti. Una delega legislativa è giustificata quando è necessaria per garantire la flessibilità e la rapidità dell'azione statale, quando consente di evitare che la legge disciplini dettagli o quando le questioni tecniche sono destinate a evolversi. Tuttavia, ogni delega legislativa incide sulla separazione dei poteri e sulla qualità democratica del diritto. Da un lato, consente al legislatore di cedere una competenza che la Costituzione gli assegna a favore di un altro organo; dall'altro, sottrae l'adozione delle norme di diritto al concorso del popolo. Per questo motivo la delega legislativa è soggetta a diverse condizioni esaminate di seguito.

35 La norma giuridica adottata sulla base di una delega legislativa assume la forma di un'**ordinanza** detta dipendente sostitutiva. In questa configurazione, l'ordinanza dipende da una legge che prevede una delega legislativa e la sostituisce perché contiene norme giuridiche primarie (*supra* N. 8). La delega legislativa riguarda solo la competenza legislativa generale dell'Assemblea federale. Non si applica ai casi in cui un'autorità federale adotta un'ordinanza sulla base di una competenza direttamente prevista dalla Costituzione, ovvero

una competenza originaria (cfr. art. 84 cpv. 2, 182 cpv. 2, 184 cpv. 3 e 185 cpv. 3 Cost. per il Consiglio federale, art. 159 cpv. 4 e 173 cpv. 1 lett. c Cost. per l'Assemblea federale e art. 188 cpv. 3 Cost. per il TF). In quest'ultimo caso, l'ordinanza è detta indipendente quando trova il suo fondamento non in una legge federale (e non dipende da essa), ma nella Costituzione. Tuttavia, alcune competenze originarie del Consiglio federale possono entrare in conflitto con l'art. 164 cpv. 1 Cost., poiché talvolta portano all'adozione di norme giuridiche importanti. Questa tensione è esaminata di seguito (*infra* N. 51 s.).

## 2. Subdelega

La Costituzione non menziona la questione della **subdelega**. Si ha subdelega 36
quando il delegatario trasferisce a sua volta la competenza che gli è stata delegata. La dottrina deduce dal silenzio della Costituzione che questa non esclude la subdelega. L'art. 48 LOGA disciplina la questione per il Consiglio federale. Secondo il primo comma, il Consiglio federale può delegare ai **dipartimenti** la competenza di emanare norme di diritto, ma deve allora tenere conto della «portata della norma prevista». Tale limite è giustificato perché la subdelega attenua ulteriormente il legame tra i cittadini, da un lato, e l'adozione del diritto, dall'altro. Inoltre, una subdelega a un dipartimento incide sulla ripartizione delle competenze all'interno dell'amministrazione, poiché indebolisce la partecipazione degli altri dipartimenti. Infine, il diritto di consultazione delle commissioni parlamentari riguarda solo le ordinanze del Consiglio federale (art. 151 LParl), escludendo le ordinanze dei dipartimenti. Il messaggio relativo alla LOGA indica che l'attribuzione al Consiglio federale o al dipartimento della competenza di emanare un'ordinanza dipende dall'importanza della materia e che una delega è tanto più giustificata quanto più riguarda una prescrizione di natura tecnica. Allo stesso modo, l'UFG menziona come criteri applicabili l'importanza della materia, la cerchia dei destinatari, le conseguenze della norma e la tecnicità della materia. Questi criteri richiamano la valutazione dell'importanza di una norma ai sensi dell'art. 164 cpv. 1 Cost. La valutazione del grado di importanza è tuttavia indipendente dall'art. 164 cpv. 1 Cost., poiché le disposizioni importanti ai sensi di tale articolo non possono essere delegate al Consiglio federale. Per quanto riguarda il TF, esso sembra limitare la subdelega basata sull'art. 48 cpv. 1 LOGA alle norme di attuazione che assimila alle prescrizioni di ordine tecnico, anche se adotta una definizione ampia del concetto di attuazione.

37 Se una delega ai dipartimenti può prescindere da una base legale formale specifica, lo stesso non vale per una delega ai **raggruppamenti e agli uffici**. L'art. 48 cpv. 2 LOGA dispone che la delega di competenze legislative ai raggruppamenti e agli uffici è autorizzata «solo se una legge federale lo consente ».

38 L'art. 48 LOGA non menziona la **subdelega di secondo grado**, mediante la quale i dipartimenti o gli uffici e i raggruppamenti delegano una competenza alle entità amministrative loro subordinate. Secondo Sägesser, è opportuno affermarne la costituzionalità fintantoché non è esclusa dalla clausola di (sub)delega. È tuttavia dubbio che un dipartimento delegatario di una competenza sulla base dell'art. 48 LOGA possa delegarla a un ufficio senza una base legale formale, con il rischio di eludere l'art. 48 cpv. 2 LOGA. Per motivi di certezza del diritto, sarebbe opportuno che la clausola di delega prevedesse esplicitamente l'autorizzazione o il divieto di una subdelega.

### 3. Destinatari

39 La Costituzione non dice nulla sui **possibili destinatari** della delega legislativa. Si tratta innanzitutto del Consiglio federale o dell'amministrazione, ma anche del TF o dell'Assemblea federale (quando adotta un'ordinanza, conformemente all'art. 163 cpv. 1 Cost., con l'effetto di sottrarre l'adozione di una norma giuridica al referendum facoltativo ai sensi dell'art. 141 cpv. 1 Cost.). In una prospettiva federalista, l'art. 164 cpv. 2 Cost. disciplina la delega «orizzontale», in contrapposizione alla delega «verticale»; la prima riguarda i rapporti tra autorità federali, la seconda quelli tra autorità di un diverso livello federale.

40 Inoltre, il legislatore può delegare il potere di emanare ordinanze a **enti autonomi di diritto pubblico**. Si pone quindi la questione delle relative condizioni e, in particolare, della densità normativa della clausola di delega. È necessaria un'analisi caso per caso e istituzione per istituzione. Secondo il TF, una delega legislativa a favore della FINMA è soggetta a condizioni rigorose, poiché il suo Consiglio di amministrazione non è eletto dal Parlamento, a differenza del Consiglio federale. La legittimità democratica delle norme della FINMA è quindi più debole. Di conseguenza, il fondamento in una legge formale deve essere tanto più chiaro. In assenza di prescrizioni legali concrete, la clausola di delega si limita a ciò che, nell'ambito della regolamentazione legale, è indispensabile per il raggiungimento dello scopo

legale, ovvero al minimo necessario. Per contro, il TF ritiene che la direzione di un'EPF disponga di un ampio margine di discrezionalità per quanto riguarda il sistema dei corsi, gli esami e i relativi requisiti. L'autonomia delle EPF è esplicitamente garantita dall'art. 63a Cost., oltre a derivare dalla libertà della scienza (art. 20 Cost.). In sintesi, le condizioni per la delega a un istituto autonomo di diritto pubblico sono flessibili quando si tratta dell'accesso a un istituto con una funzione specifica; sono invece rigorose quando le norme delegate hanno conseguenze significative sui diritti dei cittadini.

La costituzionalità delle **deleghe legislative a favore di organismi o persone private** è controversa. L'art. 164 cpv. 2 Cost. deve essere confrontato con l'art. 178 cpv. 3 Cost. Quest'ultimo prevede esplicitamente la delega a organismi o persone di diritto privato di compiti pubblici che spettano all'amministrazione, mentre l'art. 164 cpv. 2 Cost. non lo menziona. Nonostante l'assenza di una base costituzionale, tali deleghe legislative a privati sono frequenti nella pratica. Se una delega legislativa a un organismo privato può essere esplicita, spesso risulta da un «**rinvio dinamico**». La tecnica del rinvio a norme private riveste un'importanza crescente, in particolare in ambiti tecnici. Un atto legislativo comprende un rinvio quando fa riferimento a prescrizioni emanate da un organismo privato e rinuncia in tal modo a regolamentare l'oggetto in questione. Il rinvio costituisce il collegamento tra l'atto legislativo e la norma privata. Il rinvio è detto statico quando riguarda norme già esistenti e non comporta la creazione o la modifica di norme. Il rinvio è detto dinamico quando non fa riferimento a una versione determinata della norma privata, cosicché questa può evolvere nel corso delle modifiche apportate dall'organismo privato. Un rinvio dinamico si confonde con una delega legislativa. La classificazione di un rinvio è una questione di interpretazione che va valutata caso per caso. La costituzionalità del rinvio statico è in linea di principio ammessa, poiché si tratta di una recepizione delle norme piuttosto che di una delega. Al contrario, il rinvio dinamico è soggetto alle condizioni della delega legislativa e alle relative controversie. 41

La **dottrina maggioritaria** ritiene che una delega legislativa a organismi o persone private sia ammissibile nella misura in cui riguarda norme secondarie e di ordine tecnico. Una delega di una norma giuridica che va oltre la semplice esecuzione è in linea di principio esclusa; per contro, le norme che potrebbero figurare nelle ordinanze di esecuzione possono essere delegate a 42

organismi privati per analogia con l'art. 178 cpv. 3 Cost. . Si tratterebbe quindi, da un punto di vista funzionale, di un esercizio amministrativo e non legislativo. D'altra parte, una parte della dottrina, il Consiglio federale e l'UFG escludono completamente la costituzionalità di una delega legislativa a organismi privati, in mancanza di una base costituzionale esplicita.

43 La **giurisprudenza del TF** è in parte incoerente, ma sembra più generosa di quest'ultimo parere. In un primo momento, il TF ha affermato che una delega a un organismo privato era subordinata al requisito di una base costituzionale e al rispetto delle condizioni relative alla delega legislativa. Tuttavia, se le norme potevano essere oggetto di un'ordinanza di attuazione (soprattutto le norme puramente tecniche), si trattava di una delega di compiti amministrativi e l'art. 178 cpv. 3 Cost. si applicava per analogia. Successivamente, tuttavia, il TF ha ritenuto, senza fare riferimento alla sua precedente decisione, che una delega legislativa fosse subordinata alle condizioni relative alla delega legislativa ai sensi dell'art. 164 cpv. 2 Cost., vale a dire una base legale e non costituzionale. In una sentenza successiva, il TF ha esplicitamente limitato la portata della sua sentenza iniziale, affermando che le riserve espresse nei confronti del rinvio dinamico erano limitate al settore fiscale; in altri settori, la delega poteva prescindere dalla base costituzionale. In una sentenza più recente, il TF ha ribadito che una delega a un organismo privato doveva essere analizzata alla luce dell'art. 178 cpv. 3 Cost., senza tuttavia indicare se quest'ultimo fosse applicabile direttamente o per analogia, né trattare la sua articolazione con l'art. 164 cpv. 2 Cost.

44 A nostro avviso, la delega legislativa a privati deve essere **ammessa solo in modo restrittivo**. Il testo dell'art. 164 Cost. e la sua lettura incrociata con l'art. 178 cpv. 3 Cost., così come i lavori preparatori, lo escludono. Inoltre, la ratio legis dell'art. 164 Cost. risiede nella garanzia della legittimità democratica del diritto federale e della separazione dei poteri. Il silenzio della Costituzione non può giustificare una pratica che compromette questi fondamenti. Diversa è la questione dell'applicazione per analogia dell'art. 178 cpv. 3 Cost. Tale delega deve essere limitata alle norme di esecuzione e l'interpretazione di questo concetto deve essere restrittiva. Pertanto, le norme private possono solo precisare la volontà del legislatore senza annullare o modificare la legge e senza limitare i diritti del cittadino né sottoporlo a obblighi supplementari, anche se conforme allo scopo della legge. Oltre a una rigorosa applicazione delle condizioni relative alla delega legislativa, una delega a un organismo o a

una persona privata deve in ogni caso perseguire un interesse pubblico e soddisfare i requisiti del principio di proporzionalità (art. 5 cpv. 2 Cost.). Inoltre, deve essere garantita l'accessibilità delle norme. Infine, sarebbe opportuno sottoporre l'organismo privato a una sorveglianza statale minima.

Si deve constatare che il **diritto federale** prevede deleghe a organismi privati 45
la cui costituzionalità è dubbia. È il caso, ad esempio, della delega agli «organismi di autoregolamentazione» in materia di riciclaggio di denaro, in virtù della quale questi ultimi «emanano un regolamento [che precisa] gli obblighi di diligenza [...] a carico degli intermediari finanziari loro affiliati e ne regolano le modalità di applicazione» (art. 25 cpv. 1 e 2 LRD). È quindi «organismo di autodisciplina» è un'associazione riconosciuta dalla FINMA, alla quale gli intermediari finanziari non soggetti direttamente alla sua vigilanza possono affiliarsi per adempiere ai loro obblighi in materia di lotta contro il riciclaggio di denaro, e che emana norme di condotta conformi alla LRD, ne controlla il rispetto da parte dei suoi membri e dispone di un potere disciplinare nei loro confronti. In secondo luogo, in materia di formazione professionale, la legge prevede che «le organizzazioni competenti del mondo del lavoro definiscono le condizioni di ammissione, il livello richiesto, le procedure di qualificazione, i certificati rilasciati e i titoli conferiti» (art. 28 cpv. 2 LFPr). Tali deleghe vanno oltre la semplice esecuzione, poiché incidono sui diritti e sugli obblighi dei privati. Esse richiedono quindi una base costituzionale che manca nel diritto federale.

## B. Ammissibilità della delega legislativa

### 1. Condizioni generali

La delega legislativa ha conseguenze importanti in materia di legittimità 46
democratica e separazione dei poteri. Per questo motivo il TF subordina la pratica a una serie di **quattro condizioni cumulative**: la delega deve (1) figurare in una legge in senso formale; (2) non essere esclusa dal diritto superiore; (3) essere limitata a una materia particolare; e (4) contenere le linee generali della regolamentazione, in particolare quando la situazione giuridica dei privati è influenzata in modo significativo. Questa giurisprudenza riguarda le deleghe legislative a livello cantonale, poiché l'art. 190 Cost. impedisce un controllo effettivo di una clausola di delega contenuta in una legge federale, ma è applicabile *mutatis mutandis* a livello federale. Di queste quattro

condizioni, l'art. 164 cpv. 2 Cost. menziona esplicitamente solo le prime due. Con questa formulazione, tuttavia, il costituente non ha voluto discostarsi dalla prassi precedente. La concisione dell'art. 164 cpv. 2 Cost. si spiega piuttosto con la sua genesi e la sua sistematica. Come già accennato, l'Assemblea federale ha esplicitamente rinunciato alla seconda frase del secondo capoverso proposta dal Consiglio nazionale, che prevedeva che la clausola di delega dovesse definire le linee generali (*supra* N. 5). Essa riteneva superflua tale aggiunta alla luce del primo comma, che dispone che le disposizioni fondamentali dei settori menzionati devono figurare nella legge. Inoltre, nella sua versione definitiva, l'art. 164 cpv. 2 Cost. rimanda al suo primo comma, che copre implicitamente le due condizioni rimanenti. In tal senso, l'art. 164 cpv. 2 Cost. contiene già implicitamente le ultime due condizioni.

### 2. «Prevista in una legge federale»

47 In primo luogo, l'art. 164 cpv. 2 Cost. richiede che la delega sia **prevista** in una «**legge federale**», ossia in una legge in senso formale. Questa condizione ha lo scopo di salvaguardare i diritti popolari consentendo lo svolgimento di un eventuale referendum (con riferimento agli articoli 163 e 141 Cost.). Non potendo provocare una votazione sulla regolamentazione delegata, il popolo può pronunciarsi sul principio della delega. Per questo motivo la norma di delega deve sempre essere esplicita. Una delega legislativa implicita sarebbe inoltre in contrasto con i requisiti di certezza del diritto. L'articolo 141 capoverso 2 lettera b LParl svolge peraltro questa funzione, richiedendo che il Consiglio federale indichi, nel suo messaggio relativo a un progetto di atto, le competenze che il progetto prevede di delegare.

### 3. «A meno che la Costituzione non lo escluda»

48 In secondo luogo, una delega è ammissibile «**a meno che la Costituzione non lo escluda**». Con questa formulazione, l'articolo 164 capoverso 2 Cost. fa riferimento alle riserve di legge, generali o speciali (*supra* N. 10). Quando la Costituzione riserva la forma della legge, esclude le deleghe. A questo proposito, l'art. 164 cpv. 2 Cost. rimanda innanzitutto al suo primo comma. La riserva di legge in senso formale sancita dall'art. 164 cpv. 1 Cost. costituisce quindi un caso di esclusione della delega legislativa. L'articolazione dei due commi dell'art. 164 Cost. solleva alcune difficoltà interpretative, ma la dottrina maggioritaria ritiene giustamente che la delega legislativa su norme giuridiche

importanti sia inammissibile, opinione confermata dalla giurisprudenza del TF. Anche le riserve speciali costituiscono casi di esclusione settoriale della delega legislativa. È il caso di una grave restrizione di un diritto fondamentale (art. 36 cpv. 1 Cost.) o di una privazione della libertà (art. 31 cpv. 1 Cost.) (*supra* N. 28).

### 4. Condizioni implicite

Rinviando al suo primo comma, l'art. 164 cpv. 2 Cost. esclude le deleghe legislative relative alle disposizioni fondamentali dei settori elencati alle lett. a–g. Ne consegue che l'art. 164 cpv. 2 Cost. implica già le ultime due condizioni sviluppate dal TF. Queste due condizioni riguardano infatti la densità normativa della legge. Esse tendono a vietare le deleghe che conferiscono «carta bianca» al delegato. In altre parole, garantiscono che le disposizioni fondamentali siano adottate dal legislatore. È proprio questa la richiesta dell'art. 164 cpv. 1 2ª frase Cost. Con riferimento a quest'ultima disposizione, l'art. 164 cpv. 2 Cost. copre quindi le ultime due condizioni sviluppate dal TF. In terzo luogo, la delega deve essere **limitata a una materia determinata**. Sono escluse le deleghe il cui campo di applicazione sarebbe troppo vasto. Infine, la legge deve enunciare le regole principali nelle **linee generali**, vale a dire lo scopo, l'oggetto e la portata dei poteri delegati. Per fungere da base legale, la norma di delega deve essere sufficientemente densa; si rimanda alla giurisprudenza citata sopra (*supra* N. 24). Il legislatore non può rinunciare a una questione senza definire, in una certa misura, il contenuto della sua regolamentazione. A questo proposito è essenziale che le disposizioni della norma delegata possano essere ricondotte o riferite alla sua base giuridica formale. In altri termini, la legge deve costituire in modo chiaro il fondamento di ogni atto statale che ne deriva (*supra* N. 19). 49

## C. Conflitto con le competenze originarie del Consiglio federale

L'articolo 164 capoverso 2 Cost. riguarda le deleghe di competenze previste da una legge. La Costituzione non precisa invece i rapporti tra le **competenze originarie** – ossia le disposizioni della Costituzione che abilitano (in particolare) il Consiglio federale ad adottare norme giuridiche – e la riserva di legge ai sensi dell'articolo 164 Cost. Quando il Consiglio federale adotta norme giuridiche sulla base di una competenza originaria, è chiamato ad adottare norme giuridiche importanti. È il caso, in primo luogo, degli 50

articoli 184 capoverso 3 e 185 capoverso 3 Cost., che conferiscono al Consiglio federale una competenza legislativa quando la salvaguardia degli interessi del Paese lo richiede, rispettivamente al fine di prevenire disordini esistenti o imminenti che minacciano gravemente l'ordine pubblico, la sicurezza esterna o la sicurezza interna. Questo diritto di urgenza o di necessità sembra destinato ad acquisire maggiore importanza alla luce dell'ampia interpretazione che ne ha dato il Consiglio federale nel contesto della ricapitalizzazione dell'UBS o della pandemia di Covid-19. È tuttavia ammesso che queste disposizioni si trovano in un rapporto di specialità con (e quindi prevalgono su) l'art. 164 Cost., in particolare alla luce dell'interesse pubblico in gioco e del carattere temporaneo delle misure.

51 Alcune disposizioni transitorie adottate in occasione di iniziative popolari impongono al Consiglio federale di emanare **ordinanze «di applicazione» o «di esecuzione» provvisorie** in caso di inattività dell'Assemblea federale entro un termine determinato (cfr. ad es. art. 197 n. 9 cpv. 1 e n. 11 cpv. 2 Cost.). Questo meccanismo serve a esercitare una pressione sull'Assemblea federale e a garantire l'effettiva attuazione dell'iniziativa costituzionale. Ne deriva tuttavia una tensione con l'art. 164 Cost., poiché l'attuazione di un'iniziativa popolare comporta potenzialmente l'adozione di norme giuridiche importanti. Tale tensione deve essere risolta mediante interpretazione. In una tale costellazione, è opportuno interpretare la Costituzione in modo armonioso, favorendo la lettura più rispettosa possibile delle diverse disposizioni e in modo da garantire una «concordanza pratica». L'interpretazione deve tenere conto del contesto costituzionale globale: da soli, la volontà dei promotori dell'iniziativa e il carattere posteriore di una disposizione non sono sufficienti a stabilire un rapporto di specialità.

52 La **dottrina** ritiene che tali disposizioni transitorie conferiscano al Consiglio federale la competenza di adottare norme giuridiche importanti e prevalgano sull'articolo 164 Cost. Secondo Rausch, tale primato è giustificato dal carattere temporaneo delle ordinanze così adottate. Questo approccio fatica a convincere, nella misura in cui il deficit democratico dell'ordinanza è amplificato dall'effetto pregiudizievole che essa esercita nella pratica: per ragioni di certezza del diritto, la legge federale potrà riprendere in tutto o in parte l'ordinanza. Inoltre, il carattere temporaneo di una norma giuridica non ne diminuisce necessariamente l'importanza. Per questo motivo la Costituzione limita piuttosto la possibilità offerta al Consiglio federale di

adottare in via temporanea norme giuridiche importanti alle situazioni di emergenza e che rispondono a un interesse pubblico particolare (art. 184 cpv. 3 e 185 cpv. 3 Cost.). Wyss ritiene che l'articolo 164 capoverso 1 debba essere abrogato perché le disposizioni transitorie sarebbero prive di senso se non consentissero al Consiglio federale di adottare norme giuridiche importanti. Il Consiglio federale sarebbe infatti incapace, nella pratica, di adempiere al proprio mandato. A nostro avviso, questa posizione favorisce tuttavia eccessivamente la volontà dei promotori dell'iniziativa e la posteriorità delle disposizioni transitorie, a scapito della fedele espressione della volontà popolare.

53 Un'iniziativa che consente al Consiglio federale di adottare norme importanti ha sempre due oggetti: uno riguarda il contenuto dell'iniziativa, l'altro modifica l'architettura costituzionale della separazione dei poteri. La Costituzione prevede infatti che le norme giuridiche importanti siano adottate dall'Assemblea federale; sottopone le leggi federali al referendum; afferma che le leggi, a differenza delle ordinanze, sfuggono alla giurisdizione costituzionale; per quanto riguarda un'eventuale pressione esercitata sull'Assemblea federale, essa è di competenza del popolo attraverso le elezioni. Ritenere che il Consiglio federale possa adottare norme giuridiche importanti mediante ordinanza significa compromettere l'intero **equilibrio costituzionale**. Non si può quindi presumere che il costituente intenda discostarsi da tale struttura costituzionale al momento di pronunciarsi sul merito di un'iniziativa popolare, a meno che il costituente non si esprima in modo inequivocabile al riguardo. Ciò vale a maggior ragione in quanto i messaggi relativi alle suddette iniziative non menzionano il rapporto tra le disposizioni transitorie e l'articolo 164 Cost. Questa assenza può essere contrapposta all'art. 141 cpv. 2 lett. b LParl che, come indicato sopra, obbliga il Consiglio federale a chiarire ogni delega legislativa nel suo messaggio relativo a un progetto di legge. Questo obbligo sussiste anche se le norme giuridiche importanti non possono in ogni caso essere delegate (*supra* N. 15). Non si tratta di affermare che tali iniziative dovrebbero essere invalidate a causa di una violazione del principio dell'unità della materia – cosa poco plausibile alla luce della prassi delle autorità – ma piuttosto di suggerire che il **principio dell'unità della materia** deve guidare l'interpretazione delle disposizioni costituzionali, poiché garantisce la fedele espressione della volontà del popolo. Pertanto, in assenza di un'espressione univoca di una volontà contraria – che dovrebbe basarsi in particolare su un testo chiaro e su un

messaggio esplicito al riguardo –, le disposizioni transitorie devono essere interpretate nel senso che non alterano l'architettura costituzionale. I mandati legislativi conferiti al Consiglio federale da tali disposizioni transitorie comportano la competenza di adottare ordinanze sostitutive, ma non norme giuridiche importanti.

## IV. GIUSTIZIABILITÀ

54 La questione della giustiziabilità di un'ordinanza si pone soprattutto per quanto riguarda le **ordinanze del Consiglio federale**. Mentre il controllo astratto è escluso (art. 189 cpv. 4 Cost.), il TF può esaminare le ordinanze del Consiglio federale nell'ambito di un controllo pregiudiziale. Il controllo di un'ordinanza ha quindi luogo solo in occasione di un atto di applicazione individuale e concreto. Un cittadino può invocare una violazione della separazione dei poteri quando un'ordinanza è priva di una base legale sufficiente o contiene disposizioni che dovrebbero figurare in una legge. In tal caso, il TF rifiuta di applicare l'ordinanza e annulla la decisione basata su di essa. Spetta quindi al Consiglio federale modificare o abrogare la sua ordinanza.

55 Il TF può esaminare liberamente le **ordinanze indipendenti** del Consiglio federale. Queste si basano sulla Costituzione, il che tuttavia non esonera il Consiglio federale dal rispetto del diritto federale, in particolare della Costituzione e delle leggi federali. Spetta al TF assicurarsi che l'ordinanza indipendente non sia in contrasto con altre norme costituzionali, a meno che la norma costituzionale che attribuisce le competenze non preveda essa stessa tali violazioni o le accetti. Ciò detto, il TF non invade il margine di discrezionalità politica che spetta al Consiglio federale nell'ambito delle sue competenze originarie.

56 La situazione è invece più complessa quando si tratta di un'**ordinanza dipendente**, che si basa su una legge. Il controllo di una delega legislativa viene analizzato in modo distinto a seconda che l'oggetto del controllo sia la legge che la fonda o l'ordinanza stessa. Nel diritto federale, il TF è tenuto ad applicare **una legge che prevede una delega legislativa** ai sensi dell'art. 190 Cost., anche se questa viola le condizioni sopra menzionate (*Anwendungsgebot*). L'obbligo di applicare il diritto federale non gli impedisce tuttavia di controllare il rispetto di tali condizioni (*kein Prüfungsverbot*) . Per contro, il TF può controllare in via pregiudiziale sia la legalità che la

costituzionalità delle **ordinanze dipendenti sostitutive**. Il TF esamina innanzitutto la conformità dell'ordinanza alla legge su cui si basa, ovvero se l'autorità delegata sia rimasta nei limiti dei poteri che le sono stati conferiti. Quando un'ordinanza è conforme alla legge, il TF ne controlla poi la conformità alla Costituzione, a condizione tuttavia che la delega legislativa autorizzi il delegatario a derogare ad essa. Nella misura in cui una clausola di delega conferisce un potere discrezionale al Consiglio federale, tale clausola è vincolante per il TF ai sensi dell'art. 190 Cost. In tal caso, il TF deve limitarsi a esaminare se le disposizioni contestate esulino manifestamente dall'ambito della delega di competenza conferita dal legislatore all'autorità esecutiva o se, per altri motivi, siano contrarie alla legge o alla Costituzione; esso non è autorizzato a sostituire il proprio giudizio a quello del Consiglio federale. Il controllo della costituzionalità di un'ordinanza si confonde quindi con il controllo dell'arbitrarietà e della parità di trattamento.

Infine, 57
la costituzionalità e la legalità di un'ordinanza adottata sulla base di una **subdelega** sono valutate secondo i principi applicabili a un'ordinanza del Consiglio federale basata su una delega di legge.

## V. CONCLUSIONE

L'art. 164 Cost. costituisce una norma fondamentale del diritto costituzionale 58
svizzero, in quanto articola l'esigenza democratica e la separazione dei poteri con la necessità di un'azione statale flessibile ed efficace. Se oggi prevale la ricerca dell'efficienza, sostenuta in particolare dal New Public Management, l'art. 164 Cost. deve continuare a preservare la «dignità della legge» e i principi democratici che ne costituiscono il fondamento. La tensione insita nell'articolo 164 Cost. continua inoltre a ricordarci la sua importanza. Così, l'iniziativa «per la democrazia diretta e la competitività del nostro Paese – contro una Svizzera membro passivo dell'UE (iniziativa bussola)», depositata nell'agosto 2025 presso la Cancelleria federale, propone di introdurre un nuovo capoverso 3 nell'articolo 164 Cost., secondo cui «[l]a ripresa di disposizioni importanti che fissano norme giuridiche deve essere espressamente prevista in una legge federale o in un trattato internazionale sottoposto a referendum obbligatorio e limitata a un ambito strettamente delimitato». Prevede inoltre una modifica dell'articolo 140 capoverso 1 Cost., sottoponendo «al voto del popolo e dei Cantoni [...] i trattati internazionali

che prevedono la ripresa di disposizioni importanti che fissano norme giuridiche». Tuttavia, come abbiamo visto, la Costituzione sottopone già i trattati internazionali al referendum facoltativo quando contengono disposizioni importanti che fissano norme giuridiche (art. 141 cpv. 1 lett. d Cost.). Inoltre, né l'articolo 164 né l'articolo 140 Cost. prevedono una doppia maggioranza del popolo e dei Cantoni per l'adozione di leggi che fissano norme giuridiche importanti, né, del resto, un referendum obbligatorio. Ci si può quindi interrogare sull'opportunità di stabilire requisiti più severi per i trattati internazionali rispetto al diritto federale: una tale asimmetria denota forse meno una preoccupazione democratica che una reticenza di principio nei confronti del diritto internazionale (o, in particolare, del diritto europeo). La legittimità democratica deve essere preservata, non strumentalizzata.

*Informazioni sull'autore*

*Leo Tiberghien è dottorando all'Università di Friburgo. La sua ricerca verte sul quadro giuridico applicabile alla privatizzazione del finanziamento, alle procedure di adozione del diritto, all'attuazione del diritto e alle operazioni delle organizzazioni internazionali. È stato ricercatore ospite presso il Lauterpacht Center for International Law dell'Università di Cambridge (2023-2024) e presso l'Erik Castrén Institute dell'Università di Helsinki (2022-2023). Ha lavorato come assistente di ricerca e insegnamento presso la cattedra di diritto internazionale ed europeo dell'Università di Friburgo (2020-2022) e come assistente studentesco presso la cattedra di diritto penale e criminologia dell'Università di Friburgo (2017-2020). Leo ha conseguito un LL.M. presso l'Università di Yale e un MLaw e un BLaw presso l'Università di Friburgo.*

*Ringrazio sentitamente la dott.ssa Camilla Jacquemoud, Judith Gelblat, la prof.ssa Odile Ammann, il dott. Stefan Schlegel e il prof. Jacques Dubey per i suggerimenti, le discussioni e le attente revisioni.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, La notion de loi en droit cantonal : carrefour du fédéralisme et de la démJe remercie chaleureusement la Dr. Camilla Jacquemoud, Judith

Gelblat, la Prof. Odile Ammann, le Dr. Stefan Schlegel et le Prof. Jacques Dubey pour les suggestions, discussions et relectures minutieuses.ocratie suisses, in : Auer Andreas/Kälin Walter (édit), La loi en droit public cantonal – Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur 1991, 21-34.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse Berne, 2002.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019.

Gili Natasia Isabelle, Staatlich gesteuerte Selbstregulierung : Am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SaMW), Schulthess, Thèse, Zurich 2017.

Iancu Bodgan, Legislative Delegation : The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism, Berlin 2012.

Martenet Vincent, Architecture des pouvoirs : enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, Zurich 2016.

Möllers Christoph, The Three Branches : A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford 2013.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/ Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer

Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre /Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich 2022.

Uhlmann Felix (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St-Gall 2017.

Waldron Jeremy, The Dignity of Legislation, Cambridge 2009.

Wyttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes (3) 2014, S. 463-487.

Bellanger François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Beusch Michael, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (art. 164 BV), in : Gächter Thomas/Bertschi Martin (édit.), Neue Akzente in der « nachgeführten » Bundesverfassung, Zürich 2000, 227-250.

Biaggini Giovanni, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl (123) 2022, S. 59-91.

Biaggini Giovanni, « Notrecht » in Zeiten der Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl (121) 2020, S. 239-267.

Biaggini Giovanni, Art. 139 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 178 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 2013/114 316-337.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes (3) 2000, S. 13-27.

Ehrenzeller Bernhard/Gertsch Gabriel, Art. 139, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./ Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Eichenberger Kurt, Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, ZSR 1974/II 7-27.

Epiney Astrid/Diezig Stefan, Art. 139, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à charactère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/ Bâle 2016.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse, Berne 2002.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe, Recht 2002 17-23.

Flückiger alexandre, La procédure législative dans les cantons et les communes, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020, 1969-1987.

Gfeller Katja/Glaser Andreas/Lehner Irina, E-Collecting: Umsetzungsvarianten und Rechtsetzungsbedarf, LeGes (32) 2021, S.1-15.

Gonin Luc, Art. 185, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème éd., Zurich/St. Gall 2020.

Jaag Tobias, Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl (112) 2011, S. 629-659.

Jenni Christoph/Schüpbach Mike, Private Normen im Gesundheitsrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Kaufmann Mathias, Variation im Ausdruck oder Akzentverschiebung?, ZBl 2013/114 432-440.

Kley Andreas/Feller Reto, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes, ZBl (105) 2004, S. 229-245.

Kradolfer Matthias, Intertemporales öffentliches Recht, Zurich/St. Gall 2020.

Künzli Jörg, Art. 184, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Künzli Jörg, Art. 185, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Lautenbach Geranne, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford 2014.

Mader Luzius, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung – Anmerkung aus legistischer Sicht, ZSR 2004/II 3-156.

Mader Luzius, Die Erlassformen der Bundesversammlung und der Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung, LeGes 2000/3 7-9.

Mächler August, Private Normen in der Rechnungslegung, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, Berne 2021.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bale/Genève 2020, 999-1023.

Marti Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl (101) 2000, S. 561-586.

Marti Arnold, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002 1154-1162.

Moor Pierre, Art. 182 Cst, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume I : Les fondements, 3ème éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2ème éd., Berne 2018.

Müller Georg, Formen der Rechtssetzung, in : Ulrich Zimmerli (édit.), Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universät Bern, Berne 2000, 223-248.

Müller Georg, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, LeGes (3) 2000, S. 29-40.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Müller Georg, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl (97) 1996, S. 97-114.

Müller Georg, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl (99)1998, S. 1-23.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss : Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004/2 159-163.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4ème éd., Zurich 2024.

Odermatt Luzian, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, LeGes (2) 2003, S. 107-111.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Art. 22, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung : Kommentar zuum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, 2ème éd., Bâle 2024.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law », im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, Basel, 29 novembre 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/petrig-sinz_rechtsgutachtensoft-law-version-publikation.pdf.

Poltier Etienne, Délégation d'activités économiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Rausch Caroline, Ausgleichmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen, Zurich 2023.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Bâle 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3ème éd., Bâle 2016.

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2ème éd., Berne 2022.

Sägesser Thomas, Art. 164 Cst., in : Sägesser Thomas (édit.), Die Bundesbehörden : Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Berne 2000.

Sägesser Thomas, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, JPA 1998 677-686.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 184, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 185, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Schmidt Evelyne, Art. 184, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Schweizer Rainer/Müller Lucien, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008/3 379-399.

Seaders Lloyd Ian, Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem, Zurich/St-Gall 2021.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Hans Stutz, Private Normen in Umwelt- und Baurecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2ème éd., Zurich 2018.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/ Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5ème éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Legalitätsprinzip, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/ Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.

Uhlmann Felix, « Die Normen können bei ... bezogen werden » : Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes (1) 2013, S. 89-104.

Uhlmann Felix/Gili natassia, Private Normen und staatliches Recht, in : Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Waldmann Bernhard, Staatliche Herausforderung, in : Uhlmann Felix/Höfler Stefan (édit.), Notrecht in der Corona-Krise, Zurich/St. Gall 2021.

Wiederkehr René, Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Licht der Verwaltungspraxis, Recht 2007 25-39.

Wyss Karl-Marc, Die Vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg : Phänomen – Grundsätze – Gefahren, Zurich/St. Gall 2020.

Wyss Martin, Rechtsetzungsverfahren im Bund, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.

Wyss Martin, Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, in Felix Uhlmann (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St. Gall 2017.

Wyttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

Zulauf Urs, Koregulierung in den « Kleeblattentwürfen » zum Schweizer Finanzmarktrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Pascal Zysset, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsgerichtliche Qualifikationen und rechtstaatlicher Rahmen, Zurich/Bâle/Genève 2017.

## I MATERIALI

Conseil fédéral, Exposé des motifs, Berne 1995 et Avant-Projet.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La

répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, FF 1996 II 413.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 et Projet de Constitution 1996, FF 1997 I 1.

Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution du 6 mars 1997, FF 1997 III 243.

Rapport complémentaire des Commission des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF 1997 III 1312.

Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérales, Réforme de la Constitution fédérale, FF 1998 I 286.

Office fédéral de la justice, Guide de législation : Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 166 Cost.

Un commentario di Jelena Protic

CITAZIONE SUGGERITA

Jelena Protic, Commentary of art. 166 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Breve citazione: OK-Protic, N XXX zu Art. 166 BV.

**Art. 166 Relazioni con l'estero e trattati internazionali**

[1] L'Assemblea federale partecipa all'elaborazione della politica estera e vigila sulla cura delle relazioni con l'estero.

[2] Approva i trattati internazionali; sono esclusi quelli la cui conclusione è di competenza del Consiglio federale in virtù della legge o di un trattato internazionale.

# STRUTTURA

I. Sfondo ..... 1285
II. Sistematico e contestuale ..... 1286
III. Art. 166: Relazioni estere e trattati internazionali ..... 1286
A. Partecipa alla definizione della politica estera e alla supervisione delle relazioni estere (paragrafo 1). ..... 1287
1. Partecipazione alla definizione della politica estera ..... 1287
a. Terminologia ..... 1287
b. Attori della partecipazione ..... 1289
c. Forme di partecipazione ..... 1289
d. Strumenti di partecipazione ..... 1292
e. Effetti della partecipazione ..... 1292
2. Monitoraggio delle relazioni estere ..... 1293
B. Approvazione di trattati internazionali (paragrafo 2) ..... 1293
1. Generale ..... 1293
2. Approvazione da parte dell'Assemblea federale (la cosiddetta procedura ordinaria) ..... 1294
3. Conclusione da parte del solo Consiglio federale (procedura semplificata) .. 1297
4. Emendamento e denuncia ..... 1298
5. Rapporto annuale ..... 1300
Letture consigliate ..... 1300
L'autore ..... 1301
Bibliografia ..... 1302

## I. SFONDO

Già la Costituzione federale del 1848 sanciva all'articolo 74, cpv. 5, la competenza dell'Assemblea federale ad approvare alleanze e trattati con Stati stranieri. Nonostante l'assenza di una disposizione generale sul coinvolgimento dell'Assemblea federale negli affari esteri nella Costituzione del 1874 e il ruolo dominante del Consiglio federale nella pratica tra la fine del XIX secolo e la fine del XX secolo, l'esecutivo non aveva una competenza esclusiva in questo settore. 1

L'attuale Art. 166 Cost. è stato oggetto di un acceso dibattito durante l'ultima revisione totale della Costituzione federale. In seguito alle critiche ricevute durante la procedura di consultazione, il Consiglio federale ha proposto un nuovo articolo 156 nel suo progetto del 1996. Il primo paragrafo del nuovo articolo affermava espressamente che l'Assemblea federale aveva il potere di esercitare una notevole influenza sulla politica estera, stabilendo che "l'Assemblea federale partecipa alla formulazione della politica estera e supervisiona le relazioni estere". Il paragrafo 2 ha ribadito la competenza dell'Assemblea federale ad approvare i trattati, tranne nei casi in cui il Consiglio federale è autorizzato a concluderli da solo sulla base della Costituzione, di una legge o di un trattato internazionale. Nel 1997, le due commissioni di revisione costituzionale hanno proposto una formulazione più diretta della competenza generale ("l'Assemblea federale determina gli orientamenti fondamentali della politica estera"), alla quale il Consiglio federale si è opposto. Inoltre, entrambe le commissioni hanno ritenuto che i trattati internazionali che rientrano solo nelle competenze del Consiglio federale e che quindi non richiedono l'approvazione dell'Assemblea federale debbano essere definiti nella legge. 2

Dopo intense discussioni, la proposta del Consiglio federale è stata adottata per quanto riguarda l'attuale paragrafo 1 dell'Articolo 166 Cost. Pertanto, è stata adottata una disposizione generale ed esplicita sul coinvolgimento dell'Assemblea federale nelle questioni di politica estera, senza tuttavia concedere all'Assemblea federale il potere di stabilire linee guida in questo settore in modo vincolante. Per quanto riguarda il paragrafo 2, la proposta che la Costituzione potesse conferire al Consiglio federale il potere di concludere da solo alcuni trattati internazionali è stata rapidamente respinta e la proposta delle commissioni è stata accettata. 3

## II. SISTEMATICO E CONTESTUALE

4 L'articolo 166 Cost. fa parte del tema generale delle competenze dell'Assemblea federale (Titolo 5, sezione 3, capitolo 3 Cost.) e tratta più specificamente della separazione dei poteri nell'ambito della politica estera. L'articolo 166 Cost. è strettamente legato all'articolo 184 Cost. che afferma che "il Consiglio federale è responsabile degli affari esteri, fatti salvi i diritti di partecipazione dell'Assemblea federale", come definito nell'articolo 166 Cost. Questo legame intrinseco tra le due disposizioni dimostra l'intreccio delle competenze dei rami legislativo ed esecutivo in questo settore. Inoltre, l'inclusione nella Costituzione del 1999 di competenze condivise e di un'intensa cooperazione tra il Consiglio federale e l'Assemblea federale nel campo della politica estera segna un passo importante nella tendenza generale all'erosione del monopolio dell'esecutivo nelle relazioni estere.

5 Alla base di questo intreccio di competenze ci sono due grandi sfide che le autorità federali incaricate degli affari esteri devono affrontare. Da un lato, l'internazionalizzazione della politica e del diritto, che ha acquisito intensità soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, e gli effetti che le norme internazionali hanno direttamente sul pubblico e sul diritto nazionale, hanno evidenziato una maggiore necessità di legittimità democratica nella sfera internazionale. D'altra parte, il Consiglio federale deve essere in grado di mantenere un margine di manovra e un grado di flessibilità ed efficienza nella conduzione della politica estera, esigenze che possono essere compromesse da processi di coinvolgimento parlamentare che richiedono molto tempo. Questa tensione è particolarmente delicata per uno Stato globalizzato come la Svizzera, il cui 'DNA costituzionale' comprende la partecipazione democratica al processo legislativo.

## III. ART. 166: RELAZIONI ESTERE E TRATTATI INTERNAZIONALI

6 L'Art. 166 Cost. riguarda la divisione orizzontale delle competenze nel campo degli affari esteri tra il Consiglio federale e l'Assemblea federale.

## A. Partecipa alla definizione della politica estera e alla supervisione delle relazioni estere (paragrafo 1).

Mentre il Consiglio federale è "responsabile degli affari esteri" (art. 184 cpv. 1 Cost.), l'Assemblea federale ha alcuni diritti di partecipazione ai sensi degli art. 166 e 184 cpv. 1 Cost. La dottrina ritiene che il Consiglio federale e l'Assemblea federale abbiano poteri concorrenti negli affari esteri. Il messaggio del Consiglio federale su una nuova Costituzione federale del 20 novembre 1996 rileva un parallelismo e una sovrapposizione nelle rispettive competenze dell'esecutivo e del legislativo che "incoraggiano [...] i due poteri a unire i loro sforzi" e che agiscono come "le dita di un'unica mano" nel campo della politica estera. Il legislatore federale ha quindi una posizione forte in politica estera, unica nel confronto internazionale. Secondo l'Articolo 166 cpv. 1 della Costituzione federale, l'Assemblea federale "partecipa alla definizione della politica estera" (tra l'altro approvando i trattati internazionali, cpv. 2) e "supervisiona le relazioni estere". 7

### 1. Partecipazione alla definizione della politica estera

#### a. Terminologia

*"Partecipazione" nella definizione*

"Partecipazione" significa prendere parte a qualcosa, a un'azione, in questo caso alla definizione della politica estera. L'articolo 166 cpv. 1 della Costituzione federale stabilisce quindi un diritto e un obbligo di partecipazione dell'Assemblea federale. Ehrenzeller parla di "decisore corresponsabile" ("mitverantwortlicher Entscheidungsträger"). 8

La formulazione attuale va oltre il progetto del 1995 ("può contribuire all'orientamento della politica estera"), ma meno della proposta delle due commissioni del 1997, secondo cui "l'Assemblea federale determina gli orientamenti fondamentali della politica estera". Ne deduciamo che l'Assemblea federale non può fissare obiettivi vincolanti nel campo della politica internazionale. Tuttavia, nel giugno 2021, il CPE del Consiglio Nazionale ha chiesto in un'iniziativa parlamentare che "il Consiglio federale chiarisca le regole istituzionali per la continuazione e la facilitazione delle relazioni con l'Unione Europea nel quadro del dialogo politico strutturato con l'Unione Europea, in modo tale da salvaguardare gli interessi della Svizzera" e 9

che "le linee principali del dialogo, nonché il ruolo del Parlamento e dei Cantoni e il loro coinvolgimento nel processo siano definiti in una legge federale". Secondo Baumbacher, una legge del genere non sarebbe compatibile con la divisione delle competenze stabilita dalla Costituzione. A nostro avviso, sarebbe giustificato che l'Assemblea federale definisse legalmente gli orientamenti strategici e le linee guida della politica europea. Tuttavia, l'obbligo di avviare negoziati e l'impossibilità per il Consiglio federale di interromperli, come proposto nell'iniziativa, andrebbero oltre la partecipazione dell'Art. 166 cpv. 1 Cost. e violerebbero quindi la prerogativa dell'esecutivo. Il Tribunale federale ha espressamente stabilito che l'Assemblea federale non può obbligare il Consiglio federale a intraprendere determinate misure di politica estera ai sensi dell'articolo 166 cpv. 1 della Costituzione, e che è responsabilità esclusiva del Consiglio federale astenersi dal proseguire i negoziati.

10 Con il termine "partecipare" ai sensi dell'Art. 166 cpv. 1 Cost. l'Assemblea federale non deve limitarsi a legittimare l'azione del Consiglio federale nell'ambito della politica estera, ma deve agire in modo proattivo di propria iniziativa e in conformità alle procedure in vigore.

*"Definizione"di "politica estera"*

11 Il concetto di "politica estera" deve essere inteso in senso ampio, nel senso che comprende tutte le attività svolte nel contesto degli affari esterni della Svizzera. In generale, si ritiene che la nozione di "politica estera" sia più ristretta rispetto alla nozione di "affari esteri". Tuttavia, queste distinzioni terminologiche hanno poco significato pratico.

12 L'Assemblea federale "partecipa alla definizione", "sich an der Gestaltung beteiligen", "participa all'elaborazione" della politica estera. La versione francese parla semplicemente di "definizione", mentre la versione tedesca utilizza il termine "Gestaltung" e quella italiana "elaborazione". Se ne deduce che l'Assemblea federale deve partecipare alla formazione, all'elaborazione della politica estera, cioè alla sua formazione e alla sua preparazione matura. L'Assemblea federale deve quindi essere associata alla formazione della volontà politica su questioni fondamentali ed essere coinvolta nella presa di decisioni importanti, avendo così la possibilità di esercitare un'influenza effettiva sull'orientamento della politica estera svizzera. Gli aspetti operativi

della conduzione di questa politica, in particolare la sua attuazione, sono di esclusiva competenza del Consiglio federale.

L'articolo 24 della Legge federale definisce il concetto di "definizione della politica estera". Secondo il paragrafo 1, "l'Assemblea federale [...] parteciperà al processo decisionale sulle questioni importanti di politica estera". La dottrina ritiene che la nozione di "questioni importanti" sia di natura materiale e non formale, nel senso che i criteri formali come la forma o la natura di un atto di politica estera non sono decisivi e che devono essere valutati caso per caso tenendo conto di tutte le circostanze. 13

In conclusione, il Consiglio federale è tenuto a coinvolgere l'Assemblea federale prima di prendere decisioni su "questioni importanti" nel campo della politica estera. Tuttavia, questo coinvolgimento comporta anche la responsabilità per l'Assemblea federale di "seguire gli sviluppi internazionali", in conformità con l'Art. 24 cpv. 1 della Legge federale, e di prendere posizioni e iniziative al riguardo. 14

## b. Attori della partecipazione

L'Art. 166 Cost. include la partecipazione dell'Assemblea plenaria e delle commissioni parlamentari. I comitati più importanti sono i due comitati di politica estera (FPC), ma partecipano anche altri comitati tematici a seconda dell'area interessata. I CTP fungono da collegamento tra il Consiglio federale e l'Assemblea federale, grazie ai diritti specifici loro concessi dall'articolo 152 della Legge federale sul Parlamento. 15

## c. Forme di partecipazione

L'Assemblea federale svolge i compiti definiti nell'Art. 166 Cost. e nell'Art. 24 cpv. 1 FL (ossia monitorare gli sviluppi internazionali e partecipare al processo decisionale su importanti questioni di politica estera) principalmente in quattro forme: scambio di opinioni, diritto all'informazione, diritto alla consultazione e relazioni parlamentari estere. 16

*Scambio di opinioni e diritto all'informazione*

Secondo l'Art. 152 cpv. 1 della Legge federale, "le commissioni responsabili della politica estera e il Consiglio federale mantengono contatti reciproci e si scambiano regolarmente opinioni". 17

18 Para. 2 dello stesso articolo prevede che il Consiglio federale informi regolarmente, tempestivamente e in modo esaustivo i Collegi presidenziali e il FPC sugli sviluppi importanti in questo settore, sia che riguardino la sola politica estera della Svizzera, sia che abbiano implicazioni per la sua politica interna. Ehrenzeller ritiene che, al fine di garantire una partecipazione efficace dell'Assemblea federale, spetti alla FPC e non al Consiglio federale separare gli sviluppi importanti da quelli meno importanti. Inoltre, i diritti generali di informazione dell'Assemblea federale ai sensi dell'Art. 150 cpv. 1 lettere da a a c della Legge federale e le loro limitazioni ai sensi del cpv. 2 Le lettere a e b si applicano anche alla politica estera.

*Diritto di consultazione*

19 L'articolo 152 cpv. 3 della Legge federale stabilisce l'obbligo di consultare il FPC sulle principali linee guida di politica estera, sulle modifiche previste alla rete diplomatica e consolare svizzera all'estero e sulle direttive o linee guida riguardanti l'adozione o la modifica di un mandato per importanti negoziati internazionali che il Consiglio federale deve emanare. Il Consiglio federale è inoltre tenuto a informare il FPC sull'avanzamento dei lavori in vista delle linee guida e dei negoziati. L'ampia formulazione di negoziati internazionali importanti comprende non solo i negoziati all'interno delle organizzazioni internazionali, ma anche tutti i negoziati bilaterali e multilaterali. La nozione di politica importante è ancora più ampia e comprende anche la soft law. Questo concetto è stato chiarito dall'Art. 5b OLOGA, entrato in vigore il 1° agosto 2016. Gli "orientamenti principali" e gli "importanti negoziati internazionali" sono concetti giuridici indeterminati e pertanto non devono essere definiti in astratto, ma valutati caso per caso dalle commissioni e dal Consiglio federale. In caso di conflitto tra il Consiglio federale e la FPC su tale valutazione, la FPC può richiedere in qualsiasi momento la consultazione del Consiglio federale in base all'Art. 152 cpv. 5 della Legge federale.

20 Da un lato, i membri interessati hanno denunciato in più occasioni la mancanza di un'informazione e di una consultazione sufficiente dei CPF e, naturalmente, dell'Assemblea federale nel suo complesso. Ad esempio, numerosi interventi parlamentari hanno criticato il Consiglio federale per non aver coinvolto sufficientemente il Parlamento nell'elaborazione di strumenti internazionali di soft law e hanno portato all'introduzione del già citato Art. 5b OLOGA. Tuttavia, nel corso del 2018 sono stati presentati altri interventi parlamentari sullo stesso tema, concentrandosi in particolare sul Patto delle

Nazioni Unite sulla migrazione. A nostro avviso, queste diverse sfide non erano motivate solo dalla natura giuridica dello strumento, ma anche e soprattutto dal significato politico del suo contenuto.

21 D'altra parte, il CPE del Consiglio degli Stati si è astenuto dall'esprimere un parere quando il Consiglio federale lo ha consultato durante la fase finale dei negoziati sull'accordo quadro istituzionale tra la Svizzera e l'Unione Europea nell'aprile 2021. Entrambi gli EPC sono stati consultati in merito alla valutazione del Consiglio federale secondo cui le condizioni per continuare i negoziati o firmare l'accordo non erano soddisfatte per la Svizzera. Il CPE del Consiglio degli Stati ha ritenuto che spettava esclusivamente al Consiglio federale decidere se interrompere, sospendere o continuare i negoziati sulla base della divisione costituzionale dei poteri. Il CPE del Consiglio Nazionale, invece, ha preso posizione e ha chiesto di proseguire i negoziati con la rapida adozione di un messaggio al Parlamento.

*Relazioni esterne del Parlamento*

22 L'articolo 24 cpv. 4 della Legge federale stabilisce che l'Assemblea federale "partecipa ai lavori delle assemblee parlamentari internazionali e mantiene relazioni regolari con i parlamenti stranieri". Le relazioni parlamentari con l'estero sono trattate nell'Art. 60 PA e nell'Ordinanza dell'Assemblea federale sulle relazioni internazionali del Parlamento (ORInt). L'obiettivo di questa forma di partecipazione non è solo quello di avere un effetto sul mondo esterno dell'Assemblea federale, ma anche di consentirle di essere più efficacemente coinvolta nel processo decisionale interno. L'Assemblea federale può quindi presentarsi al Consiglio federale più informata e competente grazie alle esperienze internazionali individuali dei suoi membri. Oggi, i membri dell'Assemblea federale partecipano ai lavori dell'Unione interparlamentare e alle assemblee parlamentari di organizzazioni internazionali come il Consiglio d'Europa, l'OSCE, l'EFTA, la NATO e l'Organizzazione internazionale della Francofonia (art. 1 e 2 ORInt). L'articolo 60 della Legge federale sul Parlamento prevede la creazione di delegazioni parlamentari per mantenere relazioni bilaterali con i parlamenti stranieri. Attualmente, tali delegazioni permanenti esistono per le relazioni con i Parlamenti di tutti gli Stati confinanti (art. 4 ORInt). Questi diversi contatti contribuiscono, da un lato, alla democratizzazione delle organizzazioni internazionali e, dall'altro, alla legittimità della politica estera, consentendo un

esercizio più efficace del mandato di partecipazione dell'Assemblea federale ai sensi dell'Art. 166 Cost.

### d. Strumenti di partecipazione

23 La gamma di strumenti attraverso i quali l'Assemblea federale partecipa alla definizione della politica estera è ampia. Il primo strumento disponibile è la legge federale (Art. 164 Cost.). Tuttavia, non viene utilizzato molto a causa della natura spesso imprevedibile della politica estera, che crea la necessità di un'azione rapida. I decreti federali, i decreti federali semplici, le decisioni di principio e i piani (art. 28 LParl) sono strumenti più adatti per "atti unici relativi alla condotta dello Stato, per attività limitate nel tempo, per atti procedurali importanti o per decisioni provvisorie". Inoltre, l'Assemblea federale può avvalersi di vari interventi parlamentari (art. 118 LParl) e di decisioni di bilancio. Infine, i diritti di partecipazione, in particolare il diritto all'informazione, si concretizzano in diversi rapporti: i rapporti del Consiglio federale sulla strategia di politica estera per ogni legislatura (art. 148 cpv. 3$^{bis}$ LParl), i rapporti annuali ordinari del Consiglio federale sulle attività di politica estera della Svizzera (art. 148 cpv. 3 LParl), gli elenchi trimestrali che informano il CPE sulle attività di politica estera ed europea e le Commissioni per l'economia e il fisco sulle attività di politica finanziaria estera, nonché altri rapporti specifici o tematici.

### e. Effetti della partecipazione

24 L'articolo 166 cpv. 1 della Costituzione federale conferisce al Consiglio federale il diritto e il dovere di prendere atto dei vari pareri dell'Assemblea federale e di esaminarli in modo approfondito. Schmid parla di un obbligo da parte del Consiglio federale di 'riflettere sinceramente sul contenuto delle posizioni assunte dall'Assemblea federale e dalle sue commissioni'. Senza tale considerazione, i diritti di partecipazione dell'Assemblea federale non verrebbero rispettati. Tuttavia, il Consiglio federale non è obbligato a seguire le opinioni dell'Assemblea federale; può discostarsene se ha debitamente e concretamente valutato gli interessi in gioco e se le circostanze lo richiedono, ma deve poi giustificare la direzione delle sue azioni di politica estera.

### 2. Monitoraggio delle relazioni estere

Secondo l'articolo 166 cpv. 1 della Costituzione federale, l'Assemblea federale supervisiona le relazioni con l'estero. Vista la natura sistemica di questo paragrafo, si può dedurre uno stretto legame tra supervisione e partecipazione. La menzione esplicita della supervisione in questo paragrafo dimostra che il ruolo dell'Assemblea federale non si limita a un controllo politico a posteriori, ma è un aspetto della competenza generale della partecipazione, ossia una partecipazione proattiva dell'Assemblea federale. 25

La Beaufsichtigung non si riferisce solo al modo in cui il Consiglio federale gestisce gli affari esteri, che è già soggetto alla supervisione suprema dell'Assemblea federale (Art. 169 Cst), ma anche alle relazioni della Svizzera con l'estero in generale, comprese le attività dei vari attori pubblici in questo ambito, incluse quelle dei Cantoni (Art. 56 Cst) e la propria politica estera (Art. 24 cpv. 4 LParl). Concordiamo con Aubert sul fatto che la parola "garantire" sarebbe stata più appropriata, in quanto l'Assemblea federale deve "garantire" che le relazioni con l'estero siano complessivamente "le migliori possibili". Il suo ruolo non si limita all'osservazione passiva, nel senso che deve 'prendersi cura' di queste relazioni quando agisce in prima persona. Inoltre, l'Assemblea federale si assicura di essere effettivamente coinvolta nella definizione della politica estera. 26

## B. Approvazione di trattati internazionali (paragrafo 2)

L'articolo 166 cpv. 2 della Costituzione federale prevede un diritto di partecipazione particolarmente esteso dell'Assemblea federale agli affari esteri. In linea di principio, l'Assemblea federale è responsabile dell'approvazione dei trattati internazionali prima della loro ratifica da parte del Consiglio federale. Questo ruolo del legislatore nell'approvare il diritto internazionale 'duro' è simile alla funzione principale dell'organo legislativo, ossia legiferare. Un'eccezione al principio di cui sopra riguarda i trattati la cui conclusione è di esclusiva competenza del Consiglio federale in virtù di una legge o di un trattato internazionale. 27

### 1. Generale

L'ambito materiale di applicazione dell'Art. 166 cpv. 2 Cost. è limitato ai trattati internazionali. Un trattato è un accordo internazionale tra due o più 28

soggetti di diritto internazionale pubblico (Stati e organizzazioni internazionali) con il quale esprimono la loro volontà concorde e quindi creano, a loro vantaggio o a loro spese, diritti o obblighi disciplinati dal diritto internazionale. Secondo l'opinione della maggioranza, l'Art. 166 cpv. 2 Cost. si applica solo ai trattati internazionali in senso stretto e non alle decisioni delle organizzazioni internazionali o al diritto flessibile. Tuttavia, va ricordato che alcuni strumenti internazionali che non corrispondono a questa definizione di trattato internazionale sono già stati presentati all'Assemblea federale per l'approvazione, ad esempio il Global Compact on Migration delle Nazioni Unite, uno strumento di soft law.

29 A differenza della firma, della ratifica e della denuncia, l'approvazione è l'espressione di un consenso esplicito attraverso un atto di diritto nazionale reso nel quadro della procedura decisionale interna. Da un punto di vista legale, l'approvazione non è un mandato, ma una semplice autorizzazione alla ratifica. Ciò significa che il Consiglio federale non può ratificare un trattato nonostante la previa approvazione dell'Assemblea federale. Tuttavia, ci sono differenze dogmatiche nella dottrina. Schmid ritiene che l'approvazione contenga un'autorizzazione alla ratifica da parte del Consiglio federale, ma che quest'ultimo possa rinunciare a tale autorizzazione ai sensi dell'articolo 184 cpv. 1 della Costituzione, in particolare in caso di un cambiamento importante della situazione di fatto. Epiney, invece, ritiene che l'approvazione costituisca un obbligo di ratifica, ma che siano possibili eccezioni in caso di un cambiamento sostanziale delle circostanze.

30 La questione della partecipazione parlamentare alla conclusione, alla modifica e alla cessazione dei trattati internazionali fa parte di una delle questioni centrali del diritto costituzionale degli ultimi anni, ossia come rendere il diritto internazionale più democraticamente legittimo e come coinvolgere meglio il legislatore. Nel 2019, questo dibattito ha portato all'adozione della nuova Legge federale sulla competenza a concludere, modificare e denunciare i trattati internazionali, di cui si parla al punto 4 di questa sezione.

## 2. Approvazione da parte dell'Assemblea federale (la cosiddetta procedura ordinaria)

31 L'approvazione avviene tra il momento della firma e la ratifica del trattato da parte del Consiglio federale. Assume la forma di un decreto federale soggetto a referendum obbligatorio se il trattato riguarda l'appartenenza della Svizzera

a un'organizzazione di sicurezza collettiva o a una comunità sovranazionale (art. 140 cpv. 1 lett. b Cost.), o un decreto federale soggetto a referendum facoltativo se il trattato ha una durata indeterminata e non può essere disdetto, se prevede l'adesione a un'organizzazione internazionale, se contiene disposizioni importanti che stabiliscono norme di diritto (Art. 22 cpv. 4 LParl) o se la sua attuazione richiede l'adozione di leggi federali (Art. 141 cpv. 1 lett. d Cost.). In tutti gli altri casi, si tratta di un semplice decreto federale (Art. 24 cpv. 3 PESA).

Il 6 dicembre 2021, il Consiglio Nazionale ha respinto un progetto di revisione della Costituzione volto a estendere il referendum obbligatorio ai trattati internazionali contenenti disposizioni di rango costituzionale o la cui attuazione richiede un emendamento alla Costituzione. Questo caso di applicazione del referendum obbligatorio faceva già parte del diritto costituzionale non scritto, secondo un'interpretazione ampiamente diffusa. Il progetto di revisione è stato proposto in seguito all'adozione della mozione 15.3557 Caroni da parte del Parlamento, che a sua volta ha fatto riferimento al rapporto elaborato in esecuzione del postulato 13.3805, in cui il Consiglio federale ha sostenuto l'idea di un referendum obbligatorio per i trattati internazionali di natura costituzionale. Secondo il Consigliere nazionale Caroni, l'inclusione di questo diritto popolare nella Costituzione non ha creato un nuovo caso per l'applicazione del referendum obbligatorio, ma ha semplicemente introdotto una legge costituzionale non scritta già esistente, al fine di garantire chiarezza e certezza giuridica. Tuttavia, non si può escludere che la mozione 15.3557 Caroni e il progetto siano stati motivati anche dall'assenza di un referendum prima della ratifica della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 nel 1974 e dai numerosi sviluppi che ciò ha comportato nel diritto svizzero. Nel 2018, Schmid ha ritenuto che la modifica del referendum obbligatorio non fosse una soluzione adeguata al disagio generale sull'intreccio normativo tra il diritto nazionale svizzero e quello internazionale. Ha anche ritenuto che la nuova formulazione dell'Art. 140 Cost. proposta dal Consiglio federale avrebbe posto diversi problemi di interpretazione, oltre al rischio di introdurre un referendum obbligatorio per tutti i trattati che trattano i diritti fondamentali. 32

A seconda dei dibattiti parlamentari in entrambe le camere, l'Assemblea federale può accettare o respingere il trattato, ossia concedere o rifiutare 33

l'approvazione nella votazione finale. Quest'ultima deve riguardare l'intero trattato ed essere incondizionata. Nella misura in cui le riserve sono consentite dal trattato e dalle regole generali del diritto internazionale (art. 19 VCLT), l'Assemblea federale può approvare un trattato a condizione che venga formulata una riserva al momento della ratifica da parte del Consiglio federale.

34 L'articolo 141a della Costituzione federale stabilisce che i decreti che approvano un trattato internazionale soggetto a referendum obbligatorio o facoltativo possono anche contenere emendamenti costituzionali o legislativi relativi all'attuazione del trattato. È controverso se l'Assemblea Federale possa includere altri elementi ("arricchimenti") rispetto all'approvazione stessa, come le modalità di applicazione o l'interpretazione del trattato, in un semplice decreto. A questo proposito, Epiney ritiene che, a causa del monismo svizzero, i trattati diventano vincolanti anche nel diritto interno non appena entrano in vigore a livello internazionale e che tali dichiarazioni interpretative non sarebbero vincolanti per i tribunali. Schmid, invece, ritiene che l'articolo 166 cpv. 2 Cost. si riferisca solo all'approvazione dei trattati internazionali e non alle modalità della loro applicazione o interpretazione.

35 L'effetto dell'approvazione di un trattato internazionale da parte dell'Assemblea federale non è un obbligo per il Consiglio federale. Secondo l'Art. 184 cpv. 2 della Costituzione federale, spetta al Consiglio federale decidere se ratificare o meno il trattato e motivare la sua decisione. Inoltre, l'Assemblea federale non può obbligare il Consiglio federale a ratificare (o a non ratificare) un trattato mediante una mozione, un postulato o un'iniziativa, anche quando il decreto di approvazione è stato validamente adottato, a causa della natura puramente abilitativa di quest'ultimo e dei limiti degli effetti di questi strumenti. A livello internazionale, l'inosservanza di una disposizione di diritto interno relativa alla competenza a concludere un trattato, come l'Art. 166 cpv. 2 Cst. non invalida la ratifica, a meno che "questa violazione sia manifesta e riguardi una norma di diritto interno di importanza fondamentale" (Art. 46 VCLT).

36 Ai sensi dell'Art. 7b LOGA, il Consiglio federale può decidere di applicare in via provvisoria un trattato la cui approvazione è di competenza dell'Assemblea federale senza quest'ultima se "la salvaguardia di interessi essenziali della Svizzera e una particolare urgenza lo richiedono" (cpv. 1) e se le commissioni competenti dei due Consigli non si oppongono (cpv. $1^{bis}$).

Lammers, Schenker e Schmid parlano di un vero e proprio diritto di veto delle commissioni parlamentari. Il Consiglio federale deve presentare al Parlamento un progetto di decreto di approvazione entro sei mesi, altrimenti l'applicazione provvisoria cesserà (cpv. 2).

## 3. Conclusione da parte del solo Consiglio federale (procedura semplificata)

L'articolo 166 cpv. 2 del Codice Civile autorizza il Consiglio federale a concludere trattati internazionali senza l'approvazione dell'Assemblea federale in due casi: se ciò è previsto da una legge federale o da un trattato internazionale (clausola di delega, art. 7a cpv. 1 LOGA), o se il trattato internazionale è di importanza minore (art. 7a cpv. 2 LOGA). Grazie a questa competenza di concludere trattati, il Consiglio federale può impegnare la Svizzera in modo indipendente a livello internazionale. Sebbene la procedura semplificata rappresenti un'eccezione al principio, in pratica rappresenta la maggioranza dei casi. 37

L'Art. 166 cpv. 2 Cost. riflette il principio secondo cui le disposizioni di importanza federale sono emanate dall'Assemblea federale (Art. 164 Cost.) e mira a garantire la legittimità democratica dei trattati conclusi dal solo Consiglio federale, richiedendo che la competenza propria del Consiglio federale si basi su un trattato o una legge federale che l'Assemblea federale ha già approvato o adottato rispettivamente. 38

Il primo (e più comune) caso di procedura semplificata è specificato nell'Art. 7a cpv. 1 LOGA. Molti trattati internazionali e leggi speciali contengono clausole di delega che consentono al Consiglio federale di concludere un trattato da solo. Queste clausole non devono concedere un'autorizzazione generale al Consiglio federale a concludere trattati internazionali da solo e devono quindi essere sufficientemente delimitate e precise. 39

Il Consiglio federale può anche concludere autonomamente trattati internazionali minori, ai sensi dell'Art. 7a cpv. 2 LOGA. Secondo Schmid, questo paragrafo costituisce una clausola generale sussidiaria rispetto al paragrafo 1, in quanto non impone al Consiglio federale di concludere trattati internazionali. 1, in quanto stabilisce la competenza autonoma del Consiglio federale in assenza di una base giuridica speciale. Para. 3 di questo articolo elenca, in modo non esaustivo, i trattati che possono essere qualificati come 40

di portata minore (definizione positiva, lettere da a a c). Para. 4 contiene anche un elenco esemplare di casi in cui l'ambito minore è escluso (definizione negativa, lettere da a a c). Tuttavia, il Consiglio federale rimane libero di sottoporre tali trattati all'Assemblea federale.

41 La competenza di concludere trattati internazionali può essere delegata dall'Assemblea federale al Consiglio federale (art. 7a cpv. 1 LOGA), ma anche alle unità amministrative subordinate. Il Consiglio federale può anche delegare la sua competenza a concludere trattati esclusivamente a un dipartimento (Art. 48a cpv. 1 lett. 1 LOGA), a un raggruppamento o a un ufficio nel caso di una base giuridica espressa o di un trattato di importanza minore (Art. 48a cpv. 1 lett. 2 LOGA).

## 4. Emendamento e denuncia

42 La nuova Legge federale sulla competenza a concludere, modificare e denunciare i trattati internazionali è entrata in vigore il 2 dicembre 2019. Nella letteratura giuridica, è stata sollevata la questione se il concetto di 'approvazione' ai sensi dell'Articolo 166(2) Cost. includa già la denuncia e se altrimenti sarebbe stato necessario un emendamento costituzionale.

43 Il nucleo di questa modifica legislativa si trova nell'Art. 24 cpv. 2 LParl, secondo il quale l'Assemblea federale "approva la conclusione, la modifica o la denuncia di trattati internazionali nella misura in cui il Consiglio federale non è autorizzato a concluderli, modificarli o denunciarli da solo ai sensi degli Art. 7a e 7b$^{bis}$ LOGA". Secondo il principio dell'atto contrario, esistono competenze parallele per la conclusione e la modifica o la denuncia dei trattati internazionali. Si tratta di un importante chiarimento della situazione giuridica a livello di legge, poiché in precedenza il Consiglio federale riteneva che la denuncia dei trattati fosse di sua esclusiva competenza ai sensi della Costituzione. Dato che una parte considerevole dei trattati internazionali è alla base dei diritti e degli obblighi individuali, era fondamentale che le modifiche e le denunce ricevessero una sufficiente legittimità democratica. È stato chiaramente formulato un cambiamento nella distribuzione delle competenze a favore del Parlamento, che segue l'attuale tendenza verso un maggiore coinvolgimento del Parlamento nella politica estera. Pertanto, l'emendamento o la denuncia devono, in linea di principio, essere approvati dall'Assemblea federale con un'eventuale sottoposizione a referendum, secondo i criteri costituzionali pertinenti alla conclusione che si applicano per

analogia. L'approvazione della denuncia o dell'emendamento costituisce quindi un'autorizzazione per il Consiglio federale a eseguire l'atto ai sensi del diritto internazionale. La questione se sia necessaria l'approvazione dell'Assemblea federale deve essere riesaminata per ogni emendamento o denuncia in base alla sua importanza materiale, anche se questo emendamento è previsto nel testo base (parallelismo dei poteri in base all'importanza del contenuto o parallelismo materiale). Ai sensi dell'Art. 24 cpv. 2 della Legge federale, il Consiglio federale può quindi modificare o annullare autonomamente un trattato secondo i criteri dell'Art. 7a cpv. 1 e 7b cpv. 1$^{bis}$ e 2 della Legge federale sul diritto dei trattati. Va sottolineato che l'Art. 7a cpv.1$^{bis}$ LOGA prevede un caso di denuncia autonoma da parte del Consiglio federale che non è parallelo ai casi di conclusione o modifica, in quanto il Consiglio federale può anche denunciare i trattati internazionali quando "la Costituzione prescrive la loro denuncia", ad esempio in caso di accettazione di un'iniziativa popolare.

Il nuovo Art. 7b$^{bis}$ LOGA prevede il caso di denuncia urgente. Il Consiglio federale può denunciare un trattato senza l'approvazione dell'Assemblea federale, anche se tale approvazione è richiesta in linea di principio, se "la salvaguardia di interessi essenziali della Svizzera e una particolare urgenza lo richiedono" (cpv. 1) e se nessuna delle commissioni parlamentari competenti si oppone (Art. 7b$^{bis}$ LOGA, Art. 152 cpv. 3$^{bis}$ LParl). Le commissioni competenti hanno quindi un diritto di veto. Questa procedura consente al Consiglio federale di agire rapidamente e di denunciare definitivamente un trattato internazionale. 44

L'articolo 166 cpv. 2 della Costituzione non conferisce all'Assemblea federale il potere di obbligare il Consiglio federale a denunciare un trattato. Tuttavia, l'Assemblea federale può chiedere al Consiglio federale di denunciare un trattato mediante i suoi poteri generali ai sensi dell'articolo 166 cpv. 1 del Codice Civile, come ad esempio una mozione, senza che il Consiglio federale sia obbligato ad agire in merito. A nostro avviso, l'Assemblea federale non dovrebbe costringere il Consiglio federale a porre fine ai trattati esistenti o a vietargli di interrompere i negoziati attraverso un'eventuale nuova legge federale sulla continuazione e la facilitazione delle relazioni tra la Confederazione svizzera e l'Unione europea, in considerazione del principio dell'atto contrario e della giurisprudenza del Tribunale federale. 45

### 5. Rapporto annuale

46 L'art. 48a cpv. 2 LOGA prevede che il Consiglio federale riferisca annualmente all'Assemblea federale sui trattati conclusi, modificati e risolti da esso stesso, dai suoi dipartimenti, gruppi o uffici. Una sezione speciale per i trattati internazionali della Direzione del diritto internazionale pubblico del DFAE coordina la presentazione del rapporto annuale all'Assemblea federale. Di conseguenza, l'Assemblea federale ha un diritto di revisione sugli accordi conclusi dal Consiglio federale. Questa procedura di controllo le consente di verificare se ogni trattato concluso rientra nella competenza esclusiva del Consiglio federale, in particolare se si tratta di un trattato di minore importanza. In caso di disaccordo, l'Assemblea federale può richiedere un'approvazione a posteriori mediante una mozione. In questo caso, il trattato rimane in vigore durante la procedura parlamentare e deve essere denunciato il prima possibile se viene respinto dal Parlamento. In pratica, però, non vanno trascurati i rischi per l'immagine e la reputazione internazionale della Svizzera che derivano da una tale denuncia. Ciò è dovuto in particolare al fatto che un trattato concluso senza rispettare le norme nazionali sulla competenza a concludere rimane validamente concluso ai sensi del diritto internazionale e che molti trattati semplicemente non consentono la denuncia.

## LETTURE CONSIGLIATE

Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Berne 2005.

Ehrenzeller Bernhard, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung: Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (éds.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, pp. 703–731.

Ehrenzeller Bernhard, Bundesversammlung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 1699–1721.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 2151–2182.

Glaser Andreas/Müller Carla, Die Mitwirkung der Bundesversammlung beim Abschluss völkerrechtlicher Vorträge, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Vienne 2017, pp. 25–42.

Künzli Jörg, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, Revue de droit suisse vol. 128, no. 1, 2009, pp. 47–75.

Langer Lorenz, Die demokratische Kontrolle von Kompetenzübertragungen an inter- und supranationale Institutionen, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Vienne 2017, pp. 61–79.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, thèse, Zürich 2020.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/ Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 999–1023.

Petrig Anna, Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, in: Revue suisse de droit international et européen vol. 25, no. 4, 2015, pp. 507–537.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema «Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», im Auftrag der PVK, Bâle 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/01-02-22-Rechtsgutachten%20Prof.%20Petrig%20definitiv.pdf.

Sägesser Thomas, Parlamentarische Informations- und Konsultationsrechte, in: Pratique juridique actuelle, 2002, pp. 382 ss.

## L'AUTORE

Jelena Protic è assistente laureata in diritto internazionale pubblico presso il Centro di Diritto Comparato, Europeo e Internazionale della Facoltà di

Giurisprudenza, Scienze Criminali e Amministrazione Pubblica dell'Università di Losanna. Attualmente sta conducendo una ricerca per il suo dottorato in legge sulla partecipazione dell'Assemblea federale all'elaborazione di strumenti giuridici internazionali non vincolanti. La signora Protic ha conseguito un MLaw e un BLaw in legge presso l'Università di Losanna. Dal 2019 al 2021, ha lavorato presso la Direzione del diritto pubblico internazionale (DDIP) del Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE).

L'autore desidera ringraziare la Prof.ssa Evelyne Schmid e la Dott.ssa Constance Kaempfer, nonché la Prof.ssa Odile Ammann e il Dott. Stefan Schlegel dell'Onlinekommentar per i loro suggerimenti e l'accurata correzione delle bozze.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Art. 166, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Bâle/Genève 2003.

Autonomie suisse, La position de la Suisse dans les négociations en péril: le Conseil des États doit rectifier la décision du Conseil national, Communiqué de presse, 21 mars 2022, https://www.autonomiesuisse.ch/assets/Medien/Medienmitteilungen/20220321/autonomiesuisse_communique_de_presse_20220321.pdf, consulté le 20 avril 2022.

Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution Assemblée fédérale, Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF1997 III 1312, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/3__1312_/fr, consulté le 7 février 2022.

Avis du Conseil fédéral du 25 février 2015 relatif à l'interpellation Schneider-Schneiter 14.4249 du 12 décembre 2014 «Protection des droits politiques».

Baumann Robert, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, thèse, Zürich 2002.

Biaggini Giovanni, Art. 166 BV, in: Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2ème éd., Zürich 2017.

Blum Nina/Naegeli Vera/ Peters Anne, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 114(10), 2013.

Chiariello Elisabeth, Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, Eine Skizze der neuen Zuständigkeitsregel, in: LeGes 31 (2020) 2.

Communication de la Direction du droit international public du DFAE et de l'Office fédéral de la justice du DFJP du 14 juin 2006, La compétence des unités administratives pour conclure et dénoncer des instruments internationaux, Droit et pratique suisses, JAAC 70.69 (2006 IV), https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_006_JAAC-70-69--_2006-06-14.pdf, consulté le 23 février 2022.

Communiqué de presse de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 17 mai 2018, Dénonciation ou modification de traités internationaux: clarifier les compétences, https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-s-2018-05-17.aspx?lang=1036, consulté le 21 avril 2022 (Communiqué de presse CIP-E).

Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»), Rapport du Conseil fédéral du 26 juin 2019 en réponse au postulat 18.4104, Commission de politique extérieure CE, 12 novembre 2018, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57589.pdf, consulté le 1er février 2022 (Rapport Soft Law).

Département fédéral de justice et police, Réforme de la Constitution fédérale, Résultats de la procédure de consultation, 1996, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber-f.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf, consulté le 15 avril 2022 (Résultats).

Dépêche ATS, Vers une suspension de l'examen du Pacte sur les migrations, le 8 juin 2021, https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/2021/20210608114946529194158159038_bsf073.aspx, consulté le 14 février.

Dépêche ATS, Délibérations au Conseil national, le 6 décembre 2021, Pas de référendum obligatoire appliqué aux traités, https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200016, consulté le 22 septembre 2022.

Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Berne 2005.

Direction du droit international public DDIP, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, 2015, https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_fr.pdf, consulté le 22 février 2022 (Guide).

Ehrenzeller Bernhard, Legislative Gewalt und Aussenpolitik: eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich, Habilitation, Basel 1993 (Aussenpolitik).

Ehrenzeller Bernhard/Thürer Daniel/Isliker Franziska, Art. 166 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (éds), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014 (nouvelle édition en préparation, paraît en décembre 2022).

Epiney Astrid, Art. 166 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Friesenhahn Ernst, Parlament und Regierung im modernen Staat: Die Organisationsgewalt, in: Friesenhahn Ernst/Köttgen Arnold/Ermacora Felix (éds.), Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Berlin am 10. und 11. Oktober 1957, Berlin 1958.

Hauri Milène, Soft Law international : Rapport du Conseil fédéral, in: Jusletter 2020.

Initiative 14.433 Aeschi du 20 juin 2014 «Recommandations et décisions de l'OCDE et de ses organismes spécialisés. Obligation d'informer et de consulter la commission législative compétente».

Initiative 14.474 Romano du 12 décembre 2014 «Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation».

Initiative 21.480 CPE-CN du 25 juin 2021 «Loi fédérale sur la poursuite et la facilitation des relations entre la Confédération suisse et l'Union européenne».

Lammers Guillaume, Traités internationaux: leur conclusion selon la procédure simplifiée et leur application provisoire suite à la révision législative du 26 septembre 2014, in: Jusletter 2015.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, thèse, Zürich 2020.

Linder Wolf, Swiss Legislation in the Era of Globalisation: A Quantitative Assessment of Federal Legislation (1983-2007), in: Swiss Political Science Review, mai 2014, pp. 223–231.

Lüthi Ruth, Die Stellung der Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, in: LeGes 14 (2003) 2.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 7 février 2022.

Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 concernant la loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement), FF 2012 6959, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1138/fr, consulté le 23 février 2022.

Message du Conseil fédéral du 15 janvier 2020 concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (Modification de l'art. 140 de la Constitution), FF 2020 1195, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/271/fr, consulté le 22 septembre 2022.

Moeri Jacqueline B., Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten, Saint-Gall 1990.

Monnier Jean, Principes constitutionnels de la politique étrangère suisse, in: Revue de droit suisse no. 2, 1986.

Motion 03.3577 CPE-CN du 11 novembre 2003 «Approbation par le Parlement de l''Operative Working Arrangement' entre les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des États-Unis d'Amérique».

Motion 15.3557 Caroni du 15 juin 2016 «Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel».

Motion 18.3378 CPE-CN du 18 mars 2018 «Rapports établis par des organisations internationales sur la Suisse. Implication du Parlement dans la procédure de consultation».

Naef Francesco, Soft Law und Gewaltenteilung, in: Pratique juridique actuelle no. 8, 2015.

Petrig Anna, Democratic Participation in International Lawmaking in Switzerland after the 'Age of Treaties', in: Aust Helmut Philipp/Kleinlein Thomas (éds.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries, Cambridge 2021 (Democratic participation).

Petrig Anna, Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt? Eine Untersuchung anhand von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (1) 2018 (Genehmigung).

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema «Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», im Auftrag der PVK, Bâle 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/01-02-22-Rechtsgutachten%20Prof.%20Petrig%20definitiv.pdf, consulté le 1er mars 2022 (Rechtsgutachten).

Postulat 13.3805 Groupe Libéral-Radical du 25 septembre 2013 «Établir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse».

Postulat 18.4104 CPE-CE du 12 novembre 2018 «Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»)».

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral,

FF 1996 II 413, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/2__413_/fr, consulté le 18 mars 2022.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001, Initiative parlementaire, Loi sur le Parlement (LParl), FF 2001 3298, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/639/fr, consulté le 8 février 2022.

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives du 19 novembre 2014, FF 2015 353, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/7/fr, consulté le 22 septembre 2022.

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805, Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, du 12 juin 2015, https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133805/Bericht%20BR%20F.pdf, consulté le 22 septembre 2022.

Rapport du Conseil fédéral relatif aux négociations sur un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE du 26 mai 2021, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/66827.pdf, consulté le 21 avril 2022 (Rapport accord-cadre).

Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des États du 1er décembre 2021, Participation du Parlement dans le domaine du droit souple, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Bericht%20PVK%20definitiv%20F.pdf, consulté le 15 mars 2022 (Rapport CPA).

Sägesser Thomas, Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, in: LeGes 14 (2003) 2.

Schenker Claude, L'application provisoire des traités: droit et pratique suisses, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25 (2015) 2.

Schmid Evelyne/Altwicker Tilmann, International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25 (2015) 4.

Schmid Evelyne, Art. 166, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Schmid Evelyne, Procédure de consultation concernant l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, Prise de position à destination du Service juridique et législatif du Canton de Vaud, Lausanne 2018, https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_5E3D512733D6.P001/REF.pdf, consulté le 22 septembre 2022 (Prise de position).

Secrétariat des Commissions de politiques extérieure, Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/mitwirkung-aussenpolitik-apk-f.pdf, consulté le 4 mars 2022.

Tripet Florent Manuel, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, in: Cahier de l'IDHEAP, Lausanne 2012 (Mitwirkung).

Tripet Florent, Art. 152 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Wildhaber Luzius, Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat, in: Riklin Alois/Partsch Karl Josef/Probst Raymond (éds.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Berne 1992.

Woolaver Hannah, From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal, European Journal of International Law vol. 30, no. 1, 2019, pp. 73–104.

Zehnder Daniel, Art. 60 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Zellweger Valentin, Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen, LeGes 10 (1999) 3.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 170 Cost.

Un commentario di Carl Jauslin / Gabriel Gertsch

CITAZIONE SUGGERITA

Carl Jauslin/Gabriel Gertsch, Commentario all'art. 17 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Jauslin/Gertsch, art. 170 Cost. N. XXX.

**Art. 170 Verifica dell'efficacia**

L'Assemblea federale provvede a verificare l'efficacia dei provvedimenti della Confederazione.

# STRUTTURA

Scopo, sistematica, storia e terminologia ..... 1311
I. Contesto ..... 1313
A. Principi fondamentali ..... 1313
B. Valutazione e legislazione ..... 1315
C. Confronto giuridico ..... 1316
II. Commento in senso stretto ..... 1318
A. Destinatario («L'Assemblea federale...») ..... 1318
B. Mandato («...provvede affinché ...») ..... 1320
C. Oggetto («...le misure della Confederazione...») ..... 1321
D. Criterio («...in base alla loro efficacia...») ..... 1323
E. Ambito («...essere verificati.») ..... 1324
1. Metodi e strumenti ..... 1324
2. Tempistica ..... 1326
3. Rapporto con la sorveglianza superiore ..... 1328
III. Attuazione ..... 1329
A. Forme di valutazione ..... 1329
B. Standard di valutazione ..... 1330
C. Clausole di valutazione ..... 1331
IV. L'efficacia come principio costituzionale? ..... 1331
Letture consigliate ..... 1338
Bibliografia ..... 1338
I materiali ..... 1346

## SCOPO, SISTEMATICA, STORIA E TERMINOLOGIA

*Scopo.* L'articolo 170 della Cost. federale incarica l'Assemblea federale di provvedere affinché gli effetti delle misure statali siano verificati. Gli effetti devono essere misurati sulla base di analisi metodologiche (verifiche dell'efficacia o valutazioni). In questo modo gli organi costituzionali dovrebbero disporre delle basi necessarie per poter svolgere nel modo più efficace possibile i loro compiti di governo (in particolare art. 163-173 Cost., art. 180-187 Cost.). Le verifiche di efficacia dovrebbero innescare processi di apprendimento, in quanto i risultati ottenuti confluiscono nelle decisioni future, in particolare nella legislazione. L'efficacia dell'azione statale deve contribuire alla sua legittimazione («legittimazione dell'output»; per le funzioni: N. 6 f.). Da un punto di vista istituzionale, l'art. 170 Cost. attribuisce all'Assemblea federale la **responsabilità finale** di questo compito nel senso di un mandato di garanzia (tipo di norma: N. 17 e N. 21) (per lo scopo specifico in relazione alla sorveglianza superiore: N. 2). L'Assemblea federale può delegare l'attuazione del mandato al Consiglio federale e ricorrere a organi ausiliari (per l'attuazione N. 20 e 21). L'adempimento del mandato non è giustiziabile (bassa normatività: N. 22 e N. 51). 1

*Dal punto di vista sistematico*, l'art. 170 Cost. si trova nella sezione 3 («Competenze») del capitolo 2 relativo alle autorità federali. La disposizione sancisce una competenza e un mandato dell'Assemblea federale. Il mandato si sovrappone, per quanto riguarda il criterio (efficacia) e l'oggetto (in particolare il Consiglio federale e l'Amministrazione federale), alla sorveglianza secondo l'art. 169 Cost. In **relazione alla sorveglianza**, l'art. 170 Cost. mira, da un lato, a sottolineare in modo particolare il criterio dell'efficacia (su cui l'art. 169 Cost. non si limita). Dall'altro lato, la disposizione mira ad estendere il mandato di controllo dell'Assemblea federale oltre l'oggetto dell'art. 169 Cost., in particolare per quanto riguarda le misure del legislatore costituzionale e legislativo (N. 23 ss., N. 40). Sebbene gli articoli 180 segg. non contengano un mandato corrispondente, anche il Consiglio federale può disporre in qualsiasi momento verifiche di efficacia (N. 18). L'art. 170 Cost. fa riferimento a disposizioni che obbligano lo Stato ad agire in modo proporzionato, orientato all'interesse pubblico e alla realizzazione dei diritti fondamentali (art. 5, 35 e 36 Cost.), in modo equo (art. 8 Cost.) o razionale (art. 9, art. 43a cpv. 5, art. 126 cpv. 1, art. 178 cpv. 1 Cost.) (N. 49). Nella dottrina, da queste **disposizioni** 2

**sistematicamente correlate** viene in parte dedotto un «principio costituzionale dell'efficacia delle misure statali». Finora, tuttavia, le conseguenze giuridiche concrete di tale principio rimangono in gran parte indefinite (N. 50 e segg.).

3 *Dal punto di vista storico*, l'art. 170 **non ha alcun equivalente nella Cost.** (1874). L'ancoraggio esplicito della verifica dell'efficacia è stato introdotto solo tardivamente nel processo di revisione della nuova Cost. i progetti di costituzione del 1995/96 non contenevano ancora una disposizione in tal senso. Dopo che la commissione di esperti di entrambe le commissioni politiche permanenti (CPP) aveva proposto la creazione di un organo indipendente per la valutazione delle misure statali, le CPP hanno invece collegato la verifica dell'efficacia nella loro relazione supplementare (1997) alla competenza di alta vigilanza dell'Assemblea federale. Questa concezione è rimasta invariata nelle Camere, ma la verifica dell'efficacia è stata separata dall'attuale art. 169 Cost. come disposizione a sé stante.

4 *Dal punto di vista terminologico*, la Cost. utilizza nella versione tedesca il termine costituzionale **«Wirksamkeit»**, mentre nelle versioni francese e italiana si parla rispettivamente di **«efficacité»** e **«efficacia»**. Il termine va inteso in senso lato: le verifiche di efficacia esaminano in che misura una misura statale viene attuata, se i suoi obiettivi vengono raggiunti e quali mezzi sono necessari a tal fine (rapporto costi-benefici; per il criterio di verifica: N. 29 ss.). Sia il mandato («provvede affinché» o «provvedono affinché») che il criterio di verifica («efficacia» o « efficace») sono utilizzati nella versione tedesca anche nell'art. 35 cpv. 3 Cost. (attuazione dei diritti fondamentali tra privati). Il testo limita il mandato alle misure «della Confederazione», comprese quelle adottate dall'Assemblea federale stessa, dal legislatore costituzionale o dai tribunali federali o che non sono eseguite dalla Confederazione stessa (N. 23 ss.). Secondo la versione tedesca, l'efficacia deve essere «verificata». La versione italiana utilizza il termine simile «verificare». La versione francese, invece, richiede che «que l'efficacité [...] fasse l'objet d'une évaluation», utilizzando quindi il termine «valutazione» comunemente usato nella pratica.

# I. CONTESTO

## A. Principi fondamentali

*Definizione.* Le verifiche di efficacia o le valutazioni sono analisi 5
metodologiche, orientate fondamentalmente a criteri scientifici, con l'obiettivo di identificare, misurare e valutare gli effetti dell'azione statale. Esse analizzano in che misura le misure statali contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi fissati dalla legge e al benessere pubblico.

*Funzione*. Con le verifiche dell'efficacia, le autorità intendono essenzialmente 6
rendere conto dell'azione dello Stato, acquisire conoscenze sui nessi causali, consentire ottimizzazioni attraverso migliori basi decisionali e processi di apprendimento, nonché migliorare l'orientamento strategico dell'azione dello Stato. Le verifiche dell'efficacia sono quindi orientate sia al passato **che al** futuro. Essi devono rendere **conto** nel presente delle misure adottate in passato e promuovere la **fiducia** nelle misure future. Devono consentire una migliore comprensione degli effetti dell'azione dello Stato e ottimizzare così l'orientamento strategico delle misure future. Ciò dovrebbe garantire che l'azione dello Stato sia orientata agli obiettivi di interesse pubblico stabiliti dalla Costituzione e dalla legge e non si impigli in una logica propria lontana dalla realtà.

*Legittimazione dell'output*. La legittimazione dell'azione dello Stato avviene 7
sempre più non solo attraverso i principi dello Stato di diritto **(«input»)** e le procedure democratiche **(«throughput»)**, ma anche attraverso i suoi effetti **(«output»)**. Tradizionalmente, il diritto determina i presupposti della legittimità e legittima l'azione dello Stato che segue la procedura prescritta (cfr. Niklas Luhmann: «Legittimazione attraverso la procedura»). Questa concezione del diritto è radicata nella filosofia giuridica dell'etica deontologica (Immanuel Kant). Con l'attenzione rivolta all'efficacia delle misure, le idee dell'etica consequenzialista, in particolare dell'utilitarismo (Jeremy Bentham, John Stuart Mill), trovano spazio nel discorso sulla legittimazione. Le conseguenze previste di una misura acquisiscono così importanza come criterio di legittimità dell'azione statale. Proprio l'utilitarismo normativo, che applica il criterio della massima felicità generale alle regole di comportamento piuttosto che alle singole azioni, condivide alcune convinzioni fondamentali con la verifica dell'efficacia. La legittimazione dell'azione statale in base ai risultati non deve tuttavia avvenire

a scapito della legittimazione in base agli input. Il fondamento e il limite dell'azione statale rimane il diritto (art. 5 cpv. 1 Cost.). Le considerazioni sull'efficacia devono proprio garantire che gli obiettivi sanciti dalla legge non rimangano lettera morta.

8 *Esecuzione dei poteri.* Dal punto di vista della teoria dello Stato, l'orientamento all'efficacia è espressione di una concezione della separazione dei poteri che privilegia la cooperazione (**«modello dei poteri cooperanti»**) piuttosto che la separazione e l'inibizione dei poteri. Il potere statale non deve essere solo limitato, ma anche esercitato in modo efficace ed efficiente. Lo Stato deve essere organizzato in modo tale che i compiti che gli sono stati assegnati dalla Costituzione e dalla legge siano svolti nel modo più efficace possibile, anche se l'adempimento dei compiti può avvenire in modo cooperativo o tramite terzi (Stato garante).

9 *Gestione amministrativa orientata all'efficacia.* Gli strumenti per la pianificazione, l'attuazione e la verifica di una gestione amministrativa orientata all'efficacia sono quindi espressione dell'esigenza di un'azione statale efficace. A partire dagli anni '90, particolarmente influente è stata la scuola di pensiero del **New Public Management**, che ha introdotto elementi di economia aziendale nella gestione pubblica con l'obiettivo di ridurre i costi e aumentare l'efficienza. Strumenti quali la pianificazione integrata dei compiti e delle finanze, i programmi legislativi, le norme giuridiche definitive e i bilanci globali consentono ai governi di ottenere margini di manovra imprenditoriali per quanto riguarda i mezzi (non degli obiettivi) per l'adempimento dei compiti. Il nuovo modello di gestione per l'amministrazione federale (NFB) attua aspetti della gestione amministrativa orientata ai risultati su tutto il territorio per l'amministrazione centrale, in particolare il controllo tramite mandati di prestazione e budget globali. Nel dibattito accademico hanno acquisito importanza scuole di pensiero che, pur essendo anch'esse orientate all'efficacia, sottolineano maggiormente il contributo al bene comune («public value») dell'adempimento dei compiti statali piuttosto che la sua efficienza economica.

10 *Ricerca giuridica empirica.* Il crescente orientamento all'efficacia dell'azione statale si riflette anche nella giurisprudenza. Le verifiche di efficacia sono una forma di ricerca giuridica empirica. Mentre la giurisprudenza intende e analizza le norme giuridiche come elementi costitutivi di un ordine normativo (**«law-in-books»**), la ricerca giuridica empirica esamina in modo descrittivo le

cause e gli effetti delle norme giuridiche (fatti giuridici, «**law-in-action**»). Nella pratica, la raccolta di dati serve in parte come base per una verifica dell'efficacia con interesse principalmente pratico e per un contributo scientifico. La ricerca sui fatti giuridici è oggi praticata in particolare nelle discipline delle scienze sociali come la sociologia, l'economia e le scienze politiche, nonché nei settori di ricerca interdisciplinari del diritto e dell'economia, degli studi giuridici empirici, della criminologia e della sociologia giuridica. La tendenza a orientare il diritto all'efficacia introduce così i metodi delle scienze sociali nel discorso giuridico. Mentre per quanto riguarda la legislazione è indiscutibile che le conoscenze empiriche debbano confluire nella definizione di nuove norme, per quanto riguarda l'applicazione del diritto non è ancora stato chiarito in dettaglio quale significato debba e possa avere, dal punto di vista metodologico, la ricerca sui fatti giuridici.

*Ricerca valutativa*. Oltre alla ricerca sulle cause e gli effetti delle norme giuridiche, esiste un'ampia letteratura empirica sul **funzionamento delle valutazioni di efficacia** stesse. Questi studi esaminano, ad esempio, la frequenza e i contesti in cui vengono effettuate le valutazioni, l'influenza e l'utilizzo dei risultati delle valutazioni per l'elaborazione delle politiche o l'influenza dei committenti sull'indipendenza e sui risultati dei valutatori esterni. 11

## B. Valutazione e legislazione

Tutte le misure statali richiedono una base giuridica adeguata. Pertanto, la verifica dell'efficacia è strettamente correlata alla legislazione. Le considerazioni sull'efficacia possono e devono essere effettuate sia prima che dopo l'emanazione di una norma giuridica: mentre la valutazione prospettica (*ex ante*) esamina le conseguenze attese di un progetto legislativo, la valutazione retrospettiva (*ex post*) analizza gli effetti effettivamente prodotti dalla norma giuridica (per forme specifiche di valutazione retrospettiva e prospettica: N. 35 e 36 ss.). La **valutazione prospettica** viene spesso effettuata nell'ambito dei lavori su un progetto di decreto. Idealmente, i risultati possono fornire informazioni sull'opportunità di portare avanti un decreto previsto e facilitare la scelta tra diverse forme di intervento statale, in particolare la legislazione e forme di intervento giuridicamente non vincolanti («soft law») come informazioni o avvertimenti. Le valutazioni prospettiche possono tuttavia servire anche come base per l'elaborazione di un decreto, ad 12

esempio nella scelta tra diverse varianti normative quali norme di comportamento, obblighi di autorizzazione e di notifica o disposizioni penali o di responsabilità civile, oppure nella «regolamentazione differenziata» il più possibile rispettosa dell'economia attraverso strumenti quali clausole di deroga e opzioni («opting out» e «opting down») e strutture di incentivi normativi per l'adozione volontaria di regolamenti («opting in» e «opting up»). La **valutazione retrospettiva** è finalizzata alla revisione e al miglioramento del decreto in questione, nonché all'efficace elaborazione di altre normative future. Le due forme di valutazione sono complementari tra loro: i risultati della valutazione prospettica, che servono come base decisionale per l'emanazione, devono essere successivamente integrati nella valutazione retrospettiva dello stesso atto legislativo. Dal punto di vista concettuale, nell'ottica di un approccio «*better regulation*» basato su dati concreti, le valutazioni (prospettiche e retrospettive) devono essere intese come parte integrante del processo legislativo e della garanzia della qualità nella legislazione. Ciò è illustrato nella dottrina legislativa con il concetto di ciclo legislativo e nelle scienze politiche con il concetto analogo di «policy cycle». Tuttavia, ciò non sempre corrisponde alla realtà vissuta. Nella pratica, proprio le valutazioni prospettiche sono spesso di scarsa qualità e l'influenza delle valutazioni sul processo legislativo è generalmente piuttosto limitata.

## C. Confronto giuridico

13 *Internazionale.* L'articolo 170 rappresenta la **prima disposizione** al mondo in materia di verifica dell'efficacia a livello costituzionale. Nel 2008 la valutazione delle politiche («évaluation des politiques publiques») è stata sancita dagli articoli 47 e 48 della Costituzione francese. La Svizzera e la Francia rimangono casi particolari con il loro obbligo costituzionale di valutazione. In Germania esiste tuttavia una clausola di valutazione puntuale nel settore degli aiuti finanziari. Ai sensi dell'articolo 104b, cpv. 2, della Costituzione tedesca, gli aiuti finanziari della Confederazione ai Länder devono essere concessi a tempo determinato e il loro utilizzo deve essere verificato a intervalli regolari.

14 *Cantone.* I Cantoni prevedono nelle loro Costituzioni **disposizioni analoghe** in materia di verifica dell'efficacia: ad esempio, art. 27 cpv. 2 Cost. AR, § 16 Cost. BS, art. 151 Cost. GE, art. 78 Cost. GR, § 13 e 15 Cost. LU, art. 30 Cost. SG, art. 95 cpv. 2 e 3 Cost. ZH. Queste disposizioni definiscono tipicamente la

verifica dell'efficacia come un compito del Cantone, senza assegnare specificamente l'incarico al potere legislativo (eccezione: art. 55 cpv. 3 Cost. SH). Nel Cantone di Ginevra, la verifica dell'efficacia è di competenza di autorità specializzate, ovvero una Corte dei conti e una commissione di valutazione indipendente (art. 128 cpv. 3 in combinato disposto con l'art. 151 Cost. GE). Specificamente per il settore dell'**ordinamento finanziario**, diversi Cantoni prevedono (ulteriori) verifiche dell'efficacia: ad esempio § 116 cpv. 3 Cost. AG, § 129 cpv. 3 Cost. BL, art. 101 cpv. 4 Cost. BE, art. 82 cpv. 2 Cost. FR, art. 93 cpv. 1 Cost. GR, § 76 cpv. 1 Cost. LU, art. 82 cpv. 2 Cost. SG, art. 34 cpv. 3 Cost. TI, art. 166 Cost. VD.

*A livello europeo*. I trattati dell'UE prevedono verifiche di efficacia in numerosi settori. In quanto Stato Schengen, la Svizzera è interessata dalle valutazioni dell'applicazione dell'acquis di Schengen ai sensi dell'articolo 70 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (le cosiddette **valutazioni Schengen**). In base a questa disposizione, gli Stati membri devono effettuare, in collaborazione con la Commissione, una valutazione obiettiva e imparziale dell'attuazione delle politiche dell'Unione («objective and impartial evaluation of the implementation of the Union policies») nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Le basi per le **valutazioni in altri settori politici dell'UE** si trovano ad esempio nell'articolo 85 TFUE («valutazione delle attività di Eurojust») per le attività dell'Agenzia per la cooperazione giudiziaria in materia penale; nell'articolo 156 TFUE («monitoraggio e valutazione periodici») per la politica sociale; nell'articolo 168 TFUE («monitoraggio e valutazione periodici») per la politica sanitaria; nell'articolo 173 («monitoraggio e valutazione periodici») per la politica industriale; nell'articolo 181 TFUE («monitoraggio e valutazione periodici») per la ricerca, lo sviluppo tecnologico e lo spazio. La Commissione è inoltre tenuta a presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione di valutazione sulle finanze dell'Unione (art. 318 TFUE). Infine, le linee guida per una migliore regolamentazione 2021 della Commissione europea contengono raccomandazioni per l'elaborazione e l'attuazione di nuove normative (compresi i fitness check), per le valutazioni d'impatto (impact assessments) e per il monitoraggio. L'idea dell'orientamento all'efficacia è alla base anche della giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) in materia di effet utile, secondo la quale la Corte interpreta il diritto comunitario in modo da conferirgli il massimo effetto pratico possibile. 15

16 *Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE).* Dalla raccomandazione del Consiglio dell'OCSE sulla politica e la governance regolamentare (2012), l'OCSE pubblica regolarmente principi di buone pratiche nel campo delle valutazioni d'impatto della regolamentazione (Regulatory Impact Assessments), in particolare con l'obiettivo di ridurre i costi di regolamentazione per le PMI.

## II. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Destinatario («L'Assemblea federale...»)

17 *Assemblea federale come destinatario.* Il mandato costituzionale è rivolto all'Assemblea federale. In questo modo viene sottolineata la dimensione democratica della verifica dell'efficacia. I rappresentanti del popolo in Parlamento hanno la **responsabilità finale** di garantire che le misure statali siano al servizio del popolo e promuovano il bene comune. Gli organi dell'Assemblea federale (art. 31 LParl) hanno il compito di provvedere alla verifica dell'efficacia. A tal fine possono incaricare il Consiglio federale di effettuare verifiche dell'efficacia (anche sulla base di clausole di valutazione previste dalla legge: cfr. N. 46), controllare le verifiche del Consiglio federale o commissionare esse stesse verifiche dell'efficacia, in particolare presso i loro organi ausiliari (art. 27 LParl). Le commissioni parlamentari provvedono alla verifica dell'efficacia nei loro settori di competenza (art. 44 cpv. 1 lett. e LParl) e tengono conto dei risultati delle verifiche dell'efficacia (art. 44 cpv. 1 lett. f LParl).

18 *Valutazioni del Consiglio federale.* Sebbene l'art. 170 Cost. sia rivolto all'Assemblea federale, anche il Consiglio federale ha la competenza di disporre in qualsiasi momento e **senza una base giuridica specifica** verifiche dell'efficacia. Ciò deriva in via accessoria dalle sue competenze costituzionali: il Consiglio federale dirige «di propria iniziativa, in modo autonomo e continuativo» l'intero Stato (art. 174 Cost.), pianifica e coordina le attività dello Stato (art. 180 cpv. 1 Cost.), può sottoporre all'Assemblea federale progetti di atti legislativi di propria iniziativa (art. 181 Cost.), emanare ordinanze e provvedere all'esecuzione della legislazione (art. 182 Cost.), adottare misure per la salvaguardia della sicurezza interna ed esterna (artt. 184 e 185 Cost.) e sorvegliare l'Amministrazione federale e gli altri enti incaricati di compiti federali (art. 187 cpv. 1 lett. a Cost.). Il Consiglio federale non

potrebbe svolgere adeguatamente questi compiti se non avesse la competenza di valutare l'efficacia delle misure statali. Ciò risulta particolarmente evidente dall'integrazione della verifica dell'efficacia nella funzione statale di legislazione (N. 12). La competenza di avviare verifiche dell'efficacia nei rispettivi ambiti di competenza senza una base giuridica autonoma spetta anche alle unità amministrative della Confederazione subordinate al Consiglio federale. Nella pratica, il Consiglio federale e l'Amministrazione federale assumono quindi un ruolo nettamente più attivo rispetto al Parlamento e alle sue commissioni.

*Organi ausiliari.* Il Controllo federale delle finanze (**CDF**) e il Controllo parlamentare dell'amministrazione (**CPA**) costituiscono organi ausiliari permanenti che garantiscono la verifica dell'efficacia. Il CDF concentra i propri controlli sull'aspetto dell'economicità e verifica se (a) i fondi sono utilizzati in modo parsimonioso, (b) i costi e i benefici sono proporzionati e (c) le spese finanziarie hanno l'effetto previsto (art. 5 cpv. 2 della legge sul Controllo delle finanze [LCF, RS 614.0]). Il Controllo parlamentare dell'amministrazione (CPA) effettua valutazioni nell'ambito della sorveglianza parlamentare per conto delle commissioni di gestione e segnala alla Commissione della gestione i temi che necessitano di chiarimenti (art. 10 cpv. 1 lett. a dell'ordinanza sull'amministrazione del Parlamento [ParlVV, SR 171.115]). Esamina inoltre le valutazioni effettuate dall'Amministrazione federale e il loro utilizzo nei processi decisionali (art. 10 cpv. 1 lett. b ParlVV) . Su incarico della commissione parlamentare competente, la CPE può effettuare valutazioni nel suo ambito di competenza e verificare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione federale e il loro utilizzo nei processi decisionali, previo consenso delle commissioni di gestione (art. 10 cpv. 2 ParlVV). 19

*Ricorso a esperti.* Gli organi federali incaricano regolarmente organismi esterni, quali studi privati o istituti universitari, di effettuare valutazioni. Ciò presenta in particolare il vantaggio che gli esperti esterni dispongono di un'elevata competenza metodologica e di una maggiore indipendenza, il che conferisce alla valutazione una maggiore **credibilità**. Una valutazione esterna è particolarmente indicata quando la questione è politicizzata e potrebbe sembrare che l'ufficio interessato non proceda in modo del tutto imparziale nella valutazione. D'altra parte, le valutazioni interne sono generalmente più rapide e meno onerose. Inoltre, i collaboratori interni all'amministrazione 20

dispongono in genere di maggiori competenze ed esperienza in relazione alla materia oggetto di valutazione. Se un'unità amministrativa decide di ricorrere a una valutazione esterna, è fondamentale che venga scelto un incaricato senza **conflitti di interesse** e che il committente non influenzi in modo inammissibile il risultato della valutazione nella comunicazione dell'incarico, nel sostegno al processo di valutazione e nella presentazione di eventuali richieste di integrazioni e miglioramenti. A tal fine è fondamentale che l'ufficio committente formuli nel capitolato d'oneri le domande per il contraente in modo preciso e allo stesso tempo aperto ai risultati. Anche in caso di affidamento esterno sono fondamentali un'attenta preparazione, assistenza e follow-up della valutazione.

## B. Mandato («...provvede affinché ...»)

21 *Mandato di garanzia e delega*. Il testo costituzionale («provvede affinché») esprime che l'Assemblea federale è responsabile della verifica dell'efficacia delle misure della Confederazione, ma **non deve effettuare** essa stessa le verifiche, bensì può delegarle. L'Assemblea federale può conferire un mandato al Consiglio federale (art. 27 lett. a LParl), esaminare le verifiche dell'efficacia effettuate su mandato del Consiglio federale (art. 27 lett. b LParl) o commissionare essa stessa verifiche dell'efficacia (art. 27 lett. c LParl). Inoltre, l'Assemblea federale adempie regolarmente il mandato di garanzia emanando clausole di valutazione (cfr. N. 46) che obbligano il Consiglio federale, in base al diritto speciale, a effettuare verifiche dell'efficacia. Le clausole di valutazione possono essere utilizzate anche nell'ambito di una legislazione sperimentale a tempo determinato (la cosiddetta «sunset legislation») (N. 39) . L'Assemblea federale ha inoltre obbligato il Consiglio federale a illustrare nei messaggi relativi ai progetti di legge, tra l'altro, l'attuazione e la valutazione previste del decreto, il rapporto costi-benefici e le ripercussioni sull'economia, la società, l'ambiente e le generazioni future (art. 141 cpv. 2 lett. d, f e g LParl). Infine, l'Assemblea federale utilizza iniziative politiche come i postulati per richiedere al Consiglio federale di redigere rapporti di valutazione.

22 *Giustiziabilità*. In quanto norma di competenza, il mandato di garanzia è giuridicamente vincolante per l'Assemblea federale. Tuttavia, la norma **non è giustiziabile**. Di conseguenza, i singoli individui non possono dedurre dall'art. 170 un diritto soggettivo diretto all'esecuzione di verifiche di efficacia.

La questione se, quando e a quale scopo debba essere verificata l'efficacia di una misura è quindi lasciata alla discrezionalità dell'Assemblea federale. Nella sua sentenza 1C_104/2017, il Tribunale federale non ha accolto la censura della ricorrente, secondo cui l'efficacia del doppio binario Walchwil approvato dall'UFT nei confronti delle FFS non era stata verificata ai sensi dell'articolo 170 Cost. Ha quindi lasciato aperta la questione e non si è espresso in merito alla censura relativa alla mancanza di efficacia del doppio binario. La dottrina nega tuttavia all'unanimità, con riferimento alla mancanza di giustiziabilità, il diritto di richiedere verifiche di efficacia (N. 51). Proprio in considerazione di ragioni di economicità, un tale diritto individuale non sarebbe praticabile. Non è stato chiarito in modo definitivo se la mancata o insufficiente esecuzione di verifiche di efficacia possa avere conseguenze giuridiche dirette, ad esempio nel caso del controllo concreto della conformità di un'ordinanza del Consiglio federale (cfr. al riguardo il N. 47 segg. sulla questione di un principio costituzionale di efficacia).

## C. Oggetto («...le misure della Confederazione...»)

*Ogni azione statale*. Oggetto delle verifiche di efficacia sono le misure della 23
Confederazione. Può trattarsi sia di misure generali che di misure specifiche. La forma giuridica dell'azione statale è irrilevante. Il testo implica che sono comprese le misure di tutti i poteri («della Confederazione»/«par la Confédération»/«della Confederazione»). Il mandato costituzionale di verificare l'efficacia comprende la **legislazione** (compresa la promulgazione della Costituzione e la conclusione di trattati internazionali) , ma non si limita a essa. Il termine «misure della Confederazione» comprende piuttosto ogni azione statale della Confederazione.

*Giurisprudenza e misure di altri organi indipendenti.* Sono comprese anche 24
tutte le misure della giustizia, compresa la giurisprudenza, nonché l'attività di altri organi della Confederazione a cui è garantita l'indipendenza legale (ad es. Banca nazionale svizzera (BNS), Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT), autorità di vigilanza sul Ministero pubblico della Confederazione (AB-BA)). Occorre tuttavia garantire che le valutazioni d'impatto non pregiudichino l'indipendenza della giustizia o di altri organi. È escluso il controllo del contenuto delle decisioni giudiziarie (art. 26 cpv. 4 LParl).

25 *Azione propria dell'Assemblea federale.* Per quanto riguarda l'oggetto della valutazione, risulta che l'art. 170 Cost. **va oltre l'art. 169 Cost.**: l'Assemblea federale non deve valutare solo gli altri poteri, ma anche le proprie misure. L'art. 170 Cost. obbliga quindi il Parlamento non solo a una valutazione esterna, ma anche a un'autovalutazione.

26 Attuazione da parte dei Cantoni e dei privati. Anche l'attuazione e l'esecuzione delle misure federali da parte dei Cantoni e dei privati rientrano nel campo di applicazione delle verifiche di efficacia ai sensi dell'articolo 170 Cost. Tuttavia, le misure dei Cantoni e dei privati sono oggetto di verifiche di efficacia ai sensi dell'articolo 170 Cost. solo nella misura in cui possono essere qualificate come esecuzione o attuazione di misure della Confederazione. Sono escluse le misure che attuano il diritto cantonale. Per tali misure, il diritto cantonale prevede regolarmente verifiche di efficacia (cfr. N. 14).

27 *Inazione.* Anche l'inazione, ossia la mancata adozione di misure, può essere oggetto di un controllo di efficacia. Si pensi in particolare alla mancata adozione di misure di attenuazione (le cosiddette misure di accompagnamento) a favore di gruppi di persone particolarmente colpiti o vulnerabili, ad esempio in caso di gestione di crisi. Il testo della Cost. federale descrive quindi l'oggetto («misure della Confederazione») in modo troppo restrittivo. Esso comprende qualsiasi comportamento o omissione che possa essere attribuito alla Confederazione. Le omissioni contrarie ai doveri possono avere conseguenze altrettanto gravi quanto le azioni, se si considerano i loro effetti. La valutazione delle omissioni è tuttavia impegnativa, perché è (ancora) più difficile stimare quali effetti avrebbe *avuto* una misura ipotetica che misurare gli effetti (causali) di una misura effettivamente attuata. In questo senso, per quanto riguarda l'incertezza degli effetti attesi, esiste una certa somiglianza con la valutazione prospettica.

28 *Misure senza effetti misurabili.* L'articolo 170 non deve essere inteso nel senso che ogni azione dello Stato debba avere un effetto specifico e misurabile. Sono costituzionalmente ammissibili (e, se del caso, richieste dalla legge) anche misure che non mirano ad avere un effetto misurabile. Tra queste figurano misure di natura simbolica, il cui effetto è al massimo di tipo emotivo. Esempi riconosciuti di **legislazione simbolica** sono, ad esempio, le dichiarazioni programmatiche della Costituzione, il riconoscimento giuridico di ingiustizie storiche o misure che hanno un valore intrinseco indipendente dal loro effetto. A titolo di esempio, la Confederazione riconosce, ai sensi

della legge federale sul superamento delle misure coercitive a scopo assistenziale e dei collocamenti extrafamiliari prima del 1981 (AFZFG, SR 211.223.13), «che alle vittime è stato arrecato un torto che ha avuto ripercussioni su tutta la loro vita» (art. 3 AFZFG). Inoltre, le vittime hanno diritto a un contributo di solidarietà che è «un segno di riconoscimento dell'ingiustizia subita» e che deve «contribuire alla riparazione» (art. 4 cpv. 1 AFZFG). È necessario determinare, mediante interpretazione, se gli obiettivi di una misura siano misurabili in base alla loro *ratio* e se gli effetti debbano essere valutati in modo metodico o meno.

## D. Criterio («...in base alla loro efficacia...»)

*L'efficacia come criterio*. La versione tedesca della Costituzionedefinisce 29
l'«efficacia» della misura come criterio di valutazione. Nelle versioni francese e italiana, la Costituzione parla rispettivamente di «efficacité» e «efficacia». Il termine è **da intendersi in senso lato**, poiché il criterio delle verifiche di efficacia varia, come verrà illustrato di seguito, a seconda del contesto. Anche la genesi del termine indica un'accezione ampia.

*Criteri parziali*. Il criterio di valutazione per le verifiche di efficacia non è 30
definito in modo uniforme nella legislazione di attuazione (cfr. ad esempio art. 26 cpv. 3 lett. d ed e LParl; art. 5 cpv. 2 LCF; art. 58 cpv. 3 LCF; art. 5 e art. 36 cpv. 3 LOGA). Nella pratica, il criterio di valutazione determinante deriva spesso da una clausola di valutazione prevista da una legge speciale (cfr. n. 46) ed è quindi dipendente dal contesto. La varietà dei criteri di valutazione utilizzati nella pratica può essere raggruppata in tre criteri parziali, che rientrano tutti nel concetto costituzionale di «efficacia»:

a. *Stato di attuazione* (o *efficacia*): vengono esaminati la portata e le modalità di attuazione di una misura. Il criterio si riferisce alla misura in cui una misura viene effettivamente attuata, una norma giuridica o una raccomandazione viene seguita o un servizio viene utilizzato, ad esempio attraverso un confronto dello stato di attuazione nei Cantoni o tramite sondaggi.

b. *Grado di realizzazione degli obiettivi* (o *efficacia in senso stretto*): il criterio si riferisce alla misura in cui l'obiettivo normativo che si intende raggiungere con l'attuazione della misura viene effettivamente raggiunto. L'effetto desiderato deve essere determinato caso per caso, in particolare attraverso l'interpretazione delle basi giuridiche pertinenti, degli scopi generali e degli

obiettivi costituzionali. Ad esempio, la fornitura di un servizio non è di norma fine a se stessa, ma persegue un obiettivo specifico, come il miglioramento della qualità della vita delle persone che usufruiscono del servizio. L'obiettivo è quello di confrontare l'effetto previsto con l'effetto effettivo di una misura, al fine di valutarne l'adeguatezza. Oltre agli effetti principali previsti di una misura, occorre tenere conto anche degli effetti collaterali (eventualmente indesiderati). Il grado di realizzazione degli obiettivi costituisce il fulcro delle valutazioni.

c. *Redditività* (o *efficienza*): questo criterio si riferisce ai costi di regolamentazione della misura e al loro rapporto con l'effetto ottenuto (analisi costi-benefici). Oltre ai costi finanziari diretti e indiretti, i costi di regolamentazione comprendono anche il mancato guadagno e il mancato beneficio (i cosiddetti costi opportunità) nonché i costi per la società nel suo complesso. I costi di regolamentazione possono essere sostenuti da diversi attori (ad es. imprese) e possono essere una tantum o periodici.

31 *Contesto.* I criteri hanno in comune il fatto che l'efficacia deve essere orientata a un obiettivo normativo da determinare mediante interpretazione. Quali criteri di verifica vengono utilizzati in una valutazione e con quale ponderazione dipende dal contesto. Ad esempio, le considerazioni sui costi tendono ad assumere un ruolo più importante in un settore politico fortemente caratterizzato da aspetti economici e finanziari rispetto a settori politici più ideali (anche se gli aspetti finanziari possono essere centrali anche in questi ultimi, ad esempio nel caso dei diritti fondamentali che conferiscono diritti alle prestazioni). Non tutti i compiti pubblici richiedono lo stesso grado di efficienza economica. I servizi di base (servizio pubblico) devono essere accessibili a tutti in modo comparabile (cfr. art. 43a cpv. 4 Cost.). In questo caso è determinante l'adempimento del compito pubblico in base alle esigenze, il che significa che in questo settore l'efficienza economica o l'efficienza non possono essere utilizzate come unico criterio.

## E. Ambito («...essere verificati.»)

### 1. Metodi e strumenti

32 *Competenza di verifica.* Il mandato conferisce all'Assemblea federale poteri di verifica e di indagine, senza conferirle ulteriori competenze decisionali o diritti di informazione. La Cost. non specifica i metodi e gli strumenti da

utilizzare per l'esecuzione delle verifiche di efficacia. Non si esprime nemmeno sulla periodicità (regolare o solo in casi particolari), sul livello di aggregazione (politiche, leggi, programmi, progetti) e sulla profondità della verifica (sommaria o dettagliata). Le verifiche di efficacia possono essere effettuate prima della misura (*ex ante*), dopo la misura (*ex post*) o parallelamente alla misura. Il momento della valutazione ne determina l'obiettivo e influenza i metodi e gli strumenti da utilizzare.

*Metodi.* Nella ricerca valutativa vengono utilizzati essenzialmente i metodi 33
tradizionali delle scienze sociali per la **raccolta e l'analisi dei dati**. Tra le tecniche di ricerca più frequenti figurano l'analisi di documenti, le interviste e i sondaggi, nonché l'analisi di dati quantitativi esistenti o di nuova raccolta. Gli esperimenti controllati sono metodologicamente interessanti, ma impegnativi: un gruppo di persone selezionato in modo casuale viene sottoposto alla misura e confrontato con un gruppo di controllo non sottoposto alla misura per valutarne gli effetti. Si pensi ad esempio a un gruppo di persone con e senza vaccinazione antinfluenzale, a ristoranti con e senza lavoro notturno o domenicale, o ad aziende con e senza tasse di incentivazione. Anche l'analisi delle variazioni delle misure in diversi Paesi o regioni può fornire informazioni sulle relazioni causali, a seconda del disegno di ricerca. Tuttavia, i risultati degli studi internazionali o intercantonali non sono facilmente trasferibili alle misure della Confederazione.

*Strumenti.* Lo strumento principale per la verifica dell'efficacia è la 34
realizzazione di un'indagine metodologica, simile a uno studio scientifico (cfr. anche N. 11 sulla ricerca valutativa). A seconda del contesto, possono essere utilizzati altri strumenti. Gli strumenti di osservazione, controllo e indagine possono essere utilizzati in particolare per la raccolta di informazioni: il **monitoraggio** è uno strumento di osservazione che consente di raccogliere dati in modo continuativo. Esso consente di identificare lo stato di attuazione e le difficoltà di attuazione. Gli obblighi di rendicontazione sull'esecuzione e le statistiche costituiscono pilastri fondamentali. L'osservazione dei settori politici rappresenta una forma specifica di monitoraggio. Il **controlling** è uno strumento di controllo che la direzione utilizza per accompagnare, controllare e sviluppare ulteriormente i progetti. Esso consente di monitorare l'attuazione delle misure. L'**audit**, invece, è uno strumento di indagine utilizzato nell'ambito della gestione della qualità per migliorare le strutture organizzative e i processi. Si concentra sull'organizzazione interna e sui

processi (rapporti interni) che sono determinanti per l'efficacia della misura nei confronti di terzi (rapporti esterni).

## 2. Tempistica

35 *Valutazione retrospettiva (ex post).* La valutazione retrospettiva riguarda in particolare lo stato di attuazione, il grado di realizzazione degli obiettivi e l'economicità (N. 30) di una misura già attuata. Si può suddividere nelle seguenti fasi: in primo luogo, idealmente insieme agli uffici incaricati dell'attuazione e dell'esecuzione, viene sviluppato un concetto per la verifica dell'efficacia. Il concetto comprende riflessioni sul modello di efficacia della misura o dell'atto legislativo, sui settori interessati e sul loro coinvolgimento (consultazione dei gruppi di interesse), sugli strumenti informativi da utilizzare (monitoraggio e controllo), nonché sui destinatari (ad es. l'Assemblea federale) e sull'obiettivo della verifica dell'efficacia (ad es. gestione dell'attuazione). Successivamente, prima di effettuare o commissionare la valutazione, si provvede alla raccolta dei dati e al controllo durante l'attuazione della misura, al fine di utilizzare infine i dati di controllo e di valutazione.

36 *Valutazione prospettica (ex ante).* L'articolo 170 copre anche la previsione prospettica dell'efficacia di una misura, anche se la versione francese parla di «mesures prises». Lo scopo delle valutazioni prospettiche è quello di creare una base decisionale descrittiva e basata sui fatti, al fine di informare la decisione sulla misura da adottare. A tal fine, vengono confrontate le diverse conseguenze di una misura, in modo che il responsabile politico, oltre a decidere sulla misura stessa, possa anche definire eventuali misure di compensazione delle conseguenze e distribuire così i costi e i benefici della regolamentazione nel modo più equo possibile. La valutazione prospettica è quindi strettamente legata alla funzione statale di legislazione e spesso fa parte dei lavori su un progetto di decreto (N. 12). Ai sensi dell'articolo 141 cpv. 2 LParl, il Consiglio federale è tenuto a fornire nel suo messaggio al Parlamento relativo al progetto di atto legislativo anche informazioni sulle ripercussioni sull'economia, la società, l'ambiente e le generazioni future (lettera g) o sulla parità tra donna e uomo (lettera i). Ciò presuppone la realizzazione di valutazioni prospettiche. La base per una valutazione prospettica è la creazione di un modello di impatto che concettualizzi gli effetti presunti di una misura, analizzando ad esempio gli uffici amministrativi incaricati dell'attuazione, i destinatari diretti della norma, altri gruppi

interessati, nonché gli effetti collaterali e i costi per la Confederazione e l'economia nazionale derivanti dalla regolamentazione. Per sua natura, la valutazione di misure ancora future comporta notevoli incertezze e sfide metodologiche.

*Valutazione dell'impatto normativo (RFA).* La RFA (regulatory impact assessment) è uno strumento di valutazione prospettica che si concentra specificamente sui costi di conformità (compliance cost), sulla necessità di regolamentazione e sugli effetti economici sui singoli gruppi e sull'economia nel suo complesso. Oltre al loro effetto primario (ad es. sicurezza dei prodotti e tutela della salute pubblica), le regolamentazioni hanno spesso anche conseguenze secondarie (ad es. ritardi nella produzione, ostacoli al commercio, costi di regolamentazione per l'ottenimento di autorizzazioni e la formazione dei collaboratori, ecc.), che possono limitare l'attività economica delle imprese. Una RFA ha lo scopo di misurare questi effetti collaterali e metterli in relazione con gli effetti desiderati. Con la legge sullo sgravio delle imprese del 29 settembre 2023, gli aspetti della RFA che in precedenza erano disciplinati da una direttiva RFA e i nuovi obblighi di verifica sono stati formalmente sanciti dalla legge. La legge stabilisce, tra l'altro, i principi e gli obblighi di verifica per la legislazione (art. 1 e 4 LRA), in particolare gli obblighi di stima dei costi di regolamentazione e dell'efficacia economica di un atto legislativo, sia durante la sua elaborazione che nell'ambito di revisioni periodiche (art. 3 e 5 LRA). 37

*Altri strumenti di valutazione prospettica.* Oltre alla RFA esistono altri strumenti di valutazione prospettica che presentano specifici punti focali in termini di contenuto e metodologia. Per analizzare gli effetti delle misure statali sui diritti umani, stanno acquisendo importanza le **valutazioni dell'impatto sui diritti umani** (le cosiddette Human Rights Impact Assessments). In un contesto caratterizzato da catene causali incerte e nuove tecnologie, esse possono contribuire al rispetto degli obblighi di diligenza e protezione in materia di diritti umani. Il Consiglio federale è tenuto ad affrontare la questione degli effetti sui diritti fondamentali nei suoi messaggi relativi ai decreti (art. 141 cpv. 2 lett. a LParl). Forme specifiche di valutazioni d'impatto sui diritti umani sono le valutazioni d'impatto sulla protezione dei dati e le valutazioni d'impatto sulla parità di trattamento. Un'altra forma di valutazione prospettica è la **valutazione dell'impatto ambientale**. Ai sensi dell'articolo 10a della legge sulla protezione dell'ambiente (LPA), prima di 38

decidere in merito alla pianificazione, alla costruzione o alla modifica di impianti, un'autorità deve valutare il più presto possibile l'impatto ambientale. Chi intende costruire o modificare un impianto deve presentare all'autorità una relazione sull'impatto ambientale, che costituisce la base per la valutazione dell'impatto ambientale da parte dell'autorità. In futuro potrebbe essere prestata maggiore attenzione alla **valutazione della compatibilità con le crisi**. Le misure e le normative statali si basano regolarmente sulla situazione normale; tuttavia, il recente passato è stato caratterizzato da esperienze di crisi. Si citano in particolare la ricapitalizzazione dell'UBS nel 2008, la pandemia di Covid nel 2020, il piano di salvataggio di Axpo nel 2022 e la fusione di emergenza di CS nel 2023. In questi casi, il Consiglio federale ha fatto ricorso al diritto costituzionale di emergenza ai sensi dell'articolo 184 cpv. 3 e dell'articolo 185 cpv. 3 della Cost. federale per superare la crisi. In questo contesto, le misure statali dovrebbero essere valutate anche in base alla loro resistenza alle crisi.

39 *Valutazione di accompagnamento.* Le valutazioni di accompagnamento hanno luogo nella fase di elaborazione o di attuazione. Esempi di tali regolamenti sperimentali sono i progetti pilota e i regulatory sandbox. **I regolamenti sperimentali** sono atti legislativi a tempo determinato, associati a una clausola di valutazione. Se supportati da una base giuridica sufficiente, consentono una deroga temporanea al quadro giuridico per testare la normativa in questione attraverso verifiche di efficacia e, se necessario, ottimizzarla. Tali progetti pilota offrono quindi una base informativa adeguata per la successiva soluzione legislativa definitiva, ad esempio nella regolamentazione delle nuove tecnologie. Strettamente correlata alla regolamentazione sperimentale è l'idea dei regulatory sandbox, che possono essere utilizzati, ad esempio, per facilitare l'ingresso sul mercato delle start-up e delle PMI e per eliminare gli ostacoli normativi all'innovazione. La promozione dell'innovazione non deve tuttavia portare a disparità di trattamento ingiustificate e a distorsioni abusive della concorrenza.

## 3. Rapporto con la sorveglianza superiore

40 Le verifiche di efficacia ai sensi dell'articolo 170 Cost. costituiscono una **forma di sorveglianza superiore** ai sensi dell'articolo 169 Cost. Ciò risulta dalla sistematica (cfr. N. 2) e dalla genesi (cfr. N. 3) della Cost. federale e dalla LParl (cfr. N. 17). Per quanto riguarda il criterio in base al quale l'Assemblea

federale deve esercitare la sorveglianza, i compiti di cui agli articoli 169 e 170 Cost. si sovrappongono, ma la sorveglianza superiore presenta una maggiore varietà di criteri di controllo. L'articolo 26 cpv. 3 LParl indica come criteri della sorveglianza superiore la legittimità, la regolarità, l'adeguatezza, l'efficacia e l'economicità. L'Assemblea federale è tenuta, anche in virtù dell'articolo 169 Cost., a provvedere alla verifica dell'efficacia delle misure della Confederazione. L'articolo 170 Cost. attribuisce tuttavia particolare rilevanza al criterio specifico dell'efficacia. Per quanto riguarda l'oggetto che l'Assemblea federale deve sorvegliare, il mandato di cui all'articolo 170 Cost. va oltre la sorveglianza superiore. Mentre la sorveglianza superiore è limitata alla gestione del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale, dei tribunali federali, dell'autorità di sorveglianza sul Ministero pubblico della Confederazione, del Ministero pubblico della Confederazione e di altri organismi che svolgono compiti della Confederazione (cfr. art. 26 cpv. 1 LParl), la verifica dell'efficacia comprende potenzialmente tutte le misure della Confederazione (cfr. art. 27 cpv. 1 LParl). Ciò include anche le misure del Parlamento stesso, le misure del popolo o del popolo e dei Cantoni, nonché le misure dei Cantoni finanziate dalla Confederazione (cfr. N. 23 ss.).

# III. ATTUAZIONE

## A. Forme di valutazione

*Diversità.* La verifica dell'efficacia può assumere diverse forme, a seconda di chi effettua la valutazione (Assemblea federale, Consiglio federale, esterni), il momento in cui viene effettuata (prospettica, retrospettiva, di accompagnamento), i metodi e gli strumenti utilizzati (monitoraggio, controlling, audit ecc.), il suo grado di dettaglio (sintetica o dettagliata) e lo scopo principale (rendicontazione, acquisizione di conoscenze, ottimizzazione, strategia). 41

*Complessità.* Il valore aggiunto delle valutazioni è indiscutibile, ma esse sono metodologicamente complesse («L'évaluation, une nécessité évidente mais lourde»). Affinché le valutazioni apportino un valore aggiunto, occorre definire obiettivi chiari. Più precisi sono gli obiettivi della misura e della valutazione, più concreta e utile potrà essere la valutazione. Con un obiettivo chiaro, le valutazioni possono concludere con successo un ciclo politico e dare il via a 42

un nuovo ciclo (cfr. N. 12). In questo modo contribuiscono a un processo di ottimizzazione continuo.

43 *Impegno*. La realizzazione di valutazioni comporta un notevole impegno in termini di personale, risorse finanziarie e tempo. Le risorse umane e finanziarie necessarie dipendono in particolare dal fatto che la valutazione sia effettuata dallo Stato stesso o commissionata a terzi. Mentre le analisi di attuazione possono essere generalmente effettuate in un periodo di sei mesi e con un budget di circa 60 000 franchi, le analisi di efficacia costano di norma almeno 100 000 franchi e richiedono almeno un anno. Nel caso delle analisi di redditività, i costi e il tempo necessario variano notevolmente a seconda che si desideri solo un'analisi del potenziale di ottimizzazione (circa 30 000 franchi in 3-6 mesi) o un confronto dettagliato tra costi e benefici (oltre 100 000 franchi, più di un anno).

44 *Rete di valutazione nell'Amministrazione federale.* Nell'Amministrazione federale, diverse unità organizzative si occupano di valutazioni. Dal 1995, la rete di valutazione nell'Amministrazione federale funge da forum per lo scambio di esperienze e informazioni tra valutatori, committenti e utenti nell'Amministrazione federale. Oltre 110 collaboratori provenienti da tutti i dipartimenti, dal Controllo parlamentare dell'amministrazione e dal Controllo federale delle finanze partecipano alle riunioni che si tengono due volte all'anno.

## B. Standard di valutazione

45 La Società svizzera di valutazione (SEVAL), un'associazione privata, pubblica i cosiddetti **standard SEVAL**, rivolti ai valutatori e ai loro committenti. Essi hanno lo scopo di fornire un aiuto nella pianificazione e nella realizzazione delle valutazioni, nell'assegnazione degli incarichi (in particolare bandi di concorso e accordi di valutazione) e nella garanzia concomitante o nella valutazione a posteriori della qualità delle valutazioni. Gli standard SEVAL definiscono i criteri per la valutazione della qualità delle valutazioni, i principi fondamentali generali, gli standard per la pianificazione, l'esecuzione e la valutazione delle valutazioni e gli standard per la comunicazione dei risultati. Oltre ai principi etici, contengono anche raccomandazioni pratiche per le diverse fasi della valutazione, applicabili indipendentemente dal contesto istituzionale, dalla procedura o dall'area tematica.

## C. Clausole di valutazione

Le clausole di valutazione sono norme giuridiche che obbligano i destinatari a verificare l'efficacia di una determinata legge o di determinate misure. L'Assemblea federale adempie regolarmente al suo mandato costituzionale di verificare l'efficacia mediante l'emanazione di tali **clausole di valutazione previste dalla legislazione speciale**. Esistono diversi tipi di clausole di valutazione. Anche senza una clausola di valutazione, il Consiglio federale e l'Amministrazione federale sono autorizzati e tenuti a effettuare valutazioni se necessario (N. 18). Tuttavia, sulla base delle clausole di valutazione, il legislatore può, ad esempio, obbligare il Consiglio federale a rispettare una determinata scadenza o un determinato ciclo di valutazione, prevedere un organo di esecuzione indipendente ed esterno, nonché metodi specifici, oggetti di indagine o criteri di valutazione, oppure stabilire quali conseguenze debbano essere tratte da determinati risultati di valutazione. 46

# IV. L'EFFICACIA COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE?

*Definizione.* Nella dottrina è controverso se la Cost. contenga un principio costituzionale che richieda l'efficacia delle misure statali. I «principi costituzionali» (anche: «principi fondamentali della Cost.») senza carattere di fonte giuridica propria sono contenuti costituzionali che non sono espressamente indicati come tali nel testo della Cost., ma che possono essere dedotti in via interpretativa da diverse norme costituzionali come idee guida alla base della Cost. A questo proposito sono simili ai «principi strutturali» o alle «decisioni fondamentali che determinano la struttura» della Cost. federale, ma non devono necessariamente essere presenti in tutta la Cost. federale e possono quindi presentare un grado di astrazione minore. 47

*Derivazione dall'art. 170 Cost.* Secondo Flückiger e Mastronardi, dall'art. 170 Cost. si può dedurre un principio costituzionale di efficacia: secondo Flückiger, la disposizione contiene implicitamente un «principe d'efficacité» che obbliga i destinatari a verificare le misure statali mediante il metodo della valutazione; i risultati che ne derivano sono tuttavia raccomandazioni e non sono giuridicamente vincolanti. Secondo Mastronardi, il mandato di verificare l'efficacia ha senso solo se la legittimazione dell'output è un obiettivo riconosciuto dalla Cost. Uhlmann/Bussmann sono di parere contrario. Essi sostengono, tra l'altro, che l'art. 170 Cost. non è giustiziabile. Inoltre, da un 48

punto di vista sistematico, non è convincente dedurre un principio di portata così generale da una norma di competenza. Infine, un principio costituzionale limitato alle misure della Confederazione avrebbe poco senso. A nostro avviso, è condivisibile l'opinione contraria secondo cui dalla norma di competenza dell'art. 170 Cost. non deriva *di per sé* un principio costituzionale dell'efficacia delle misure statali.

49 *Derivazione da disposizioni correlate.* Un principio costituzionale di efficacia potrebbe basarsi, oltre che sull'art. 170 Cost., anche su disposizioni sistematicamente correlate. Ad esempio, Lienhard/Mächler/Zielniewicz sostengono che l'efficacia e l'economicità siano «diventate veri e propri principi costituzionali», che trovano concretizzazione nel diritto finanziario e organizzativo (art. 12 cpv. 4 LGF e art. 5 cpv. 2 lett. c LGF). Diverse disposizioni della Cost. si basano infatti (tra l'altro) sul requisito che le misure statali siano efficaci. Uhlmann/Bussmann e Flückiger citano il principio dell'interesse pubblico e il principio di proporzionalità (art. 5 cpv. 2 Cost.), l'uguaglianza giuridica (art. 8 Cost.) e il divieto di arbitrarietà (art. 9 Cost.), la realizzazione dei diritti fondamentali (art. 35 cpv. 1 e 3 Cost.), il principio dell'adempimento economico e conforme alle esigenze dei compiti statali (art. 43a cpv. 5, art. 126 cpv. 1, art. 178 cpv. 1 Cost.) e la competenza all'applicazione del diritto. A nostro avviso, andrebbe aggiunto anche il principio di legalità (art. 5 cpv. 1 Cost.). Nella misura in cui il principio di legalità richiede l'attuazione materiale del diritto, esso contiene necessariamente anche un imperativo di efficacia materiale del diritto. Si pone la questione se da una visione d'insieme di queste disposizioni sistematicamente correlate si possa dedurre un principio costituzionale di efficacia.

50 *Contenuto autonomo rispetto ad altri principi costituzionali.* A nostro avviso, nelle disposizioni sopra citate, che presentano un riferimento sistematico al requisito dell'efficacia, è facile riconoscere l'idea guida comune secondo cui le misure statali devono essere fondamentalmente il più efficaci possibile: se è aperto l'ambito di protezione oggettivo di un diritto fondamentale, sussiste un diritto giustiziabile secondo cui le misure restrittive dello Stato devono essere adeguate e necessarie per la realizzazione di un interesse pubblico. Anche il principio di uguaglianza giuridica, il divieto di arbitrarietà e il principio dell'adempimento dei compiti statali in base alle esigenze contengono postulati legati all'efficacia delle misure statali in tutti i settori dell'adempimento dei compiti statali. Queste disposizioni, insieme all'articolo

170 della Cost., contribuiscono a una «cultura della giustificazione» della legislazione sulla base di considerazioni di efficacia. Non è ancora chiaro, tuttavia, quale contenuto costituzionale autonomo spetterebbe in dettaglio a un principio costituzionale dell'efficacia delle misure statali. Se le misure statali inefficaci si rivelassero sempre sproporzionate o non conformi al principio di legalità o di uguaglianza giuridica, il valore aggiunto normativo di un principio costituzionale autonomo dell'efficacia, il cui contenuto costituzionale non va oltre il contenuto di altri principi costituzionali, sarebbe minimo e superfluo. Si pone quindi la questione di quali conseguenze concrete in materia costituzionale potrebbe avere un principio costituzionale non scritto dell'efficacia delle misure statali. È ipotizzabile, ad esempio, che un tale principio costituzionale conferisca un diritto giustiziabile all'esecuzione di verifiche di efficacia, che giustifichi l'incostituzionalità di determinate misure statali o che debba essere preso in considerazione almeno nell'interpretazione della Costituzione.

*Diritto azionabile in giudizio alla verifica dell'efficacia.* L'art. 170 Cost. non conferisce al singolo il diritto azionabile in giudizio di esigere l'esecuzione di una verifica dell'efficacia in un caso specifico (su questa questione N. 22). Se il testo costituzionale non conferisce alcun diritto azionabile in giudizio alla realizzazione di verifiche di efficacia, è difficilmente ipotizzabile che tale diritto possa derivare da un principio costituzionale relativamente astratto, dedotto in via interpretativa, che finora non è stato riconosciuto né dalla prassi né dalla dottrina prevalente. Tuttavia, anche altre disposizioni e principi della Cost. non sono giustiziabili in ogni circostanza e si realizzano attraverso canali diversi dal controllo giurisdizionale, ma rivendicano comunque la loro validità come parte del diritto costituzionale sostanziale. 51

*Incostituzionalità di misure inefficaci.* Se esiste un principio costituzionale dell'efficacia delle misure statali, si pone la questione se le misure statali inefficaci debbano essere considerate incostituzionali. Uhlmann/Bussmann discutono la questione sulla base di una recente sentenza del Tribunale federale (DTF 147 I 16) relativa a una tassa. Il Tribunale federale ha confermato la legittimità di una tassa di collegamento, la cui efficacia era dubbia, sottolineando che il legislatore aveva introdotto la norma solo in via sperimentale e l'aveva sottoposta a un obbligo di valutazione. Uhlmann/Bussmann giungono quindi alla conclusione che una norma giuridica è provvisoriamente proporzionata e quindi conforme alla Costituzione anche se 52

la sua efficacia è dubbia, almeno fintantoché è soggetta all'obbligo di valutazione. Finora non si sono riscontrati casi in cui una misura che si era rivelata inefficace in una verifica di efficacia sia stata classificata come incostituzionale da un'autorità giudiziaria solo per questo motivo e quindi non sia stata applicata o almeno criticata dal punto di vista costituzionale (senza che contemporaneamente si fosse verificata, ad esempio, una violazione dei diritti fondamentali per mancato rispetto del principio di proporzionalità). Ciò non può essere dovuto solo al fatto che le leggi federali devono essere applicate anche se incostituzionali (art. 190 Cost.). Infatti, anche nei confronti delle leggi federali non sussiste alcun divieto di controllo per il Tribunale federale, mentre quest'ultimo potrebbe sanzionare un'eventuale incostituzionalità per violazione di un principio di efficacia nel caso di ordinanze federali e di decreti cantonali di attuazione. Se anche le misure inefficaci sono conformi alla Costituzione, un principio costituzionale dell'efficacia delle misure statali potrebbe comunque assumere il significato di un requisito procedurale del processo legislativo, secondo cui una base giuridica è conforme alla Costituzione solo se la sua efficacia (a seconda del contesto ex ante, ex post e/o concomitante) è verificata in misura adeguata. Di fatto, nella recente sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland* (53600/20 del 9 aprile 2024), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dedotto dall'articolo 8 CEDU un vero e proprio standard di qualità per la qualità legislativa nel settore della protezione del clima, in particolare per quanto riguarda le basi quantitative dei dati come fondamento razionale della politica climatica svizzera. Tuttavia, non si tratta di un requisito derivante da un diritto fondamentale o da un'altra norma della Cost. federale. Al contrario, i tribunali svizzeri sono stati finora molto cauti nel dedurre dalla Cost. requisiti relativi alle verifiche di efficacia (e altre misure di garanzia della qualità) necessarie nel processo legislativo, che in caso di mancato rispetto potrebbero mettere in discussione la costituzionalità di un atto legislativo.

53 *L'orientamento all'efficacia come metodo interpretativo.* L'idea guida secondo cui le misure statali dovrebbero essere il più efficaci possibile potrebbe essere resa fruttuosa per la metodologia giuridica. Un elemento interpretativo orientato all'efficacia consisterebbe nell'interpretare una norma in modo tale da ottenere la massima efficacia possibile. Questo elemento interpretativo sarebbe strettamente correlato all'elemento teleologico. Se il metodo teleologico stabilito nel diritto svizzero è rivolto principalmente all'interno,

alla ratio legis alla base della norma, l'orientamento all'efficacia significherebbe un'apertura del metodo agli effetti esterni della norma. Nel diritto internazionale e europeo è stabilito un principio corrispondente, il principio dell'effet utile (principio di efficienza), secondo il quale una norma deve essere interpretata e applicata in modo tale da raggiungere il suo obiettivo nel modo migliore e più semplice possibile. Un tale elemento interpretativo sarebbe affine anche alla teoria economica del diritto consolidata nel dibattito metodologico statunitense, secondo cui le norme giuridiche devono essere interpretate in modo tale da ottenere la massima efficienza possibile in senso economico. Nella metodologia svizzera non si è ancora affermato un elemento interpretativo della massima efficacia possibile. Tuttavia, nella sentenza DTF 140 II 384, il Tribunale federale ha parlato della «questione costituzionale dell'efficacia del diritto materiale» e ha fatto riferimento all'art. 170 Cost. per impedire che la protezione delle parti in causa fosse assunta come un valore assoluto in relazione alle garanzie procedurali di cui all'art. 6 CEDU. In tal modo ha conciliato in modo pratico le due esigenze della protezione delle parti in causa (garanzie procedurali ai sensi dell'art. 29 Cost.) e dell'efficacia del diritto materiale (verifiche di efficacia ai sensi dell'art. 170 Cost.). Dalla giurisprudenza finora emanata non risulta tuttavia ancora chiaro se l'esigenza dell'efficacia delle misure statali assuma un significato autonomo nell'interpretazione della Costituzione o se, piuttosto, come altri interessi pubblici, confluisca nella ponderazione degli interessi o, come altre disposizioni costituzionali, nella creazione di una concordanza pratica, venendo così assorbita da figure metodologiche consolidate, in particolare la proporzionalità, l'interesse pubblico e la *ratio legis*. Un elemento interpretativo orientato all'efficacia avrebbe, ad esempio nella concretizzazione di disposizioni costituzionali aperte, il potenziale di fungere da «porta d'accesso» per le conoscenze empiriche derivanti dalle valutazioni e dalle scienze sociali nella metodologia giuridica. Tuttavia, molte questioni metodologiche rimangono irrisolte, ad esempio per quanto riguarda il rapporto tra un elemento interpretativo orientato all'efficacia e uno teleologico, cosicché un principio costituzionale dell'efficacia delle misure statali non ha finora potuto produrre conseguenze giuridiche concrete nell'ambito dell'interpretazione.

*Limiti della legittimazione dell'output.* Le considerazioni che precedono 54
mostrano che la valutazione dell'efficacia delle misure e dei decreti in Svizzera è lasciata in primo luogo alla discrezionalità politica. Per diversi

motivi, ciò è in una certa misura intrinseco al sistema. Da un lato, le valutazioni raramente sono in grado di fornire risultati affidabili su catene di effetti sociali complesse. Anche nelle discipline delle scienze sociali, che negli ultimi decenni hanno dato priorità ai progressi metodologici per la misurazione delle relazioni causali, tali risultati di ricerca sono per lo più caratterizzati da una notevole incertezza. Nella pratica, inoltre, le valutazioni spesso non corrispondono al modello ideale di una valutazione ex post completa con standard di qualità scientifica, ma si limitano, in termini di domande e metodi, ad analisi di attuazione orientate al processo. Anche se le valutazioni potessero misurare con assoluta certezza gli effetti delle misure statali, la deduzione delle conseguenze politiche richiederebbe comunque una valutazione politica. Supponiamo che una valutazione possa dimostrare in modo affidabile che una misura statale, escludendo altri fattori, ha ridotto la disoccupazione dello 0,5%: il risultato non risponderebbe alla domanda normativa se l'effetto giustifichi i costi (finanziari e di altro tipo) associati alla misura. La Costituzione stabilisce una procedura che attribuisce la competenza di rispondere a tali questioni di valutazione a determinati organi costituzionali, in particolare all'Assemblea federale. Questi organi sono in linea di principio liberi di adottare misure puramente simboliche che sono a priori inadatte a produrre un effetto misurabile (N. 28). Il risultato della «procedura di input» democratica e basata sulla separazione dei poteri, che valuta politicamente i risultati della valutazione, pone un limite alla «legittimazione di output» dell'azione dello Stato. La «legittimazione di output» non deve relativizzare o addirittura svuotare di significato le garanzie democratiche e dello Stato di diritto. Queste ultime costituiscono esse stesse un parametro di riferimento per il raggiungimento degli obiettivi e richiedono la realizzazione dello Stato di diritto democratico.

55 *Conclusione.* L'articolo 170 della Cost. e diverse disposizioni sistematicamente correlate condividono l'idea guida secondo cui le misure statali devono essere il più efficaci possibile (N. 49). La questione se sia giustificato raggruppare interpretativamente questo obiettivo comune di diverse disposizioni costituzionali in un principio costituzionale autonomo dell'efficacia delle misure statali dovrebbe, a nostro avviso, essere decisa principalmente alla luce delle conseguenze concrete di questo principio costituzionale (N. 50). È indiscutibile che il principio costituzionale non conferisce alcun diritto giustiziabile all'esecuzione di verifiche di efficacia (N. 51). Inoltre, finora non sono noti casi in cui un'autorità giudiziaria abbia classificato come

incostituzionale una misura che non ha prodotto alcun effetto o la cui efficacia non è stata verificata in modo adeguato solo per questo motivo (N. 52). È ipotizzabile che la tendenza all'orientamento dell'ordinamento giuridico all'efficacia possa trovare ingresso nella metodologia giuridica, nel senso di un'interpretazione delle norme volta alla massima efficacia possibile delle stesse. Uno sviluppo in questa direzione è rappresentato dal fatto che il principio dell'efffet utile del diritto europeo e internazionale è stato recepito nella giurisprudenza del Tribunale federale. Il riconoscimento di un elemento interpretativo autonomo dell'efficacia non è ancora stato completato, ma potrebbe contribuire a un'applicazione del diritto equa, realistica e legittimante (N. 53). In definitiva, la valutazione dell'efficacia delle misure e dei decreti in Svizzera rimane in primo luogo una questione di discrezionalità politica. Altrimenti, il principio di efficacia prevalerebbe sulla «legittimazione dell'input» democratica e costituzionale dell'azione dello Stato (N. 54). Sarebbe ipotizzabile definire l'efficacia come un principio costituzionale puramente programmatico, simile alle dichiarazioni narrative o agli appelli della Cost. Anche altri contenuti della Cost. federale definiti nella letteratura come «principi costituzionali» presentano una profonda normatività. Alla luce di questi sviluppi, l'efficacia pratica del diritto sostanziale nel suo complesso può essere intesa come un principio costituzionale in fase di sviluppo.

*Gli autori*

*Carl Jauslin, MLaw, BA, è candidato LL.M. al College of Europe di Bruges e dottorando alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Basilea, nonché ex giurista nel settore Progetti legislativi I presso l'Ufficio federale di giustizia a Berna.*

*Il Dr. sc. Gabriel Gertsch è delegato dell'Ufficio federale di giustizia per il pacchetto di accordi Svizzera-UE e vicecapo della sezione Accompagnamento legislativo I, docente di diritto costituzionale federale all'Università di San Gallo e ricercatore associato al Center for Law & Economics del Politecnico federale di Zurigo.*

*Il parere qui espresso riflette l'opinione personale degli autori e non deve necessariamente coincidere con quella dell'Ufficio federale di giustizia. Gli autori ringraziano Bertrand Bise, Kaspar Ehrenzeller, Simone Füzesséry e Jeanne Ramseyer per i loro preziosi commenti. Carl Jauslin ringrazia inoltre*

*Johanna Jean-Petit-Matile e Lukas Gysin per gli interessanti scambi su questo tema (normativo - un think tank giuridico).*

## LETTURE CONSIGLIATE

Bussmann Werner, Evaluation staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen: Ein Leitfaden, Chur/Zürich 1995.

Flückiger Alexandre, L'évaluation des impacts des mesures étatiques, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, VII.8.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple, Bern, 2019.

Mader Luzius, L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation, Diss., Lausanne 1985.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Sager Fritz/Widmer Thomas/Balthasar Andreas (Hrsg)., Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017.

## BIBLIOGRAFIA

Altwicker Tilmann, Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (12) 2018, 619 ff. (zit. Statistikbasierte Argumentation).

Altwicker Tilmann, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 138 (2019), 181 ff. (zit. Evidenzbasiertes Recht).

Altwicker Tilmann, Leistungsfähigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Nettesheim Martin (Hrsg.), Verfassungsrecht und Politik, VVDStRL 84, Berlin/Boston 2025, 334 ff. (zit. Leistungsfähigkeit).

Altwicker Tilmann/Hermstrüwer Yoan, Quantitative Legal Studies: The Science of Measuring the Law, in: Altwicker Tilmann et al. (Hrsg.), Recht - Jurisprudenz - Wissenschaft, Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich/Genf 2025, 41 ff.

Andereggen Céline, Evaluation der Vernehmlassungs- und Anhörungspraxis des Bundes, LeGes 1 (2012).

Angrist Joshua/Pischke Jörn-Steffen, The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design Is Taking the Con out of Econometrics, Journal of Economic Perspectives (24) 2010, No. 2, 3 ff.

Arni Patrick, Kausale Evaluation von Pilotprojekten: Die Nutzung von Randomisierung in der Praxis, LeGes 3 (2012).

Aubert Jean-François, Art. 170 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Balthasar Andreas, Institutionelle Verankerung und Verwendung von Evaluationen: Praxis und Verwendung von Evaluationen in der schweizerischen Bundesverwaltung, Zürich 2009 (zit. Verwendung von Evaluationen).

Balthasar Andreas, Evaluationen in der Schweiz: Verbreitung und Verwendung, in: Widmer Thomas/Beywl Wolfgang/Fabian Carlo (Hrsg.), Evaluation: Ein systematisches Handbuch, Wiesbaden 2009, 486-497.

Balthasar Andreas, Wie lassen sich Politikfelder evaluieren? Skizze einer Vorgehensweise am Beispiel der Integrationspolitik, LeGes 2 (2015) (zit. Politikfelder evaluieren).

Balthasar Andreas/Müller Franziska, Die Verbreitung evidenzbasierter und gleichstellungssensitiver Informationen in den Entscheidungsprozessen kantonaler Steuer- und Sozialtransferpolitik: Eine quantitative Analyse, Swiss Political Science Review 2014, 70 ff.

Balthasar Andreas/Strotz Chantal, Verbreitung und Verankerung von Evaluation in der Bundesverwaltung, in: Sager Fritz/Widmer Thomas/Balthasar Andreas (Hrsg.), Evaluationen im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017, 89 ff.

Balzer Lars, Bekanntheitsgrad und Nutzung der Evaluations-Standards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL) sowie erste Modifikationshinweise: Ergebnisse der Mitgliederbefragung, LeGes 2 (2013) (zit. Nutzung der Evaluations-Standards).

Balzer Lars, Die Evaluationspraxis im Licht der neuen SEVAL-Standards sowie empirisch bestimmter Bedingungen erfolgreicher Evaluationsprojekte, LeGes 3 (2019) (zit. Evaluationspraxis).

Biaggini Giovanni, Art. 187 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Biaggini Giovanni, Art. 170 BV, in: Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bise Bertrand/Wallart Nicolas, Differenzierte Regulierungen für weniger administrative Belastung, Die Volkswirtschaft, 25.5.2016.

Bise Bertrand, Wer überwacht die Wirksamkeit der öffentlichen Politik, Die Volkswirtschaft, 23. September 2019.

Brun Mathias, NFA-Wirksamkeitsbericht, LeGes 2 (2010).

Bussmann Werner, Rechtsetzung unter Unsicherheit, LeGes 2 (1992) (zit. Rechtsetzung unter Unsicherheit).

Bussmann Werner, Die Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation, LeGes 3 (1997) (zit. Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation).

Bussmann Werner, Evaluation von NPM-Pilotprojekten, LeGes (3) 1997 (zit. NPM-Pilotprojekte).

Bussmann Werner, Typen und Terminologie von Evaluationsklauseln, LeGes 2005 (zit. Typen und Terminologie).

Bussmann Werner, Die prospektive Evaluation und ihre Verfahren zur Prüfung von Erlassen, LeGes 2 (2009) (zit. Prospektive Evaluation).

Bussmann Werner, Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, LeGes 3 (2014) (zit. Evaluation der neuen Bundesrechtspflege).

Christ Brigitte, Evaluationen der EFK: Sand oder Schmieröl im Getriebe?, LeGes 1 (2022).

Delahais Thomas, Les évaluations participatives : plus facile à dire qu'à faire?, LeGes 1 (2021).

Della Vigna Stefano/Kim Woojin/Linos Elizabeth, Bottlenecks of Evidence Adoption, Journal of Political Economy 132 (2024).

Dubas Daniel/Wachter Daniel, Die Nachhaltigkeitsbeurteilung auf Bundesebene, LeGes 2 (2010).

Econcept, Differenzierte Regulierung und Opting-out, im Auftrag des SECO, 28.3.2018.

Ehrenzeller Bernhard, Art. 174 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Ehrenzeller Kaspar, Art. 169 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Ehrenzeller Kaspar, Verfassungsinterpretation, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Errass Christoph, Art. 80 BV, Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Flückiger Alexandre, Art. 170 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Flückiger Alexandre, L'arrêt KlimaSeniorinnen c. Suisse : un standard de qualité légistique pour la législation finalisée, LeGes 2 (2024) (zit. KlimaSeniorinnen).

Flückiger Alexandre, L'évaluation des impacts des mesures étatiques, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, VII. 8 (zit. Impacts).

Frey Kathrin/Ledermann Simone, Nutzung von Evaluationen in Regierung und -verwaltung, in: Fritz Sager/Thomas Widmer/Andreas Balthasar (Hrsg.), Evaluationen im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017, S. 211 ff.

Gabriel-Schärer Pia/Wicki Martin, Partizipative Ansätze und Evaluationsmethodik, LeGes 1 (2021).

Haldemann Theo, Evaluation von Politik- und Verwaltungsreformen, LeGes 3 (1997).

Haldemann Theo/Marek Daniel, Evaluationsstudien für ein tatsächlich wirkungsorientiertes NPM, LeGes 2 (2001).

Haunberger Sigrid, Nichts ist praktischer als ein gutes Wirkungsmodell: Überlegungen am Beispiel des Justizvollzugs, LeGes 2 (2018).

Höland Armin, Interdisziplinarität der Gesetzesevaluation, LeGes 1 (1990).

Janett Daniel, Die Evaluationsfunktion des Bundesparlaments, LeGes 2 (2004).

Jauslin Carl/Schinzel Marc, Krisenfeste Gesetzgebung: Notwendigkeit oder Illusion?, LeGes 3 (2024).

Keller Läubli Lucy, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, recht 2018.

Kettiger Daniel, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern 2000 (zit. Verwaltungsführung).

Kettiger Daniel, Gesetzescontrolling, Bern/Stuttgart/Wien 2000 (zit. Gesetzescontrolling).

Körber Sandro, Experimentelle Rechtsetzung, LeGes 2 (2015).

Konzendorf Gottfried, Die Zukunft evaluieren: Ansätze, Herausforderungen, Bedeutung, LeGes 1 (2012).

Ledermann Simone/Tobler Andreas/Bättig Christoph, Art. 27 ParlG, in: Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, 2. Aufl., Basel 2024.

Lienhard Andreas, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analyse - Anforderungen - Impulse, Bern 2005.

Lienhard Andreas/Marti Locher Fabienne, Art. 170 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

Lötscher Andreas, Evaluationsklauseln: Überlegungen aus gesetzesredaktioneller Sicht, LeGes 1 (2005).

Luhmann Niklas, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M. 1969.

Mader Luzius, Art. 170 der Bundesverfassung – Was wurde erreicht, was ist noch zu tun?, LeGes 1 (2005).

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Mastronardi Philippe, Zur Legitimation des Staates durch die Wirkungen seines Handelns, LeGes 1996, 25 ff. (zit. Legitimation).

Mastronardi Philippe, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, LeGes 2/3 (1998) (zit. Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit).

Mastronardi Philippe, Angewandte Rechtstheorie, Bern 2009 (zit. Angewandte Rechtstheorie).

Mastronardi Philippe, Art. 170 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich & St. Gallen 2008.

Melvin Mark/Henry Gary, The mechanisms and outcomes of evaluation influence, Evaluation 2004, 10(1), 35 ff.

Meynhardt Timo, Public Value, in Bernard Blanke et al. (Hrsg.). Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Aufl., Wiesbaden 2011, 517 ff.

Moore Mark, Creating Public Value, Strategic Management in Government, Cambridge 1995.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Müller Markus, Art. 187 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Petersen Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 3 (2010), S. 435 ff.

Pfyl Roland, Evaluation der Zukunft: Ansätze, Herausforderungen und Bedeutung von Folgenabschätzungen in Verwaltung und Politik, LeGes 1 (2012).

Pleger Lyn/Sager Fritz, Die Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit in der Schweiz und was die SEVAL dagegen tun kann, LeGes 1 (2016) (zit. Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit).

Pleger Lyn/Sager Fritz, «Don't tell me cause it hurts» – Beeinflussung von Evaluierenden in der Schweiz, Zeitschrift für Evaluation 1 (2016), S. 23 ff. (zit. Beeinflussung von Evaluierenden).

Pleger Lyn/Sager Fritz, Betterment, undermining, support and distortion: A heuristic model for the analysis of pressure on evaluators, Evaluation and Program Planning 2018, 166 ff. (zit. Pressure on evaluators).

Pleger Lyn/Hadorn Suanne, The big bad wolf's view: The evaluation clients' perspectives on independence of evaluations, Evaluation 4 (2018), S. 456 ff.

Posner Richard A., Economic Analysis of Law, Boston 1973 (zit. Economic Analysis).

Posner Richard A., The Economic Approach to Law, Texas Law Review 53 (1975), 756 ff. (zit. Economic Approach).

Pound Roscoe, Law in books and law in action, American Law Review 1910, S. 15 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Riedel Henrik, Wie können Nachhaltigkeitsprüfungen in Gesetzesfolgenabschätzungen integriert werden? LeGes 1 (2012).

Rieder Stefan, Wirkungsmodelle in der Evaluation des föderalen Politikvollzugs, LeGes 2 (2007) (zit. Wirkungsmodelle).

Rieder Stefan, Evaluation und (New) Public Management – Parallelen und Synergien, LeGes 1 (2014) (zit. New Public Management).

Rieder Stefan, Kosten von Evaluationen, LeGes 1 (2011) (zit. Kosten).

Röhl Hans Christian, Öffnung der Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL 74 (2014), S. 7 ff.

Rüefli Christian, Evaluationsmethoden zwischen Pragmatismus und Qualität – Ansätze zum Umgang mit dem Spannungsfeld, LeGes 1 (2010) (zit. Evaluationsmethoden).

Rüefli Christian, Ansätze und Instrumente besserer Regulierung – eine Auslegeordnung, LeGes 3 (2017) (zit. Instrumente besserer Regulierung).

Rüefli Christian, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 3(2022) (zit. Gesetzesevaluation).

Sager Fritz/Hinterleitner Markus, Evaluation, in: Klaus Schubert/Nils Bandelow, Lehrbuch der Politikfeldanalyse, 3. Aufl., Oldenburg 2014, S. 437 ff.

Sager Fritz/Ingold Karin/Balthasar Andreas, Policy-Analyse in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2018.

Sägesser Thomas, Art. 26 ParlG, in: Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, 2. Aufl., Basel 2024.

Schmidt, Vivien A., Conceptualizing Legitimacy: Input, Output, and Throughput, in: Europe's Crisis of Legitimacy: Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone, Oxford, 2020.

Stockbauer Uta, Was macht Evaluationen nützlich? Grundlagen und empirische Untersuchungen zum Thema Verwertung und Verwertbarkeit von Evaluationen, Diss., Salzburg 2000.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, ZSR 143 (2024) I, Heft 1, 103 ff.

Uffer Matthias, Die Grundrechtskollision: ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Diss., Baden-Baden 2021.

Uhlmann Felix/Bussmann Werner, Art. 170 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Widmer Thomas, Qualitätssicherung in der Evaluation, LeGes 2 (2001) (zit. Qualitätssicherung).

Widmer Thomas, Unabhängigkeit in der Evaluation, LeGes 2 (2012) (zit. Unabhängigkeit).

Widmer Thomas et al., Forschung über Evaluation in der Schweiz: Stand und Aussichten, LeGes 3 (2016).

Wiederkehr René/Frings Johannes, Grundprinzipien des öffentlichen Rechts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1 (2025), S. 3 ff.

Von Witzleben Thomazine, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, LeGes 3 (2006).

Von Bogdandy Armin, Gubernative Rechtsetzung: Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, Habil., Tübingen 2000.

Wüest-Rudin David, Evaluation von Reformen der öffentlichen Verwaltung: Bedeutung und Erfolgsfaktoren, LeGes 1 (2002).

## I MATERIALI

BJ, Wirksamkeit von Bundesmassnahmen, Vorschläge zur Umsetzung von Art. 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung, Bericht der Interdepartementalen Kontaktgruppe «Wirkungsprüfungen» an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 14.6.2004 (zit. Bericht IDEKOWI, 2004).

BJ, Entscheide des Bundesrats vom 3. November 2004 zur Verstärkung der Wirksamkeitsprüfungen bei Bundesrat und Bundesverwaltung (ergänzt durch die Empfehlungen der Generalsekretärenkonferenz [GSK] vom 19.11.2005 über Qualitätsstandards), Konsolidierte Übersicht über die Entscheide, Empfehlungen zum Zeitpunkt der Umsetzung vom 19.1.2006 (zit. Wirksamkeitsprüfungen, Entscheide des Bundesrates, 2006).

BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 5. Aufl. 2025.

BJ, Empfehlungen des Bundesamts für Justiz zur Formulierung von Evaluationsklauseln vom 1.7.2012.

Bundeskanzlei, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand April 2024.

Bundesrat, Bericht über die Vollzugs- und Wirkungskontrolle des Neuen Führungsmodells für die Bundesverwaltung, 24.11.2021.

Bundesrat, Richtlinien für die Regulierungsfolgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorhaben des Bundes (RFA-Richtlinien) vom 6.12.2019 (Stand am 1.10.2024, BBl 2024 664).

EFK, Umsetzung der Evaluationsklauseln in der Bundesverwaltung, Prüfung, Oktober 2011.

EU Commission, Better Regulation Guidelines, Commission Staff Working Document, Brussels, 3.11.2021, SWD 305 (2021) final, Chapter III-V.

EU Commission, Staff Working Paper 'Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments' (SEC(2011)567).

OECD, Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris 2020, abrufbar unter: https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en [abgerufen am 1.8.2024].

SECO, Prüfauftrag zu Regulatory Sandboxes, Studie, Juni 2022.

SEVAL-Standards, Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft, 9.9.2016.

SEVAL, Erläuterungen zu den Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL-Standards), 7.9.2017.

WBF, Handbuch Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), Version 2.0 (1.4.2024)

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 176 Cost

Un commentario di Christoph Raess

CITAZIONE SUGGERITA

Christoph Raess, Commentario all'art. 176 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Raess, art. 176 Cost. N. XXX.

**Art. 176** Presidenza

[1] Il presidente della Confederazione presiede il Consiglio federale.

[2] Il presidente della Confederazione e il vicepresidente del Consiglio federale sono eletti per un anno dall'Assemblea federale fra i membri del Consiglio federale.

[3] La rielezione degli uscenti è esclusa. È parimenti esclusa l'elezione del presidente uscente alla carica di vicepresidente.

# STRUTTURA

I. Genesi ed evoluzione storica della presidenza della Confederazione ..... 1351
II. Struttura normativa ..... 1352
III. Collocazione nel contesto di diritto pubblico ..... 1353
IV. «(...) presiede il Consiglio federale.» ..... 1354
V. Vicepresidente ..... 1360
VI. Disposizioni relative all'elezione (capp. 2 e 3) ..... 1360
VII. Proposte di riforma ..... 1362
Letture consigliate ..... 1364
Bibliografia ..... 1364
I materiali ..... 1367

# I. GENESI ED EVOLUZIONE STORICA DELLA PRESIDENZA DELLA CONFEDERAZIONE

La disposizione dell'art. 176 Cost. risale, nella sua formulazione e nel suo contenuto, alla **fondazione dello Stato federale**. Rispetto alle due norme che l'hanno preceduta, l'art. 176 Cost. non ha subito modifiche sostanziali, ma solo linguistiche. L'espressione «presiede» risale addirittura al progetto di atto federale della Confederazione Svizzera del maggio 1833, rielaborato dalla Dieta federale. Il testo dell'art. 176 Cost. è quindi – come le altre disposizioni relative al Consiglio federale – esemplare della *costanza istituzionale* che prevale in Svizzera dal 1848. 1

L'Assemblea federale ha ripreso, senza modifiche di fondo e praticamente senza discussione, l'adeguamento puramente linguistico dell'art. 176 Cost. proposto dal Consiglio federale nell'ambito dell'ultima **revisione costituzionale**. Nel corso della riforma della conduzione dello Stato, un prolungamento della durata del mandato del presidente o della presidente della Confederazione a due anni è fallito più volte (cfr. N. 27 e N. 32). 2

Il testo praticamente immutato dell'art. 176 Cost. contrasta con il mutato significato della presidenza della Confederazione. Infatti, il **significato della carica** di presidente della Confederazione e, a ciò strettamente connessa, la *prassi elettorale* dell'Assemblea federale per la carica si sono *fortemente trasformati*. Fino all'inizio del XX secolo, la carica di presidente della Confederazione era fondamentalmente legata alla presidenza del Dipartimento politico. Il Dipartimento politico comprendeva sia la politica estera che la sicurezza interna. Era quindi di grande importanza politica. Questa grande importanza del Dipartimento politico portò a riservare la carica di presidente della Confederazione a quei membri del Consiglio federale ai quali venivano attribuite qualità di statisti. Di conseguenza, l'Assemblea federale non eleggeva tutti i consiglieri federali come presidenti della Confederazione. Il principio della rotazione annuale era tuttavia già in vigore all'epoca (cfr. N. 29). A causa delle circostanze menzionate, all'inizio dello Stato federale il presidente della Confederazione avrebbe goduto di una «posizione sproporzionatamente più forte ed elevata» rispetto agli altri membri del Consiglio federale. 3

4 A partire dal 1920, con la separazione della presidenza della Confederazione dalla presidenza del Dipartimento politico e la conseguente istituzione dell'attuale Dipartimento degli affari esteri, la presidenza della Confederazione ha perso importanza. Da allora, la presidente o il presidente della Confederazione occupa la posizione di primo tra pari (cfr. N. 11). A seguito di questo cambiamento, oggi l'Assemblea federale elegge abitualmente come presidente della Confederazione i membri del Consiglio federale, senza richiedere la dimostrazione di particolari qualifiche «statali». È prassi elettorale che un membro del Consiglio federale diventi presidente della Confederazione solo dopo aver prestato servizio sotto la presidenza di tutti i colleghi con maggiore anzianità di servizio.

5 Indipendentemente dal mutato significato della carica, la prassi elettorale dell'Assemblea federale ha subito un'altra importante modifica alla fine del secolo scorso: dall'elezione dell'ex consigliera federale Ruth Dreifuss alla fine del 1998 come prima presidente della Confederazione, l'Assemblea federale elegge regolarmente donne a questa carica.

## II. STRUTTURA NORMATIVA

6 L'art. 176 Cost. è composto da tre cpv. Solo il cpv. 1 contiene una disposizione sostanziale – piuttosto indefinita – che stabilisce che la presidente o il presidente della Confederazione presieda il Consiglio federale. Il testo costituzionale lascia tuttavia aperta la questione delle competenze connesse alla presidenza. I cpv. 2 e 3 contengono soprattutto disposizioni relative al diritto elettorale. Da un punto di vista puramente quantitativo, l'intero art. 176 Cost. contiene quindi **soprattutto disposizioni relative al diritto elettorale e solo poche norme sostanziali**. Ciò è in linea con il fatto che, anche a giudicare dal titolo, l'art. 176 Cost. non si occupa dei poteri o delle competenze del presidente della Confederazione, ma solo della «presidenza» del Consiglio federale. Il testo costituzionale e il titolo dell'art. 176 Cost. simboleggiano quindi la posizione piuttosto modesta del presidente della Confederazione nell'organizzazione dello Stato svizzero.

7 cpv. 2 stabilisce che, oltre al presidente della Confederazione, esiste anche la **carica di vicepresidente**, non menzionata nel cpv. 1. Si stabilisce inoltre che l'Assemblea federale eletta elegge il presidente della Confederazione e il vicepresidente. Il diritto di eleggibilità spetta solo ai membri in carica del Consiglio federale. Si stabilisce inoltre che il mandato del presidente della

Confederazione dura un anno. Cpv. 3 esclude poi la rielezione per l'anno successivo. Per il presidente della Confederazione questo divieto vale anche per la carica di vicepresidente.

## III. COLLOCAZIONE NEL CONTESTO DI DIRITTO PUBBLICO

L'art. 176 Cost. fa parte della prima sezione del terzo capitolo del quinto titolo «**Autorità federali**» della Costituzione federale. Questa sezione contiene le disposizioni relative all'organizzazione e alla procedura del Consiglio federale, dell'Amministrazione federale e della Cancelleria federale. L'art. 176 Cost. segue le due norme che trattano il Consiglio federale in quanto tale, nonché la sua composizione ed elezione (art. 174 segg. Cost.). Segue poi, come ultima norma che si occupa dell'organizzazione del Consiglio federale, l'art. 177 Cost., che stabilisce il principio collegiale e dipartimentale come base per il funzionamento del Consiglio federale. 8

L'art. 176 Cost. presenta alcune **analogie** con l'art. 152 Cost., dove viene disciplinata la presidenza del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati. Si nota che anche il testo dell'art. 152 Cost. evidenzia soprattutto il contenuto elettorale di tale articolo (cfr. N. 6). Per il Tribunale federale, il terzo potere supremo della Confederazione, non esiste una norma analoga, poiché la presidenza del Tribunale federale non è prevista dalla Cost. (cfr. art. 188 Cost., art. 14 della Legge sul Tribunale federale [LTF]). Nelle costituzioni cantonali si trovano tuttavia numerose disposizioni simili all'art. 176 Cost. che regolano la presidenza del rispettivo governo cantonale. I capoversi 2 e 3 dell'art. 176 Cost. presentano inoltre analogie con l'art. 175 cpv. 2–4 Cost., che riguardano la competenza per l'elezione dei membri del Consiglio federale e i relativi requisiti di eleggibilità. 9

La **funzione** dell'art. 176 Cost. consiste in primo luogo nel disciplinare la presidenza del Consiglio federale (cfr. N. 12). L'art. 176 Cost. attribuisce questo compito alla presidente o al presidente della Confederazione e ne disciplina i poteri nonché la posizione all'interno del Consiglio federale. Inoltre, l'art. 176 Cost. disciplina l'elezione del presidente della Confederazione e del vicepresidente e prevede in particolare – a integrazione dell'elenco (evidentemente non esaustivo) delle competenze elettorali dell'Assemblea 10

federale di cui all'art. 168 Cost. – che sia l'Assemblea federale a procedere a tale elezione.

11 Il ruolo non preminente del Presidente della Confederazione è strettamente legato ai **principi del governo collegiale e della concordanza** che prevalgono nella democrazia svizzera. Dal principio di collegialità sancito dall'art. 177 cpv. 1 Cost. si deduce che tutti i membri del Consiglio federale sono uguali, il che ha ripercussioni anche sulla configurazione della carica di presidente della Confederazione. A ciò si ricollega – come giustamente sottolineato nella dottrina – una forte diffidenza nei confronti dell'accumulo di potere in una sola persona, che trova espressione anche nella configurazione della presidenza della Confederazione. Già Fritz Fleiner aveva diagnosticato alla Svizzera una predilezione per gli organi collegiali, che danno spazio a una maggioranza di persone e impediscono o limitano l'influenza preponderante di un singolo. Con «concordanza» si intende infine «l'impegno a garantire nel processo politico la massima considerazione possibile dei valori e degli interessi». In questo contesto, la carica di presidente della Confederazione va oggi caratterizzata come segue: egli o ella è semplicemente *il primo tra pari* e non ha una posizione di effettiva supremazia rispetto agli altri membri del Consiglio federale (cfr. N. 12). In conformità con il principio di collegialità, alla carica di presidente della Confederazione sono inoltre associate solo competenze limitate. Il principio di collegialità non ostacolerebbe tuttavia un leggero rafforzamento del ruolo del presidente della Confederazione, poiché il contenuto del principio di collegialità non deve essere esteso eccessivamente.

## IV. «(...) PRESIEDE IL CONSIGLIO FEDERALE.»

12 Il testo dell'art. 176 cpv. 1 Cost. è formulato in modo estremamente conciso. A ciò si aggiunge il fatto che il presidente della Confederazione spesso non svolge i propri compiti in pubblico, ma all'interno del collegio. Ciò rende difficile comprendere se e come il presidente della Confederazione svolga i propri compiti. Queste circostanze rendono difficile anche l'**interpretazione dell'art. 176 Cost.** Un punto di riferimento in tal senso è la prassi interpretativa dell'Assemblea federale relativa all'art. 176 Cost., così come si è sviluppata ad esempio in occasione dell'adozione dell'art. 25 segg. LOGA. Di ciò si dovrà tenere conto nel seguito per determinare il contenuto dell'art. 176 Cost. Non è tuttavia ammissibile dedurre il contenuto dell'art. 176 Cost.

dall'attuazione legislativa; ciò equivarrebbe a un'inversione della gerarchia delle norme.

13 Dal testo della Costituzione non emergono esplicitamente né la funzione esatta né i compiti della Presidente della Confederazione o del Presidente della Confederazione. Nella Costituzione si trova solo l'indicazione che il presidente della Confederazione **presiede il Consiglio federale** (art. 176 cpv. 1 Cost.). Ma cosa significa esattamente? In termini generali, la presidenza va descritta come segue: il presidente della Confederazione «presiede» *solo il Consiglio federale*, *non la Confederazione*. Non dirige nemmeno il Consiglio federale, ma ne presiede solo le riunioni. Deve «garantire il funzionamento e l'efficienza del [Consiglio federale] e assumersene la responsabilità primaria». Pertanto, la carica di presidente della Confederazione «non conferisce potere né una posizione di egemonia giuridica e politica». Come ha formulato in modo conciso e convincente il legislatore nell'art. 19 cpv. 3 LOGA, il Presidente della Confederazione è il membro che presiede il Consiglio federale. Negare tuttavia al Presidente della Confederazione ogni reale autorità è eccessivo. Piuttosto, in virtù dei suoi compiti presidenziali, gli spetta, rispetto agli altri membri del Governo, *una certa posizione di potere supplementare*.

14 In linea di principio occorre distinguere tra la **funzione di direzione e coordinamento** del Presidente della Confederazione da un lato e le sue altre «funzioni nel collegio del Consiglio federale» formali e disciplinate dalla legge (cfr. ad esempio N. 20 e N. 22) dall'altro. L'esercizio della funzione di direzione e coordinamento costituisce il compito principale del presidente della Confederazione. Nella sua funzione di direzione e coordinamento, la presidenza significa «direzione». La direzione comprende «avviare, coordinare, guidare le procedure, mediare, riunire, promuovere e controllare» e indica quindi la guida del collegio (cfr. N. 18). Tutti questi compiti devono essere svolti in conformità con la Costituzione, tenendo conto che la presidenza federale non conferisce al presidente federale i poteri di un capo di governo. Nel corso della vicenda libica è emerso infine che la presidente o il presidente della Confederazione – con la firma di un trattato di diritto internazionale di propria iniziativa – può fare di più in materia di diritto internazionale di quanto gli sia consentito dal diritto nazionale.

15 A causa dell'ambito di competenza limitato, la dottrina di diritto pubblico conclude giustamente già da oltre 140 anni che la presidente o il presidente

della Confederazione sia piuttosto una **presidente del Consiglio federale**. Il titolo di «presidente della Confederazione» «Presidente della Confederazione» nasconde quindi l'effettiva vacuità della carica in questione o promette più di quanto possa mantenere. La carica non esonera inoltre la Presidente della Confederazione o il Presidente della Confederazione dal presiedere contemporaneamente uno dei sette dipartimenti (cfr. art. 175 cpv. 1, art. 177 cpv. 2 e art. 178 cpv. 2 Cost.) . Tuttavia, nella letteratura politologica si constata che, anche in tempi recenti, le presidenti federali sono riuscite a dare un certo impulso politico nonostante il loro ruolo non di primo piano.

16 Il presidente della Confederazione dispone, in linea di principio, di una **specifica legittimazione democratica** in virtù di un'elezione separata da parte dell'Assemblea federale riunita. Tuttavia, alla luce dell'attuale prassi elettorale, per cui l'elezione si riduce piuttosto a una nomina a rotazione, tale legittimazione aggiuntiva è minima. Di conseguenza, da questa legittimazione aggiuntiva non si può necessariamente dedurre un'interpretazione estensiva dei compiti presidenziali. In particolare, dal testo costituzionale non si ricavano indicazioni in tal senso. Tuttavia, nel regolamento di protocollo della Confederazione Svizzera approvato dal Consiglio federale, il presidente della Confederazione è classificato al rango 1a, subito dopo il Consiglio federale nel suo insieme, classificato al rango 1. Dal punto di vista protocollare, il presidente della Confederazione si colloca quindi al di sopra sia degli altri consiglieri federali sia della presidente del Consiglio nazionale (rango 2) e del presidente del Consiglio degli Stati (rango 3). Il DFAE motiva il conseguente allontanamento dalla gerarchia interna dei poteri con la «gerarchizzazione dei titolari di cariche in vista della rappresentanza del nostro Paese all'estero».

17 Il ruolo del Presidente della Confederazione viene spesso descritto in modo negativo nella dottrina e dallo stesso Consiglio federale. Si legge infatti ripetutamente che la presidente o il presidente della Confederazione **non è né capo di Stato né capo del governo**. Per quanto breve e accattivante possa essere questa descrizione, non aggiunge molto. Questi slogan escludono sì due funzioni (teoricamente) possibili per la presidente o il presidente della Confederazione, ma non aiutano a chiarire la concreta ripartizione delle competenze. È tuttavia utile una descrizione negativa del ruolo del presidente della Confederazione, che si orienti alla configurazione concreta della carica. Il presidente della Confederazione non ha alcuna influenza sulla composizione del Consiglio federale. Questa gli viene imposta dall'Assemblea

federale riunita (cfr. art. 175 cpv. 2 Cost.). Inoltre, per costituzione, il presidente della Confederazione non si trova in una posizione gerarchica rispetto agli altri membri del Consiglio federale. Non è il loro superiore. In mancanza di questa posizione di superiorità, il presidente della Confederazione non ha alcun diritto di impartire istruzioni di merito agli altri membri del collegio. Ciò sarebbe estraneo al sistema in un governo multipartitico vincolato alla concordanza, come è il Consiglio federale svizzero (cfr. N. 11). Infine, il legislatore costituzionale non ha conferito al presidente della Confederazione, con la presidenza, alcun potere decisionale in materia.

18 Il compito principale della presidenza del Consiglio federale è la **guida del collegio** in quanto tale (cfr. art. 25 cpv. 1 LOGA). Il presidente della Confederazione «mantiene la coesione del collegio, ne stimola l'attività, ne assicura il funzionamento e lo sostiene attraverso la [sua] attività di guida». Ciò comprende la conduzione delle sedute del Consiglio federale (cfr. art. 18 cpv. 1 LOGA), compresa la loro preparazione e il doppio voto in caso di parità (che nella pratica si verifica raramente a causa del numero dispari di membri del Consiglio federale) (art. 25 cpv. 2 lett. b e art. 19 cpv. 3 LOGA). Le competenze del presidente della Confederazione sono quindi strettamente legate allo svolgimento formale degli affari. Dal 2014 il presidente della Confederazione può incaricare formalmente un membro del Consiglio federale di sottoporre al Consiglio federale un determinato affare entro un termine prestabilito (art. 25 cpv. 2 lett. b$^{bis}$ LOGA). Dal punto di vista politico, tuttavia, è difficile immaginare che un presidente della Confederazione incarichi un altro consigliere federale di iscrivere all'ordine del giorno di una seduta del Consiglio federale un affare (che in talune circostanze potrebbe non essere ancora deliberabile). È difficile valutare dall'esterno se i poteri derivanti da questi compiti vengano esercitati con moderazione nella pratica, come postulato dalla dottrina. La diagnosi dovrebbe tuttavia essere corretta, dato che finora i media non hanno riportato esempi tratti dalla prassi del Consiglio federale che indichino il contrario. La guida del collegio comporta tuttavia molto di più del compito formale di presiedere le sedute. La guida del collegio significa che il presidente della Confederazione avvia discussioni importanti in seno al Consiglio federale, opera per raggiungere un progetto consensuale, ma mira anche a una decisione quando non è possibile trovare un compromesso in seno al Consiglio federale. In questo contesto sono richieste anche competenze sociali. Grazie a una guida ponderata e mirata del collegio,

il presidente della Confederazione dovrebbe oggi – in mancanza di una posizione di rilievo e di un potere decisionale concreto – poter esercitare la massima influenza sull'organo.

19 La dottrina sostiene inoltre che il compito primario del presidente dovrebbe essere quello di realizzare una **politica di governo unitaria e coerente** sia all'interno che all'esterno (cfr. art. 180 Cost.). In questo senso, si potrebbe esigere che il presidente della Confederazione garantisca la funzione fondamentale del Consiglio federale, ovvero la guida politica della Svizzera. In tal modo, il presidente della Confederazione potrebbe verificare e garantire il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dal programma della legislatura (cfr. art. 146 della LParl) o da altri strumenti di pianificazione. Da un punto di vista teorico, tali richieste appaiono in linea di principio sensate. Tuttavia, con gli strumenti attualmente a disposizione del presidente della Confederazione, nella pratica sarebbero difficili da soddisfare.

20 Il presidente della Confederazione **rappresenta il Consiglio federale in patria e all'estero** (art. 28 LOGA). Tra questi compiti di rappresentanza figurano, ad esempio, la partecipazione a conferenze internazionali e lo svolgimento di visite di Stato all'estero su invito, ma anche i discorsi annuali di Capodanno e del 1° agosto. I ricevimenti di Stato in Svizzera sono invece presidiati dal Consiglio federale in corpore, poiché la rappresentanza della Confederazione all'interno e all'estero spetta al Consiglio federale in quanto collegio (cfr. art. 174 cpv. 1, art. 184 cpv. 1 e art. 186 cpv. 1 Cost.). Nonostante questi compiti, il presidente della Confederazione spesso non è visto dalla popolazione svizzera – in linea con le sue competenze giuridiche – come una figura di riferimento. Ciò dipende tuttavia anche dagli eventi attuali e dal carattere del presidente della Confederazione in carica. Ad esempio, all'inizio della pandemia di Covid-19 nella primavera del 2020, l'ex consigliera federale Simonetta Sommaruga ha avuto una forte visibilità in qualità di presidente della Confederazione, il che le è valso persino il titolo di «madre della patria» in alcuni articoli.

21 La carica di presidente della Confederazione è associata a un certo **prestigio**, in particolare a causa dei compiti di rappresentanza menzionati in precedenza. Questo prestigio e la presenza mediatica ad esso associata oggi – anche se è diminuita rispetto agli altri membri del Consiglio federale – non sono da sottovalutare. Di conseguenza, i consiglieri federali considerano spesso l'anno di presidenza come il coronamento del loro mandato in seno al

Consiglio federale e si dimettono poco dopo. Il prestigio e la maggiore presenza mediatica potrebbero essere anche due dei motivi per cui finora non è riuscita una revisione delle disposizioni relative alla presidente della Confederazione o al presidente della Confederazione. Tuttavia, non dovrebbero essere solo i singoli membri del Consiglio federale a ambire al prestigio legato alla carica di presidente della Confederazione, ma anche i loro partiti politici, che probabilmente desiderano anch'essi crogiolarsi nel fasto della carica.

Infine, la presidente o il presidente della Confederazione dispone di **ulteriori compiti minori**, tra cui figurano, tra l'altro, le decisioni presidenziali in casi urgenti ai sensi dell'art. 26 LOGA, la cura dei rapporti con i Cantoni ai sensi dell'art. 29 LOGA, nonché le decisioni in caso di conflitti di competenza interdipartimentali ai sensi dell'art. 47 cpv. 3 LOGA. Ai sensi dell'art. 9 dell'Ordinanza sull'organizzazione del Consiglio federale del 29 novembre 2013 (RS 172.111, O-CdF), il presidente della Confederazione rappresenta il Consiglio federale nelle deliberazioni parlamentari sul programma della legislatura, sugli obiettivi annuali del Consiglio federale e nella presentazione del rapporto annuale di attività in merito a temi che riguardano il Consiglio federale in quanto collegio. 22

Il presidente della Confederazione è assistito nell'esercizio delle sue funzioni in primo luogo dal cancelliere della Confederazione (cfr. art. 30 cpv. 2 lett. a LOGA). Inoltre, ai sensi dell'art. 29*a* cpv. 1 della LOGA, il presidente della Confederazione dispone di un **servizio presidenziale** per l'adempimento dei suoi compiti specifici, in particolare per le relazioni internazionali, la comunicazione, il protocollo e le questioni organizzative. Il Servizio presidenziale fa capo alla Cancelleria federale (art. 29*a* cpv. 2 LOGA). Il Servizio presidenziale esiste in questa forma dal 2015. L'idea alla base era che la continuità e l'efficienza nell'adempimento dei compiti diplomatici del Presidente della Confederazione potessero essere rafforzate se tali compiti fossero stati concentrati in un servizio dedicato. Il sostegno è fornito esclusivamente per l'adempimento dei compiti specifici menzionati. Il Servizio presidenziale non è invece chiamato a sostenere la Presidenza della Confederazione nella direzione del Consiglio federale in sé e per sé. Un rafforzamento e un ampliamento del Servizio presidenziale in questa direzione sarebbero tuttavia degni di considerazione (cfr. N. 34). 23

## V. VICEPRESIDENTE

24 Il **ruolo del vicepresidente** del Consiglio federale non è definito nella Costituzione. Anche il Consiglio federale, nel suo messaggio sulla nuova Costituzione federale, non si è espresso in merito alla posizione del vicepresidente. Tuttavia, l'art. 27 LOGA prevede che il vicepresidente o la vicepresidente assuma la supplenza e tutte le funzioni presidenziali qualora il presidente o la presidente della Confederazione sia impedito o impedita nell'esercizio delle sue funzioni. La disposizione mira a garantire la capacità operativa del Consiglio federale. Il vicepresidente può ad esempio assumere anche la direzione della seduta del Consiglio federale qualora il presidente si ricusi in merito a un oggetto (art. 20 LOGA, art. 4 cpv. 1 RO-CdF).

## VI. DISPOSIZIONI RELATIVE ALL'ELEZIONE (CAPP. 2 E 3)

25 Ai sensi dell'art. 176 cpv. 2 Cost., l'Assemblea federale elegge il presidente della Confederazione e il vicepresidente **tra i membri del Consiglio federale**. La disposizione non conferisce a nessun membro del Consiglio federale il diritto di essere eletto presidente della Confederazione. Il principio di rotazione, rigorosamente applicato nell'attuale prassi elettorale (cfr. N. 29), non è previsto dalla Costituzione. Ciò vale anche per l'usanza secondo cui il presidente della Confederazione deve essere stato in precedenza vicepresidente. Quest'ultima non può comunque essere rispettata, in particolare in caso di dimissioni o di revoca della vicepresidentessa o del vicepresidente dal Consiglio federale. Ciò è avvenuto da ultimo quando il consigliere federale Joseph Deiss è diventato presidente della Confederazione nel 2004, dopo che la consigliera federale Ruth Metzler, in carica come vicepresidentessa, era stata revocata nel dicembre 2003. L'attuale prassi elettorale non è in grado di fondare un diritto consuetudinario all'elezione a una delle cariche citate, in particolare poiché l'art. 176 cpv. 2 e 3 Cost. (e probabilmente anche l'art. 148 cpv. 1 Cost.) non lasciano spazio a tale possibilità in ragione del loro carattere esaustivo.

26 L'Assemblea federale elegge la presidente o il presidente della Confederazione e la vicepresidente o il vicepresidente per un **mandato di un anno** (cfr. art. 176 cpv. 2 Cost.). Questa *breve durata del mandato rende difficile soddisfare le esigenze della carica*, poiché rimane poco tempo per crescere in questo ruolo di leadership coordinatrice. La durata del mandato è

quindi in una certa contraddizione con il cpv. 1. Allo stesso tempo, la durata di un anno impedisce lo «sviluppo giuridico di un ruolo dominante in seno al Consiglio e di una reputazione di rilievo presso il popolo», il che corrisponde al principio di collegialità determinante per la configurazione della carica di presidente della Confederazione (cfr. N. 11).

Cpv. 2 è regolarmente **oggetto di proposte volte a riformare l'organizzazione e a rafforzare il Consiglio federale**. Nel messaggio complementare del 13 ottobre 2010 sulla riforma del Governo, lo stesso Consiglio federale propose – in definitiva senza successo (cfr. N. 3) – di prolungare a due anni il mandato del presidente della Confederazione. Egli ha motivato questa proposta, tra l'altro, sostenendo che un mandato di due anni rafforzerebbe la funzione di guida e di coordinamento del presidente della Confederazione. Inoltre, ciò consentirebbe di adempiere meglio agli obblighi presidenziali di presenza e di rappresentanza, in particolare anche nei confronti dell'estero. 27

Ai sensi dell'art. 176 cpv. 3 Cost., la **rielezione** alla carica di presidente della Confederazione e alla carica di vicepresidente è **esclusa per l'anno successivo**. Il presidente della Confederazione non può inoltre essere eletto vicepresidente per l'anno successivo. L'esclusione della rielezione immediata mira a impedire il predominio di singoli membri del Consiglio federale e a tutelare l'equilibrio all'interno del collegio. Il testo del cpv. 3 consentirebbe tuttavia che tre membri del Consiglio federale assumessero la presidenza a turno. La questione se una tale prassi elettorale da parte dell'Assemblea federale riunita sia compatibile, in particolare, con il principio collegiale di cui all'art. 177 cpv. 1 Cost. è di natura teorica. Si dovrebbe tuttavia rispondere affermativamente, poiché il contenuto del principio collegiale non può essere esteso oltre misura. 28

Oggi vige – come già esposto (cfr. N. 3) – la **prassi elettorale** secondo cui un membro del Consiglio federale diventa Presidente della Confederazione solo dopo aver prestato servizio sotto la presidenza di tutti i colleghi con maggiore anzianità di servizio. L'Assemblea federale non è tuttavia obbligata, dal punto di vista costituzionale, a seguire questo **rigido principio di rotazione**. L'attribuzione della presidenza della Confederazione a tutti i membri del Consiglio federale è, da un lato, una conseguenza della minore importanza politica della carica. Dall'altro lato, il principio di rotazione dovrebbe essere legato anche al prestigio della presidenza della Confederazione, che dovrebbe 29

essere distribuito equamente tra i partiti. Questi argomenti fanno apparire comprensibile il rigido principio di rotazione oggi praticato. Tuttavia, non lo giustificano, poiché la rotazione continua indebolisce la funzione di guida della presidenza federale (cfr. per le proposte di riforma N. 32 e segg.). Allo stesso tempo, il principio di rotazione comporta anche il vantaggio di servire l'equità, la collegialità e la concordanza, contribuendo così alla stabilità e quindi alla legittimità del sistema.

30 L'elezione annuale del Presidente della Confederazione viene spesso «*strumentalizzata*» dai membri dell'Assemblea federale unita per **esprimere** il proprio **disappunto** nei confronti della politica del membro del Consiglio federale da eleggere a turno, inserendo una scheda elettorale vuota o non valida. Poiché i membri dell'Assemblea federale unita possono decidere liberamente chi eleggere come presidente della Confederazione, tali giochi politici appaiono piuttosto meschini.

## VII. PROPOSTE DI RIFORMA

31 Come già esposto, il prestigio legato alla carica di presidente della Confederazione potrebbe essere, tra l'altro, una **della ragioni** per cui **finora non è stata attuata alcuna riforma delle disposizioni in materia**. Nel sistema attuale, infatti, ogni consigliere o consigliera federale – indipendentemente dalla sua idoneità alla carica – ha l'opportunità di assumerla. Ciò comporta anche un certo prestigio per il rispettivo partito di appartenenza. In questo sistema, i membri dell'Assemblea federale si risparmiano inoltre le discussioni su quali consiglieri federali in carica dispongano effettivamente delle competenze necessarie per assumere la presidenza del Consiglio federale e i compiti ad essa connessi. Una discussione in tal senso dovrebbe essere condotta dai partiti rappresentati nell'Assemblea federale già al momento della composizione delle loro «liste» per le elezioni del Consiglio federale, cosa che probabilmente preferirebbero evitare.

32 Uno sguardo ai cantoni mostra che sarebbero ipotizzabili anche **altri sistemi (elettorali)**. Ad esempio, nel Cantone di Basilea Città, il presidente del governo viene eletto direttamente per quattro anni alla carica e al ruolo di leadership ad essa associato. In un sistema di questo tipo, i candidati devono confrontarsi consapevolmente con la questione se possiedono le competenze di leadership e le doti relazionali necessarie per la carica di presidente. Lo

svantaggio di un tale sistema elettorale è l'aumento della concorrenza per la presidenza della Confederazione, il che potrebbe mettere a rischio la collaborazione efficace e la collegialità all'interno dell'organo. È inoltre ipotizzabile che le discussioni politiche che sorgono in un tale sistema intorno all'elezione della presidente o del presidente della Confederazione possano essere dannose per il clima politico. Questi svantaggi non riescono a controbilanciare il vantaggio ad essi associato: il rafforzamento della funzione di guida della presidenza della Confederazione.

Una tale *«elezione in base all'idoneità»* rappresenta quindi un sistema auspicabile per la presidenza della Confederazione. Ciò comporterebbe l'**abbandono dell'automatismo elettorale** o del principio di rotazione e una maggiore attenzione verso i membri del Consiglio federale con maggiori competenze di leadership. L'Assemblea federale potrebbe attuare tale modifica del sistema modificando la propria prassi elettorale e senza adeguare le basi giuridiche. Per rafforzare ulteriormente la funzione di guida della Presidenza della Confederazione, appare opportuno anche un **prolungamento della durata del mandato**. Tuttavia, tenendo conto del principio collegiale, un mandato di quattro anni per la Presidente o il Presidente della Confederazione appare troppo lungo. Sarebbe invece opportuno un mandato di due anni. Non sembra invece utile la creazione di un **dipartimento presidenziale**. Il fatto che la presidente o il presidente della Confederazione sia contemporaneamente a capo di un dipartimento specialistico e sia quindi, dal punto di vista tecnico, alla pari degli altri membri del Consiglio federale, appare sensato alla luce del principio di collegialità (cfr. N. 11). 33

Si dovrebbe invece puntare alla **creazione di un'unità amministrativa (o al rafforzamento del Servizio presidenziale già esistente)**, che sia direttamente subordinata alla Presidenza della Confederazione o all'intero Consiglio federale e che quindi non faccia parte del resto dell'amministrazione. Ciò garantirebbe che, almeno in questa unità amministrativa, non prevalga la visione dipartimentale, ma quella collegiale. L'unità amministrativa potrebbe sostenere la presidente o il presidente della Confederazione nei suoi compiti di guida e nel garantire una politica di governo coerente a lungo termine. La creazione di una corrispondente unità amministrativa sarebbe del resto opportuna anche senza un ulteriore 34

rafforzamento delle competenze presidenziali, poiché anche nell'attuale sistema è auspicabile un *rafforzamento della visione collegiale*.

*L'autore*

L'avv. Dr. Christoph Raess è giurista presso l'Ufficio federale di giustizia. Il presente contributo riflette esclusivamente l'opinione personale dell'autore. L'autore ringrazia Reto Walther, Jonas Alig e Rahel Jent per le utili osservazioni sulle versioni precedenti di questo contributo. Un ringraziamento va anche alla peer review, nonché a Odile Ammann e Stefan Schlegel.

## LETTURE CONSIGLIATE

Altermatt Urs (Hrsg.), Das Bundesratslexikon, Zürich 2019.

Brühl-Moser Denise, Die schweizerische Staatsleitung, Habil., Bern 2007.

Eichenberger Kurt, Kommentierung zu Art. 98 BV 1874, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse. Le Conseil fédéral, Bern 2010.

Holenstein Rolf, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018.

Rhinow René, Wie weiter mit dem Bundesrat?, Zürich/St. Gallen 2011.

Thurnherr Walter, Wie der Bundesrat die Schweiz regiert und weshalb es trotzdem funktioniert, Zürich 2025.

## BIBLIOGRAFIA

Aubert Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz. Fassung von 1967. Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Band II, Basel et al. 1995.

Auer Andreas, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... BV N. ...).

Biaggini Giovanni, Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, in: ders./Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021, § 17 (zit. Staatsrecht).

Biaggini Giovanni, Verfassungsauslegung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2020, Band I, I.10 (zit. Verfassungsauslegung).

Bickel Jürg, Der parteiunabhängige Bundesrat. Eine Alternative in der Debatte über die künftige Ausgestaltung der Staatsleitung?, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt. Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung. Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 173 ff.

Brühl-Moser Denise, Die schweizerische Staatsleitung, Habil., Bern 2007.

Burckhardt Walter, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Bern 1914.

De Pretto Renato, Bundesrat und Bundespräsident. Das kollegiale Regierungssystem schweizerischer Prägung, Diss. Basel, Grüsch 1988.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Zweiter Teil, 2. Aufl., Zürich 1878.

Ehrenzeller Bernhard, Kommentar zu Art. 176 BV, in: derselbe/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Ehrenzeller Bernhard, Vorbemerkungen zu Bundesrat und Bundesverwaltung, in: derselbe/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Eichenberger Kurt, Kommentierung zu Art. 98 BV 1874, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996.

Eichenberger Kurt, Das Präsidialdepartement, in: ders., Der Staat der Gegenwart, herausgegeben von Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau, Basel 1980, S. 451 ff. (zit. Präsidialdepartement).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse. Le Conseil fédéral, Bern 2010 (zit. Conseil fédéral).

Grisel Etienne, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich et al. 2024.

Holenstein Rolf, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018.

Jaag Tobias/Bucher Laura/Häggi Furrer Reto, Staatsrecht der Schweiz, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Kley Andreas, Geschichte als nationale Selbstbehauptung. Die 1. August-Reden der schweizerischen Bundespräsidenten, ZSR 2005 I, S. 455–477.

Künzli Jörg, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kölz Alfred, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.

Landerer Nino, Mass Media and Political Decision-Making, Diss. Genf, Baden-Baden 2015.

Mader Luzius, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 67.

Mahon Pascal, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich et al. 2003.

Rhinow René, Wie weiter mit dem Bundesrat?, Zürich/St. Gallen 2011.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter/Braun Binder Nadja, Schweizerisches Verfassungsrecht, 4. Aufl., Basel 2026.

Ruck Erwin, Schweizerisches Staatsrecht, 1. Aufl., Zürich 1933.

Sager Fritz/Papadopoulos Yannis, Regierung, in: Papadopoulos Yannis et al. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 7. Aufl., Basel 2022, S. 213 ff.

Sägesser Thomas, Kommentierung zu Art. 177 BV, in: Sägesser Thomas (Hrsg.), Die Bundesbehörden. Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht. Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2000 (zit. Bundesbehörden).

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. Komm. RVOG).

Schollenberger Jakob, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz. Geschichte und System, 2. Aufl., Berlin 1920.

Thurnherr Walter, Wie der Bundesrat die Schweiz regiert und weshalb es trotzdem funktioniert, Zürich 2025.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Staatsrecht).

Tschannen Pierre, Stimmrecht und politische Verständigung, Habil., Basel et al. 1995 (zit. Stimmrecht).

Udris Linards/Lucht Jens/Schneider Jörg, Contested federal elections in increasingly commercialized media. A diachronic analysis of elections news coverage in Switzerland, Swiss Political Science Review 21(4), S. 578 ff.

Vatter Adrian, Der Bundesrat, Die Schweizer Regierung, Zürich 2020.

## I MATERIALI

Bericht der GPK-S vom 3.12.2010, Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen, Bericht vom 3.12.2010, BBl 2011 4215 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/664/de, besucht am 8.9.2025 (zit. Bericht Libyen).

Botschaft vom 4.6.1894 betreffend Organisation und Geschäftsgang des Bundesrates, BBl 1894 II 766 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1894/2_766__/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft Organisation und Geschäftsgang).

Botschaft betreffend die Organisation der Bundesverwaltung vom 13.3.1913, BBl 1913 II 1, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1913/2_1_1_/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft Organisation Bundesverwaltung)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft BV).

Zusatzbotschaft vom 13.10.2010 zur Regierungsreform, BBl 2010 7811 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/1440/de, besucht am 18.6.2025 (zit. Zusatzbotschaft).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 178 Cost.

Un commentario di Dominique Hänni / Marine Albertini

CITAZIONE SUGGERITA

Dominique Hänni/Albertini Marine, Commentario all'art. 178 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Hänni/Albertini, art. 178 Cost. N. XXX.

**Art. 178 Amministrazione federale**

[1] Il Consiglio federale dirige l'amministrazione federale. Provvede a un'organizzazione appropriata e al corretto adempimento dei compiti.

[2] L'amministrazione federale è strutturata in dipartimenti; ciascun dipartimento è diretto da un membro del Consiglio federale.

[3] Compiti amministrativi possono essere affidati per legge a organizzazioni e persone di diritto pubblico o privato che non fanno parte dell'amministrazione federale.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 1371
II. Contesto ..... 1371
A. L'amministrazione federale nella sistematica costituzionale ..... 1371
B. Il concetto di amministrazione federale ..... 1372
1. L'organizzazione dell'amministrazione ..... 1372
2. Il concetto di «amministrazione federale» utilizzato dall'articolo 178 Cost. ... 1374
III. Commento vero e proprio ..... 1375
A. Cpv. 1° ..... 1375
1. La direzione dell'amministrazione federale ..... 1376
2. Una razionale organizzazione dell'Amministrazione federale ..... 1378
3. La buona esecuzione dei compiti dell'amministrazione federale ..... 1379
B. Cpv. 2 ..... 1380
C. Cpv. 3 ..... 1382
1. Gli obiettivi del decentramento in senso lato e gli sforzi di sistematizzazione ..... 1382
2. Il compito dell'amministrazione: oggetto dell'esternalizzazione ..... 1383
3. I destinatari dell'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione ..... 1385
4. Le condizioni per l'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione ..... 1386
a. La base legale formale ..... 1386
b. Altre condizioni ..... 1389
Letture consigliate ..... 1390
Bibliografia ..... 1391
I materiali ..... 1394

# I. GENESI

L'articolo 178 è stato adottato nella sua forma attuale in occasione della revisione totale della Costituzione federale del 1999. Da un punto di vista formale, costituisce una novità, in quanto **per la prima volta un'intera disposizione costituzionale è dedicata all'amministrazione federale**. 1

Nei suoi **due primi capoversi**, l'articolo 178 riunisce diverse disposizioni sparse della Costituzione del 1874 (art. 102 n. 12, art. 103 cpv. 1, art. 104 aCst.) e, al di là di alcune formulazioni più espresse e comprensibili, non contiene nuovi elementi fondamentali. Il primo capoverso menziona ora espressamente il potere direttivo (prima frase) e il potere organizzativo (seconda frase) del Consiglio federale e fa riferimento a un'organizzazione razionale. Il secondo capoverso riprende sostanzialmente il principio della divisione in dipartimenti sancito dall'articolo 177 capoverso 2 Cost. (a sua volta derivante dall'articolo 103 capoverso 1 aCost.). I primi due capoversi dell'articolo 178 Cost. si inseriscono quindi perfettamente nell'obiettivo di aggiornamento, intelligibilità e sistematizzazione del diritto costituzionale scritto e non scritto che ha guidato i lavori di revisione della Costituzione del 1874. Non sorprende che siano stati accettati da entrambe le Camere senza discussioni durante i dibattiti parlamentari sulla revisione costituzionale. 2

Per contro, **il capoverso 3** introduce per la prima volta nel testo costituzionale **un'abilitazione generale all'esternalizzazione di compiti dell'amministrazione** e costituisce, in tal senso, un'innovazione. Esso ha dato luogo a importanti discussioni durante i dibattiti sulla nuova Costituzione, non perché fosse contestato il principio stesso dell'esternalizzazione, ma perché le commissioni avevano proposto di andare oltre e di conferire al Consiglio federale maggiori poteri e flessibilità in materia (cfr. nota 96). Alla fine ha prevalso la versione più modesta (cfr. N. 44). 3

# II. CONTESTO

## A. L'amministrazione federale nella sistematica costituzionale

All'interno del titolo 5 dedicato alle «Autorità federali», l'articolo 178 Cost. fa parte del capitolo 3 dedicato al «Consiglio federale e all'amministrazione federale». La menzione dell'amministrazione federale nel titolo del capitolo è 4

una novità e ne sottolinea il legame con il potere esecutivo. All'interno di questo capitolo, l'articolo 178 Cost. dota per la prima volta l'amministrazione federale di **una disposizione costituzionale completa e specifica**.

5 Si è tentati di vedere in ciò un riconoscimento del ruolo che questa organizzazione occupa oggi all'interno dello Stato moderno, o addirittura la consacrazione di un «quarto potere». Tuttavia, occorre fare alcune precisazioni. Da un punto di vista formale, l'articolo 178 Cost. è l'unico dei quattordici articoli del capitolo a trattare dell'amministrazione federale, ad eccezione di un riferimento incidentale nell'articolo 187 capoverso 2 Cost., mentre tutti gli altri sono dedicati al Consiglio federale. Dal punto di vista sostanziale, l'amministrazione federale esiste nell'articolo 178 Cost. solo attraverso i compiti affidati, da un lato, al Consiglio federale (direzione dell'amministrazione) e, dall'altro, al legislatore (quadro normativo per l'esternalizzazione). L'amministrazione in quanto tale non è dotata di compiti o competenze specifiche e lo status giuridico del suo personale è ignorato. L'articolo 178 Cost. è quindi **ben lungi dall'erigere l'amministrazione federale in organo dello Stato**. Si deve piuttosto constatare che il ruolo centrale che l'amministrazione federale occupa nel funzionamento quotidiano e nella stabilità dello Stato non trova pieno riscontro nella Costituzione federale.

## B. Il concetto di amministrazione federale

6 Al termine «amministrazione» sono comunemente attribuite due dimensioni. L'**amministrazione in senso funzionale** designa l'esecuzione dei compiti dell'amministrazione; se ne parlerà più avanti (N 33 segg.). I tre commi dell'articolo 178 Cost. – come altre disposizioni costituzionali – si riferiscono tuttavia all'**amministrazione in senso organico**. Quest'ultima designa l'insieme degli attori che svolgono tali compiti dell'amministrazione (denominati anche *Verwaltungsträger*). Per poter commentare l'articolo 178 Cost., appare necessario descrivere brevemente l'organizzazione dell'amministrazione federale (1.) al fine di comprendere a quali parti di essa si riferiscono i tre commi dell'articolo 178 Cost. (2.).

### 1. L'organizzazione dell'amministrazione

7 Negli ultimi decenni, l'amministrazione federale, un tempo più compatta e centralizzata, si è trasformata in un'amministrazione multiforme i cui compiti

sono svolti da centinaia di entità con forme giuridiche e gradi di autonomia molto diversi. Al centro di questo insieme si trova ancora e sempre l'**amministrazione federale centrale**, modello tradizionale dell'organizzazione amministrativa, i cui dipartimenti e le loro suddivisioni costituiscono un'unità gerarchica e piramidale. È anche consuetudine associarvi l'esercito e la Cancelleria federale, anche se la sistematica della Costituzione non lo lascia trasparire.

Al di là di questo nucleo si estende ormai una **varietà di attori** che hanno tutti in comune il fatto di sfuggire alla subordinazione gerarchica caratteristica del nucleo centrale. Queste entità sono generalmente costituite secondo una delle seguenti forme, precisando che l'elenco va dalle entità più vicine al nucleo centrale a quelle più lontane da esso: 8

- Le unità amministrative senza personalità giuridica (ad es. l'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza [IFPDT] o il Controllo federale delle finanze [CDF]) e le commissioni extraparlamentari (ad es. la Commissione della concorrenza [COMCO] o la Commissione federale dell'energia elettrica [ElCom]), con la precisazione che per alcuni autori queste unità appartengono all'amministrazione centrale, in quanto prive di personalità giuridica distinta;
- Enti esterni di diritto pubblico controllati dalla Confederazione:
  - Istituzioni autonome di diritto pubblico con personalità giuridica (ad es. Swissmedic, FINMA o MNS);
  - Fondazioni di diritto pubblico (ad es. Pro Helvetia o Parco nazionale svizzero);
  - Le corporazioni di diritto pubblico, in particolare le società anonime di diritto pubblico (ad es. la Posta Svizzera o le FFS) e le società cooperative di diritto pubblico (ad es. la Società svizzera di credito alberghiero), detenute interamente o parzialmente dalla Confederazione, o ancora le corporazioni di diritto pubblico strutturate in modo analogo alle associazioni di diritto privato (ad es. l'ISDH);
- Enti esternalizzati di diritto privato, controllati dalla Confederazione:
  - Fondazioni di diritto privato (ad es. il FNS);
  - Associazioni di diritto privato (ad es. SRG SSR);
  - Società anonime di diritto privato (ad es. RUAG MRO Holding SA);

- Enti di diritto privato, non controllati dalla Confederazione, «delegati» di compiti dell'amministrazione, talvolta denominati «privati propriamente detti».

9 Alcuni autori ritengono che l'insieme di questi enti costituisca **l'amministrazione federale decentralizzata** (di seguito: amministrazione decentralizzata in senso lato); questa visione corrisponde a una **divisione bipartita** dell'amministrazione federale in amministrazione centrale e amministrazione decentralizzata. La legge sull'organizzazione del governo e dell'amministrazione del 21 marzo 1997 (LOGA; RS 172.010) e la sua ordinanza di applicazione del 25 novembre 1998 (OLOGA; RS 172.010.1) operano tuttavia una **divisione tripartita**, distinguendo le unità decentralizzate collegate amministrativamente all'amministrazione centrale (amministrazione decentralizzata in senso stretto) e le organizzazioni o persone esterne all'amministrazione che svolgono compiti amministrativi (art. 2 cpv. 4 LOGA; art. 6 OLOGA). Tale tripartizione non è tuttavia imposta dalla Costituzione federale. Certo, sarebbe tentante interpretare l'articolo 178 Cost. alla luce di questi due atti normativi, le cui procedure di elaborazione si sono parzialmente sovrapposte. Tuttavia, non ci sembra opportuno interpretare il testo costituzionale alla sola luce dei testi di rango inferiore che sono la LOGA e l'OLOGA, che sono peraltro più facilmente modificabili, in particolare in funzione dell'evoluzione dei concetti di gestione pubblica; essi possono tuttavia essere presi in considerazione da un punto di vista storico e sistematico nell'interpretazione del testo costituzionale.

## 2. Il concetto di «amministrazione federale» utilizzato dall'articolo 178 Cost.

10 Sulla base di queste considerazioni generali, occorre ora determinare, mediante interpretazione, a quali entità dell'amministrazione federale il costituente abbia voluto fare riferimento nel redigere l'articolo 178 Cost. A tal fine, i tre commi saranno trattati separatamente, partendo da quello la cui lettera è più chiara, ovvero il **cpv. 2**. Infatti, l'interpretazione letterale di quest'ultimo permette di affermare che è proprio l'amministrazione federale *centrale*, come definita sopra, ad essere suddivisa in dipartimenti.

11 L'esercizio si rivela più delicato e più gravido di conseguenze per il **cpv. 3**, nella misura in cui pone il requisito della base legale formale per l'esecuzione di compiti dell'amministrazione da parte di entità «esterne all'amministrazione

federale». L'interpretazione letterale non consente di ricavare un significato manifesto, che non emerge nemmeno dalla lettura delle altre disposizioni della Costituzione che fanno riferimento ad «altri organi ai quali sono affidati compiti della Confederazione». L'interpretazione storica dell'ultimo capoverso è invece più chiara, poiché il Consiglio federale indica precisamente nel suo messaggio che tale capoverso mira a sottrarre compiti della Confederazione ai servizi dipartimentali dell'amministrazione generale, , vale a dire all'amministrazione federale *centrale*. I dibattiti parlamentari confermano questa visione (N. 44) e lasciano inoltre intravedere l'obiettivo perseguito da questo capoverso , ovvero conferire alle esternalizzazioni una maggiore legittimità parlamentare (N. 43). È quindi necessaria una base legale ogni volta che un compito amministrativo viene affidato a un ente esterno all'amministrazione federale *centrale*.

Infine, il significato del concetto di amministrazione federale contenuto nel **cpv. 1er** non deriva né da una semplice lettura dello stesso, né dalla consultazione dei lavori preparatori. Da un punto di vista sistematico, sembrerebbe coerente e comprensibile attribuire lo stesso significato al concetto nei tre capoversi dell'articolo 178 Cost., ovvero l'amministrazione federale *centrale*. La questione interpretativa rimane tuttavia limitata, in quanto da altre disposizioni della Costituzione risulta che il potere direttivo del Consiglio federale non è limitato all'amministrazione federale centrale. Infatti, l'articolo 174 Cost. attribuisce al Consiglio federale il potere esecutivo supremo della Confederazione e lo pone così a capo di tutti gli organi che esercitano compiti amministrativi. Inoltre, l'articolo 187 cpv. 1, lett. a, Cost. incarica il Consiglio federale della sorveglianza «dell'amministrazione federale e [degli] altri organi o persone incaricati di compiti della Confederazione», essendo la sorveglianza una delle componenti essenziali del potere direttivo del Consiglio federale (N. 16). È quindi importante comprendere cosa comprende il potere direttivo per ciascuna delle parti dell'Amministrazione federale, come verrà illustrato in dettaglio di seguito (N. 16 s.). 12

## III. COMMENTO VERO E PROPRIO

### A. Cpv. 1°

Nonostante la sua formulazione laconica, l'articolo 178 capoverso 1° ha una reale portata normativa. Esso conferisce al Consiglio federale il potere di 13

dirigere l'amministrazione federale (1.) – cosa che fa certamente anche l'art. 174 Cost. (N. 12) – e lo guida esplicitamente in questo compito incaricandolo di organizzare razionalmente l'amministrazione federale (2.) e attribuendogli la responsabilità della buona esecuzione dei compiti di quest'ultima (3.).

## 1. La direzione dell'amministrazione federale

14 Come già menzionato sopra (N. 12), dalla lettura congiunta degli articoli 174, 178 cpv. 1 capoverso , e 187 cpv. 1, lettera a, della Costituzione risulta che il potere generale di direzione conferito al Consiglio federale riguarda **sia l'amministrazione centrale che l'amministrazione decentrata**. Infatti, dal momento che il Consiglio federale è responsabile dell'amministrazione federale dinanzi all'Assemblea federale, appare necessario che disponga degli strumenti di direzione e di vigilanza che gli consentano di assumersi pienamente tale responsabilità. Dagli articoli citati risulta inoltre che tale potere direttivo non può essere esercitato con la stessa intensità nei confronti di tutte le entità dell'amministrazione, se non altro perché la Costituzione utilizza il termine «sorveglianza» in relazione agli organi e alle entità esterni all'amministrazione centrale. Ciò detto, la Costituzione non contiene ulteriori precisazioni sul concetto di direzione, né sugli strumenti concreti che consentono di attuarla.

15 Il termine «dirigere» è semanticamente associato a quello di **guidare, condurre o condurre**. Simboleggia l'azione di una certa forza motrice in una determinata direzione. Il Consiglio federale è quindi incaricato costituzionalmente di **orientare** l'Amministrazione federale nell'esecuzione dei suoi compiti. Ne consegue che in linea di principio non esegue egli stesso tali compiti, ma piuttosto stabilisce le linee generali delle modalità di esecuzione. Si opera così una divisione tra gli aspetti strategici – di cui è incaricato il Consiglio federale e che spesso coincidono con le questioni più politiche o politicizzate – e gli aspetti operativi, che sono affidati all'amministrazione. Il confine tra politica e amministrazione non è tuttavia sempre così netto, nella misura in cui il modo in cui l'amministrazione esegue i suoi compiti tende a ripercuotersi «verso l'alto» e a influenzare le decisioni (strategiche) prese dal collegio governativo. Il potere direttivo previsto dall'articolo 178 capoverso 1ª Cost. comprende anche il potere di **organizzare** l'amministrazione e di **sorvegliarla** *a posteriori*. Questi due elementi sono esplicitamente menzionati nella seconda frase di questo capoverso: il

Consiglio federale ha il compito di garantire un'organizzazione razionale dell'amministrazione e di vigilare sulla buona esecuzione dei compiti ad essa affidati; di ciò si parlerà più dettagliatamente ai N. 19 segg. e N. 22 segg.

La forma precisa che assume la direzione in senso lato e gli strumenti utilizzati a tal fine variano a seconda del grado di autonomia dell'ente incaricato di eseguire il compito. **All'interno dell'amministrazione centrale** (N. 7), il potere direttivo del Consiglio federale si inserisce nel quadro gerarchico ivi presente, generalmente rappresentato sotto forma di piramide a più livelli. Questa struttura presuppone che ogni unità appartenga a un livello preciso e sia subordinata all'unità immediatamente superiore. È caratterizzata da una divisione del lavoro e da una successione di deleghe di dossier e di mezzi d'azione lungo i livelli gerarchici in base al loro grado di importanza. Questo quadro gerarchico conferisce al Consiglio federale poteri e mezzi di direzione specifici, generalmente raggruppati sotto il termine di **potere gerarchico**. Il potere gerarchico comprende in particolare le seguenti facoltà, che possono essere limitate da altri articoli costituzionali o dalla legislazione speciale: 16

- **Il potere di istruzione** dei livelli inferiori nell'esecuzione dei loro compiti, in particolare mediante ordinanze amministrative con denominazioni diverse – istruzioni generali, direttive, circolari, comunicazioni, ordini di servizio, ecc. Senza effetto giuridico diretto sui cittadini, tali ordinanze sono destinate esclusivamente ai dipartimenti, alle loro suddivisioni e ai loro agenti, per i quali sono vincolanti in virtù del rapporto di subordinazione gerarchica. Le ordinanze amministrative possono contenere sia obiettivi e principi generali che indicazioni precise per il trattamento dei dossier.
- Il **potere di controllo** o di **vigilanza**, che consente al Consiglio federale non solo di assicurarsi della corretta applicazione della legge (controllo di legalità) e dell'esecuzione delle sue istruzioni (controllo di opportunità), ma anche di vigilare, nell'ambito del suo compito di istruzione e di orientamento strategico, sull'efficacia e l'utilità dell'azione amministrativa nel suo complesso.
- Il **potere di revoca** consente al Consiglio federale, in linea di principio, di sostituirsi a qualsiasi unità amministrativa incaricata di un affare per esercitare al suo posto le sue funzioni decisionali. Questo potere è tuttavia limitato in alcuni casi, in particolare se la revoca ha per conseguenza di privare i cittadini di un mezzo di ricorso dinanzi a un'istanza indipendente.

Il **potere di revoca** consente al Consiglio federale di privare di effetto qualsiasi atto emanato dall'amministrazione federale.

17 Per contro, il potere di direzione del Consiglio federale assume forme meno incisive **nei confronti degli enti dell'amministrazione decentrata**, che godono di una maggiore autonomia e sfuggono al potere gerarchico. Il Consiglio federale può quindi ricorrere a **mezzi di pilotaggio** *ex ante* (ad es. potere di approvazione di statuti, regolamenti o altri atti o decisioni specifici, fissazione di obiettivi strategici, in particolare in un contratto di prestazione) o a strumenti e **mezzi di vigilanza** *a posteriori* (ad es. obbligo di informazione, l'approvazione di rapporti di attività, conti, scarichi di organi, il diritto di rappresentanza negli organi dell'ente decentralizzato o ancora l'istituzione di una tutela giuridica efficace contro le decisioni dell'ente decentralizzato), ma non ha generalmente il potere di impartire istruzioni particolari agli enti decentralizzati. Va notato che alcuni mezzi di direzione e di vigilanza utilizzati nei confronti dell'amministrazione decentralizzata sono stati introdotti in nome della Nuova gestione pubblica (New Public Management) anche all'interno dell'amministrazione centrale (ad es. gestione per dotazione di bilancio o per obiettivi).

18 Va inoltre sottolineato che l'articolo 169 capoverso 1° della Costituzione conferisce all'Assemblea federale il potere di «alta vigilanza sul Consiglio federale e sull'Amministrazione federale». Contrariamente al potere di vigilanza del Consiglio federale, questa **alta vigilanza** non è uno strumento di gestione dell'amministrazione e non equivale quindi al potere direttivo di cui all'articolo 178 capoversio 1° Cost. Essa consente semplicemente di concretizzare la responsabilità politica del Consiglio federale. In pratica, il controllo parlamentare si rivolge solo a quest'ultimo in quanto organo esecutivo supremo.

## 2. Una razionale organizzazione dell'Amministrazione federale

19 Il primo elemento chiave del potere direttivo espressamente menzionato dall'articolo 178 capoversi 1 e 2 Cost. è il compito di assicurare la razionale organizzazione dell'Amministrazione federale. Tale facoltà è tuttavia **strettamente inquadrata**.

20 Da un lato, il Consiglio federale è vincolato dai **requisiti organizzativi** espressamente stabiliti dalla Costituzione, vale a dire la divisione in

dipartimenti (art. 178 cpv. 2 Cost.; vedi N. 25 segg.) e l'esigenza di una base legale formale per l'esternalizzazione di compiti dell'amministrazione (art. 178 cpv. 3 Cost.; di seguito N. 29 segg.). D'altra parte, il legislatore ha il potere di emanare le disposizioni fondamentali relative all'organizzazione delle autorità federali (art. 164 cpv. 1 lett. g Cost.). Poiché il costituente non ha precisato ulteriormente ciò che è fondamentale, in pratica il Consiglio federale può disporre solo di ciò che il legislatore ha ritenuto opportuno lasciargli. Si può ricordare che, sebbene non sia imposta dalla Costituzione, la legislazione attualmente in vigore conferisce al Consiglio federale, in particolare, la competenza di creare uffici, di attribuire loro compiti e competenze e di ripartirli tra i dipartimenti secondo criteri determinati dal legislatore (art. 43 cpv. 2 e 3 LOGA). La competenza di strutturare gli uffici è invece affidata al livello inferiore, ossia ai capi dei dipartimenti (art. 43 cpv. 4 LOGA).

Il costituente precisa inoltre che l'organizzazione istituita dal Consiglio federale deve essere **razionale («zweckmässig»; «appropriata»)**. I lavori preparatori non forniscono precisazioni su questi termini. Secondo diversi dizionari di lingua francese, tedesca e italiana, si può ritenere che i termini utilizzati nelle tre versioni linguistiche si riferiscano a ciò che appare logico, adeguato alle circostanze, conveniente, ragionevole, conforme al buon senso, adeguato e basato su un metodo corretto. Nel determinare l'organizzazione dell'amministrazione, il Consiglio federale si adopererà quindi per scegliere il modello organizzativo che consenta all'amministrazione di raggiungere al meglio i propri obiettivi o, in altre parole, l'organizzazione più efficiente. 21

## 3. La buona esecuzione dei compiti dell'amministrazione federale

Il secondo compito esplicitamente menzionato all'art. 178 cpv. 1, 2ª frase è strettamente legata all'organizzazione razionale: il Consiglio federale provvede al corretto adempimento dei compiti dell'amministrazione (cfr. N. 33 per il concetto di compiti dell'amministrazione). Gli strumenti a sua disposizione a tal fine, che rientrano in particolare nella sfera della vigilanza, sono già stati menzionati in precedenza (N. 16 e 17), è opportuno soffermarsi **sul modo in cui i compiti dell'amministrazione devono essere eseguiti**. Poiché le tre versioni linguistiche divergono notevolmente (« buona esecuzione », « zielgerichtete Erfüllung », « corretto adempimento »), è opportuno trovare un significato alla disposizione costituzionale che possa soddisfarle tutte. 22

23 La versione italiana incarica, a nostro avviso, il Consiglio federale di vigilare affinché l'amministrazione esegua i propri compiti in conformità con il principio di legalità e gli altri principi classici dello Stato di diritto. Il termine tedesco indica invece che i compiti dell'amministrazione devono essere eseguiti orientandosi innanzitutto agli obiettivi prefissati; introducendo così una dimensione di efficienza. Infine, il termine utilizzato nella versione francese si riferisce, a nostro avviso, al concetto di **«buona amministrazione»**, noto in particolare in diversi ordinamenti giuridici stranieri e nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, che mira a conciliare le esigenze di legalità ed efficienza dell'attività statale. La versione francese sintetizza quindi le versioni italiana e tedesca e può servire da base per un vero e proprio principio di buona amministrazione. Si può concludere che i compiti dell'amministrazione devono essere eseguiti nel rispetto **sia del principio di legalità che di quello di efficacia**, senza trascurare il primo a favore del secondo. Il messaggio del Consiglio federale conferma tale interpretazione, aggiungendo tuttavia il termine «redditività», che non deriva dal testo costituzionale e che, a nostro avviso, non dovrebbe costituire un requisito per l'esecuzione dei compiti dell'amministrazione.

## B. Cpv. 2

24 L'articolo 178 capoverso 2 Cost. stabilisce da un lato che l'amministrazione federale è **divisa in dipartimenti** e dall'altro che ciascuno di essi è diretto da un membro del Consiglio federale. Esso fa così eco all'articolo 177 capoverso 2 Cost. e non si può fare a meno di rilevare una certa ridondanza tra questi due articoli.

25 L'articolo 178 capoverso 2 Cost. ha tuttavia il merito di mettere in luce la **tensione** esistente tra il **principio collegiale**, da un lato, e il **principio dipartimentale**, dall'altro: infatti, ogni membro del Consiglio federale è allo stesso tempo membro del collegio governativo e capo del proprio dipartimento. Spetta quindi a lui difendere individualmente le proposte provenienti dal proprio dipartimento dinanzi al collegio e pronunciarsi su tali proposte in qualità di membro del Consiglio federale. In pratica, esiste il rischio che ogni membro del collegio governativo riconosca tacitamente agli altri la libertà di azione al fine di preservare la propria, cosicché emerge una certa supremazia di fatto della divisione in dipartimenti sulla collegialità. Questa tendenza si riflette anche nella ripartizione delle responsabilità

politiche: il Consiglio federale risponde certamente in quanto collegio dinanzi all'Assemblea federale (art. 169 cpv. 1 e art. 187 cpv. 1 lett. b Cost.), ma sono spesso i suoi membri che assumono pubblicamente e individualmente la responsabilità dei fallimenti e delle mancanze dei rispettivi dipartimenti. Tuttavia, l'interazione tra questi due principi garantisce un certo equilibrio.

Più concretamente, la competenza di **creare questi dipartimenti** spetta, in quanto disposizione fondamentale relativa all'organizzazione dell'amministrazione federale, all'Assemblea federale (art. 164 cpv. 1 lett. g Cost.). Nella misura in cui la Costituzione fissa a sette il numero dei membri del Consiglio federale (art. 175 cpv. 1° Cost.) e che ciascuno di essi dirige un dipartimento, il costituente impone formalmente un numero minimo di **sette dipartimenti**. Non è necessario discutere se la Costituzione consenta o meno di aumentare il numero dei dipartimenti, poiché la loro struttura di base è flessibile: il Consiglio federale può liberamente attribuire compiti e competenze creando e distribuendo gli uffici tra i dipartimenti, garantendone l'equilibrio materiale e politico (art. 43 cpv. 3 LOGA). Questa stabilità numerica porta tuttavia a raggruppare in un unico dipartimento federale attività disparate che nei paesi vicini sarebbero normalmente distribuite in diversi *ministeri*. È così che il Dipartimento federale dell'interno (DFI) si occupa in particolare della cultura, della sanità pubblica, della statistica, della sicurezza alimentare e delle assicurazioni sociali. 26

Va inoltre precisato che la Costituzione non dice nulla sulla **ripartizione concreta dei dipartimenti** tra i membri del Consiglio federale. È consuetudine che se ne occupi quest'ultimo, con ciascun membro che esprime le proprie preferenze in ordine di anzianità. 27

Infine, l'articolo 178 capoverso 2 Cost. non menziona nemmeno cosa comporti la **direzione di un dipartimento**. A questo proposito si rimanda a quanto esposto in precedenza in merito al potere direttivo del Consiglio federale sull'amministrazione federale centrale (N. 14 segg.): analogamente, e poiché il principio della subordinazione gerarchica permea tutta l'amministrazione federale centrale, il membro del Consiglio federale dirige il proprio dipartimento con i poteri di orientamento, istruzione, vigilanza e, se del caso, di revoca e di richiamo. Va tuttavia osservato che tale direzione si esercita nell'ambito definito dall'organo superiore, ossia il Consiglio federale, che dirige l'amministrazione federale nel suo insieme (N. 14 segg.). 28

## C. Cpv. 3

29 Il capoverso 3 dell'art. 178 Cost. prevede le **condizioni alle quali l'amministrazione centrale può rinunciare ad eseguire direttamente i compiti** che le sono stati affidati e delegarli a entità controllate dalla Confederazione, ossia all'amministrazione decentralizzata in senso stretto (decentralizzazione dell'esecuzione dei compiti, *Ausgliederung*), o a privati in senso stretto (privatizzazione dell'esecuzione dei compiti o privatizzazione funzionale dei compiti; *Auslagerung; Beleihung*). L'articolo 178 capoverso 3 Cost. non tratta invece della privatizzazione del compito stesso, ossia della rinuncia a compiti dell'amministrazione.

30 Di seguito, dopo una breve introduzione tematica (1.), si definirà il compito dell'amministrazione (2.), si identificheranno i possibili destinatari (3.) e si tratteranno le condizioni dell'esternalizzazione (4.).

### 1. Gli obiettivi del decentramento in senso lato e gli sforzi di sistematizzazione

31 Negli ultimi decenni, l'amministrazione federale ha conosciuto un movimento di decentralizzazione e privatizzazione funzionale relativamente importante, in particolare in nome della Nuova gestione pubblica (cfr. N. 39). Sebbene questa trasformazione sia iniziata prima dell'adozione della Costituzione federale del 1999, quest'ultima non fornisce informazioni né sull'entità del cambiamento, né sui motivi che lo impongono, o almeno lo giustificano, né sulle forme giuridiche possibili delle entità decentralizzate. Gli **obiettivi** generalmente invocati per l'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione sono tuttavia molteplici: efficienza, competitività, avvicinamento dell'amministrazione ai cittadini, cooperazione tra lo Stato, il settore privato e i cittadini, flessibilità o ancora reattività. Ora che la corrente della Nuova gestione pubblica ha superato il suo apice, la dottrina comincia a dubitare che l'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione possa mantenere tutte queste promesse; un rapporto pubblicato di recente sull'inadeguatezza della forma societaria di diritto privato per RUAG MRO Holding SA è forse un segnale precursore di una tendenza verso una re-internalizzazione.

32 Per quanto riguarda la scelta della **forma giuridica e organizzativa** di un'entità decentralizzata, all'inizio del XX secolo il Consiglio federale,

influenzato anche in questo caso dalla nuova gestione pubblica, aveva fatto riferimento al modello dei quattro cerchi. Questo modello, «puramente descrittivo», suddivide le diverse forme di decentralizzazione in quattro cerchi in base al loro livello di autonomia. Nel rapporto sul governo delle imprese del 2006 e nel suo complemento del 2009, il Consiglio federale ha affinato questo modello proponendo una tipologia di compiti statali che doveva guidare e razionalizzare maggiormente i decentramenti. Questi sforzi di sistematizzazione non hanno tuttavia portato ai risultati sperati. Non è stato ancora trovato il rimedio alla «crescente insoddisfazione» per la mancanza di criteri uniformi applicabili al decentramento. Al contrario, si deve constatare che la scelta della forma organizzativa o giuridica è ancora spesso dettata da criteri ideologici o psicologici, oppure dalle tendenze attuali delle scienze amministrative. Soprattutto in nome di una maggiore flessibilità, dell'autonomia gestionale, della depoliticizzazione dell'esecuzione dei compiti o di un «migliore orientamento al mercato», esiste ancora oggi una preferenza per le forme giuridiche di diritto privato, anche se le forme di diritto pubblico sono in grado di raggiungere gli stessi obiettivi. In Svizzera non esiste quindi attualmente alcun quadro teorico generale né alcuna sistematica della decentralizzazione.

## 2. Il compito dell'amministrazione: oggetto dell'esternalizzazione

In assenza di una definizione costituzionale dei compiti dell'amministrazione, 33
oggetto dell'esternalizzazione prevista dall'articolo 178 capoverso 3 Cost., è opportuno definirli come tutti i **compiti affidati allo Stato dalla Costituzione o dalla legge che non sono attribuiti né al potere legislativo né al potere giudiziario**. È dall'interpretazione della legge che si può dedurre che un determinato compito costituisce un compito dell'amministrazione. La creazione o l'esistenza di un tale compito comporta inoltre, per l'amministrazione, l'obbligo e la responsabilità di eseguirlo essa stessa o di delegarne l'esecuzione.

I compiti dell'amministrazione possono essere riassunti nella classica attività 34
esecutiva, ovvero l'applicazione delle norme di diritto a situazioni concrete. Tuttavia, essi possono comprendere anche **attività normative**, il che solleva la questione se queste ultime possano essere esternalizzate. La risposta è *a priori* positiva: né l'art. 178 cpv. 3 Cost. né altre disposizioni della Costituzione, in particolare l'art. 164 cpv. 2 Cost., escludono

l'esternalizzazione di attività normative. La giurisprudenza e la dottrina lo ammettono tuttavia solo per le norme secondarie, ossia disposizioni di minore importanza che potrebbero figurare in un'ordinanza di esecuzione.

35 Ai fini della qualificazione come compito dell'amministrazione, è irrilevante *come*, ovvero con quali modalità e strumenti di azione pubblica, il compito è o sarà eseguito. Non è nemmeno importante conoscere il tipo di compito o classificarlo in una delle categorie definite dal Rapporto sul governo delle imprese (cfr. N. 32). La natura più specifica del compito può invece, se del caso, influire sulla scelta delle modalità di controllo da istituire, in particolare per quanto riguarda i compiti di natura economica.

36 Si pone quindi inevitabilmente la questione se alcuni compiti, pur essendo «dell'amministrazione», siano **esclusi dall'esternalizzazione**, in particolare dalla delega a privati in senso stretto. Mentre la Costituzione stessa non pone limiti materiali espressi all'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione, la dottrina sembra abbastanza unanime nel sostenere l'esistenza di compiti così intrinsecamente legati allo Stato – in particolare quelli legati al monopolio della violenza legittima – da non poter essere delegati, senza che vi sia tuttavia un consenso sui compiti concreti non delegabili. Tuttavia, questa teoria non è spesso seguita nella pratica, che sembra essere più liberale in materia di compiti esternalizzabili. Ad esempio, sono stati esternalizzati la competenza di infliggere ammende d'ordine, l'attività di sorveglianza della navigazione aerea o il compito di ospitare i richiedenti asilo.

37 Va inoltre ricordato che, oltre al concetto di compito dell'amministrazione, la Costituzione federale fa riferimento, in altri punti, ai «compiti dello Stato» (art. 5*a*, 43*a* Cost.), ai «compiti della Confederazione» (art. 6, 35 cpv. 2, 43*a* cpv. 5 Cost.) o ancora ai «compiti della Confederazione» (art. 187 I a Cost.). La legislazione federale contiene inoltre altre **variazioni terminologiche**, in particolare «compito amministrativo», «compito pubblico» e «compito di diritto pubblico». Avendo definito sopra il concetto di compito dell'amministrazione, contenuto nell'art. 178 cpv. 3 Cost., non è necessario esaminare in dettaglio i rapporti e le sovrapposizioni tra i diversi termini. È sufficiente precisare i legami tra l'art. 178 cpv. 3 e gli articoli 35 cpv. 2 e 187 cpv. 1 lett. a Cost. Pertanto, il concetto di «compito dell'amministrazione», se non inteso come sinonimo, fa almeno parte del concetto di «compito statale» utilizzato nell'articolo 35 cpv. 2 Cost.: infatti, non è contestato che ogni ente decentralizzato e ogni persona incaricata di un compito pubblico è tenuta a

rispettare
i diritti fondamentali e a contribuire alla loro realizzazione (cfr. infra N. 47). Allo stesso modo, il Consiglio federale è senza dubbio autorizzato, in virtù dell'articolo 187 capoverso 1 lettera a Cost., a sorvegliare gli organi e le persone ai quali sono affidati compiti dell'amministrazione, anche se tale articolo parla di compiti della Confederazione.

Infine, il compito dell'amministrazione deve essere distinto da altri concetti in parte connessi. In primo luogo, quando lo Stato decide di acquistare beni o servizi (ad es. materiale informatico, servizi di pulizia o prestazioni giuridiche), la *produzione* dei beni o la *prestazione* dei servizi da parte dell'aggiudicatario costituiscono **attività amministrative ausiliarie** (*Hilfstätigkeit*, *Bedarfsverwaltung*) e non compiti dell'amministrazione. Sebbene più o meno comprensibile in teoria, la delimitazione tra compito dell'amministrazione e attività amministrativa ausiliaria non è altrettanto chiara nella pratica. In secondo luogo, l'esternalizzazione dell'esercizio di attività monopolistiche avviene generalmente tramite **concessione**. Le attività così concesse possono, ma non devono necessariamente, costituire compiti pubblici. Nel primo caso, la dottrina parla di concessione di servizio pubblico; in tal caso si applicano pienamente le condizioni per l'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione. Infine, la concessione di una **sovvenzione** a un privato per l'esercizio di un determinato compito non ci fornisce ancora informazioni sulla natura di quest'ultimo: può trattarsi di un compito dell'amministrazione delegato al privato, ma anche di un compito di interesse pubblico in cui l'intervento dello Stato si limita alla concessione della sovvenzione. 38

## 3. I destinatari dell'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione

L'articolo 178 capoverso 3 Cost. tratta dell'esternalizzazione di compiti a organismi o persone «estranei all'amministrazione federale». Questa formulazione è infelice: dal momento che svolgono compiti amministrativi, tutti gli organismi o le persone, siano essi di diritto pubblico o privato, sotto controllo statale o meno, sono «titolari del potere amministrativo», ovvero *Verwaltungsträger* (cfr. sopra N. 6) e fanno quindi parte dell'amministrazione decentralizzata in senso lato. Per maggiore chiarezza, sarebbe stato necessario precisare che gli organismi e le persone di cui all'art. 178 cpv. 3 Cost. sono esterni all'amministrazione federale *centrale* (cfr. sopra N. 11). 39

40 Come già accennato, tra i destinatari dell'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione si distingue generalmente **tra gli enti controllati dalla Confederazione** (amministrazione decentralizzata in senso stretto) e i privati propriamente detti. Per quanto riguarda i primi, va ricordato che la Costituzione non prevede espressamente la possibilità di crearli; la loro esistenza è tuttavia implicitamente prevista in diversi punti della Costituzione, in particolare all'articolo 178 capoverso 3 Cost. Non vi è inoltre alcun dubbio che la creazione di enti decentralizzati sia soggetta, al pari dell'esternalizzazione di compiti dell'amministrazione a tali enti, al requisito della base legale. È del resto perfettamente immaginabile che un compito dell'amministrazione sia creato dalla stessa legislazione che istituisce l'ente decentralizzato e che trasferisce il compito a quest'ultimo; l'art. 178 cpv. 3 Cost. non richiede quindi affatto che un compito dell'amministrazione sia prima eseguito dall'amministrazione centrale prima di essere trasferito. Infine, per quanto riguarda le forme degli enti decentralizzati, si rimanda ai N. 8 ss sopra.

41 Quando l'ente non è controllato dallo Stato, si parla di delega di compiti dell'amministrazione a **privati propriamente detti** (*Auslagerung; Beleihung*). La questione iniziale non è la stessa in questo caso: infatti, i delegati privati esistono di norma prima della delega di compiti. Questa forma di esternalizzazione solleva tuttavia altre questioni, in particolare quelle già affrontate relative all'esecuzione di compiti intrinsecamente legati allo Stato o di compiti normativi (N. 34 e N. 36). *A priori*, qualsiasi persona, fisica o giuridica, può essere delegata a svolgere compiti amministrativi. Tuttavia, sono generalmente le persone giuridiche (qualsiasi tipo di società, associazione o fondazione di diritto privato) a cui vengono affidati tali compiti, se non altro perché lo richiede la legislazione pertinente.

## 4. Le condizioni per l'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione

### a. La base legale formale

42 L'articolo 178 capoverso 3 della Costituzione prevede che ogni esternalizzazione deve essere prevista dalla «legge». Il requisito della base legale vale indipendentemente dalla forma giuridica del destinatario dell'esternalizzazione e dal fatto che esso sia controllato dalla Confederazione o meno. Al di là del testo costituzionale, il requisito della base legale riflette,

secondo il Tribunale federale, «**un principio generale del diritto pubblico**», valido in tutto l'ordinamento giuridico svizzero.

43 L'esternalizzazione di compiti dell'amministrazione deve basarsi almeno su una **legge in senso formale**, ossia su una legge federale o su una disposizione costituzionale. Il costituente ha voluto in tal modo che ogni esternalizzazione fosse discussa e approvata dall'Assemblea federale e sottoposta a referendum facoltativo o addirittura obbligatorio. Questo rigoroso requisito di base formale è giustificato dal fatto che, in caso di esternalizzazione, sia l'Assemblea federale che il Consiglio federale perdono parte del loro potere di controllo: la prima vede limitato il suo potere di vigilanza sul governo e il secondo vede sfuggire al suo potere gerarchico l'ente delegatario. Il popolo, dal canto suo, conserva la possibilità di opporsi a un'esternalizzazione tramite referendum. Il requisito della base legale formale garantisce così una forte legittimità democratica a qualsiasi esternalizzazione di compiti dell'amministrazione.

44 Durante i lavori preparatori della nuova Costituzione, **era stata discussa** una flessibilizzazione del requisito di base legale. Concretamente, le commissioni delle istituzioni politiche delle due Camere avevano proposto una versione dell'articolo 178 capoverso 3 Cost. – già suggerita in precedenza dal rapporto di esperti «Müller» – che prevedeva l'adozione, da parte dell'Assemblea federale, di una legge quadro che consentisse al Consiglio federale di procedere autonomamente, mediante ordinanza, all'esternalizzazione di compiti amministrativi. Tuttavia, tale proposta non è stata accolta durante i dibattiti, cosicché la versione iniziale, quella del Consiglio federale, è stata integrata nell'attuale Costituzione. Sebbene le teorie della New Public Management fossero all'apice della loro popolarità all'epoca, esse non sono state inserite nell'articolo 178 capoverso 3 Cost.

45 Secondo la giurisprudenza e la dottrina, la base legale deve essere **sufficientemente precisa e speciale**, ovvero riferirsi a un settore specifico del diritto. Dal testo costituzionale deriva senza dubbio che la base legale deve contenere, come contenuto minimo, il principio stesso dell'esternalizzazione – che spesso consiste in un'autorizzazione, una *Kann-Bestimmung*, piuttosto che in un obbligo di esternalizzazione – nonché il compito dell'amministrazione oggetto dell'esternalizzazione. Per quanto riguarda il compito da esternalizzare, il principio di legalità e il principio di specialità che ne deriva esigono che esso sia sufficientemente descritto e

delimitato. In tal modo si evita che un organismo esterno all'amministrazione centrale acquisisca troppe responsabilità e diventi un vero e proprio centro di potere autonomo. Al di là di questo contenuto minimo, la **densità normativa** richiesta dalla Costituzione per la base giuridica pertinente dipende dal tipo di compito da esternalizzare. In generale, i requisiti saranno più elevati se il compito comporta poteri di pubblica autorità o riguarda diritti fondamentali o diritti e obblighi dei cittadini. Pertanto, i requisiti in materia di base giuridica sono particolarmente elevati nel caso di una delega di compiti di polizia. Allo stesso modo, quando il destinatario deve essere abilitato a prendere decisioni amministrative – un privilegio di sovranità della pubblica autorità –, la base giuridica deve in linea di principio prevederlo esplicitamente; secondo la giurisprudenza, tale potere può tuttavia essere dedotto in via eccezionale dall'interpretazione del testo. A nostro avviso, tuttavia, tale deduzione per interpretazione dovrebbe essere ammessa solo entro limiti estremamente ristretti, al fine di garantire il rispetto della certezza del diritto. Oltre a questi veri e propri requisiti costituzionali, sarebbe auspicabile che la base legale contenesse qualsiasi altro elemento che il legislatore ritenga necessario nel caso specifico, come i principi o le modalità di esecuzione. In secondo luogo, il **destinatario** può essere specificato direttamente nella base legale: ciò avverrà spesso quando l'esternalizzazione avviene a favore di enti decentralizzati sotto il controllo della Confederazione, eventualmente creati dallo stesso testo legislativo. Quando il compito dell'amministrazione è delegato a un soggetto privato in senso stretto, la legge (formale) spesso si limiterà a prevedere la possibilità di delegare il compito a un terzo. Una volta selezionato il privato, la sua identità sarà registrata in una decisione amministrativa o in un contratto. Infine, il requisito di una base legale formale non esclude che il legislatore possa delegare all'esecutivo, nel rispetto dell'art. 164 cpv. 2 Cost., il potere di emanare norme di diritto volte a precisare le modalità dell'esternalizzazione, in particolare i compiti da esternalizzare.

46 Se la legge formale non contiene elementi sufficienti per l'esternalizzazione dei compiti dell'amministrazione, in particolare per quanto riguarda le modalità di esecuzione del compito, essa è **generalmente integrata da una decisione amministrativa, una concessione o un contratto**; quest'ultimo sarà spesso denominato mandato o contratto di prestazione.

## b. Altre condizioni

Mentre l'articolo 178 capoverso 3 Cost. prevede la base legale formale come unica condizione per l'esternalizzazione di compiti dell'amministrazione, dal testo costituzionale derivano altre condizioni. 47

- Pertanto, l'esternalizzazione deve essere giustificata da un **interesse pubblico** (art. 5 cpv. 2 Cost.), una condizione che può portare a conflitti di interesse, in particolare se il destinatario è una società commerciale che persegue (anche) uno scopo lucrativo.
- Deve essere **proporzionata allo scopo perseguito** (art. 5 cpv. 2 Cost.). Ciò implica in particolare che il destinatario scelto sia in grado di garantire l'esecuzione dei compiti dell'amministrazione per tutto il tempo necessario.
- Il destinatario dell'esternalizzazione deve essere scelto nel rispetto del principio della **neutralità dello Stato in materia di concorrenza** (art. 94 Cost.) e del principio della **parità di trattamento** dei concorrenti (art. 27 Cost.).
- In caso di esternalizzazione di compiti dell'amministrazione, l'amministrazione centralizzata deve garantire che i **diritti fondamentali** (art. 35 cpv. 2 Cost.), in particolare i **diritti procedurali generali** (art. 29 Cost.) e l'**accesso a un'autorità giudiziaria** (29a Cost.), siano garantiti durante l'esecuzione dei compiti da parte del destinatario.
- Infine, in caso di esternalizzazione di compiti dell'amministrazione, questi ultimi sono eseguiti da enti non soggetti al potere gerarchico. È quindi necessario garantire un'**adeguata sorveglianza** dei destinatari e del modo in cui essi eseguono i compiti (art. 187 cpv. 1ª lett. a Cost.).

*Informazioni sugli autori*

*Dominique Hänni è professore associato di diritto amministrativo presso l'Istituto di studi superiori in amministrazione pubblica (IDHEAP) dell'Università di Losanna e cancelliere presso la Iª Corte di diritto pubblico del Tribunale federale (dominique.haenni@unil.ch).*

*Marine Albertini è avvocato e assistente di ricerca presso l'Istituto di studi superiori in amministrazione pubblica (IDHEAP) dell'Università di Losanna (marine.albertini@unil.ch).*

## LETTURE CONSIGLIATE

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Biaggini, Art. 178 Cst.).

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Thèse, Zürich 2020.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 145-192.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018.

Müller Markus, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 178 Cst.).

Poltier Etienne, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Poltier, Art. 178 Cst.).

Tschannen Pierre, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung ?, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi-Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, pp. 517-531 (Tschannen, Zentral).

Tschannen Pierre, Hoheitliches Handeln von Privaten, in : Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (édit.), Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 781-798 (Tschannen, Hoheitlich).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Berne 2022.

Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008.

## BIBLIOGRAFIA

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Biaggini, Art. 178 Cst.).

Carrel Matthieu, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Carrel, Art. 177 Cst.)

Ehrenzeller Bernhard, Commentaire de l'art. 174 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 174 Cst.).

Ehrenzeller Bernhard, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst.).

Ehrenzeller Kaspar, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 169 Cst.).

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllungstaatlicher Aufgaben, Thèse, Zürich 2020.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne, La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 145-192.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse, Berne 2010.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St-Gall 2020.

Hänni Dominique, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique : la prévention de la corruption en droit administratif, Thèse, Genève 2019.

Häggi Furrer Reto/Merker Michael, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Häggi Furrer/Merker, Art. 169 Cst.).Martenet Vincent, La Constitution et l'économie, in : Diggelmann Oliver/

Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Droit constitutionnel suisse Vol. III, Zurich 2020, pp. 2061-2090.

Moor Pierre, Les états du droit administratif, in : Piotet Denis/Tappy Denis (édit.), Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève 2006, pp. 69-84.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I : Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018.

Müller Georg/Vogel Stefan, Rechtsgutachten betreffend Aufsicht und Oberaufsicht über verselbständigte Träger von öffentlichen Aufgaben, insbesondere Regionale Spitalzentren, in : SVVOR 2011, p. 5 s.

Müller Markus, Commentaire de l'art. 174 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 174 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 177 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 178 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 187 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 187 Cst.).

Müller Markus/Friederich Ueli, Aufsicht und Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» : Ausgewählte Fragen zur Beaufsichtigung staatlicher Aktiengesellschaften, am Beispiel des Kantons Bern, in : Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Berne 2022, pp. 67-91.

Neuenschwander Anouk, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Neuenschwander, Art. 169 Cst.).

Poltier etienne, La surveillance des entités décentralisées, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), Surveillance et contrôles de l'administration, Genève/Zürich 2008, pp. 67-109 (Poltier, Surveillance).

Poltier Etienne, L'évolution du droit administratif suisse, in : Hertig Randall/ Flückiger Alexandre (édit.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genève 2019, pp. 251-258 (Poltier, Evolution).

Poltier Etienne, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Poltier, Art. 178 Cst.).

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben ?, *recht* 4 (2013), pp. 153-162.

Sägesser thomas, Commentaire de l'art. 8 RVOG, 2e éd., Berne 2022.

Schedler Kuno/Müller Roland/Sonderegger Roger, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 3e éd., Berne 2016.

Soguel Nils/Bundi Pirmin/Mettler Tobias/Weerts Sophie, Modèle IDHEAP d'administration publique : vue d'ensemble, in : Soguel Nils/Bundi Pirmin/ Mettler Tobias/Weerts Sophie (édit.), Comprendre et concevoir l'administration publique, Lausanne 2023.

Schibli Robert, Der öffentliche-rechtliche Auftrag, Thèse, Zürich 2023.

Stöckli Andreas, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Berne 2012, pp.118-123 (stöckli, Behördenmitglieder).

Stöckli andreas, Bundesrat und Bundesverwaltung, in : Maya Hertig Randall/ Benjamin Schindler/Oliver Diggelmann (édit.), Droit constitutionnel suisse, Vol. III, Zürich/Bâle/Genève 2020, pp. 1723-1756 (stöckli, Bundesrat).

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2e éd., Zürich 2018.

Tschannen Pierre, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung ?, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi-

Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, pp. 517-531 (Tschannen, Zentral).

Tschannen Pierre, Hoheitliches Handeln von Privaten, in : Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (édit.), Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 781-798 (Tschannen, Hoheitlich).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021 (Tschannen, Staatsrecht).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Berne 2022.

Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008.

Waldmann Bernhard/Küng Martin D., Beleihung und Konzession, in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent, Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 799-814.

## I MATERIALI

Assemblée fédérale, Arrêté fédéral sur la révision totale de la constitution fédérale du 3. 6. 1987, FF 1987 II 977.

Débats au Conseil national, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1997, BO 1997 CN 302-318, BO 1996 CE 931-947, BO 1997 CN 302-318.

Débats au Conseil des Etats, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1996, BO 1996 CE 931-847.

Débats au Conseil national, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1998, tiré à part, BO CN 111-113.

Débats au Conseil des Etats, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1998, tiré à part, BO CN 144.

Dumermuth Martin, Welche Rechtsform für die RUAG? Eine Auslegeordnung. Gutachten zu Handen des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), Bern 18. 11. 2024.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I (Message Cst. 1996).

Conseil fédéral, Avis sur le rapport de la Commission d'enquête parlementaire concernant les problèmes relatifs à l'organisation et à la conduire de la CFP du 13. 11. 1996, FF 1997 III 103.

Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7899.

Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2009 2299.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15. 12. 1995, « La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral », FF 1996 II 413 (Rapport d'experts « Müller »).

Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 6.3.1997 relatif à la réforme de la constitution, intitulé « Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral », FF 1997 II 243.

Réforme de la Constitution fédérale. Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérale, FF 1998 I 286, 347 ss (CN) et p. 411 ss (CE).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 189 Cost.

Un commentario di Jérôme Gurtner

CITAZIONE SUGGERITA

Jérôme Gurtner, Commentario all'art. 189 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Gurtner, art. 189 Cost. N. XXX.

**Art. 189 Competenze del Tribunale federale**

[1] Il Tribunale federale giudica le controversie per violazione:

a. del diritto federale;

b. del diritto internazionale;

c. del diritto intercantonale;

d. dei diritti costituzionali cantonali;

e. dell'autonomia comunale e di altre garanzie che i Cantoni conferiscono ad altri enti di diritto pubblico;

f. delle disposizioni federali e cantonali sui diritti politici.

[1bis] ...

[2] Il Tribunale federale giudica inoltre le controversie tra la Confederazione e i Cantoni e quelle tra Cantoni.

[3] La legge può conferire altre competenze al Tribunale federale.

[4] Gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere impugnati presso il Tribunale federale. Le eccezioni sono stabilite dalla legge.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 1400
II. Contesto ..... 1401
III. Commento vero e proprio ..... 1402
A. Competenza giurisdizionale e cognizione del Tribunale federale (cpv. 1) ..... 1403
1. Considerazioni generali ..... 1403
2. Diritto federale (lett. a) ..... 1405
3. Diritto internazionale (lett. b) ..... 1409
4. Diritto intercantonale (lett. c) ..... 1414
5. Diritti costituzionali cantonali (lett. d) ..... 1415
6. Autonomia comunale e altre garanzie cantonali (lett. e) ..... 1417
7. Diritti politici (lett. f) ..... 1418
B. Competenza giurisdizionale del Tribunale federale in caso di controversie tra la Confederazione e i Cantoni o tra Cantoni (cpv. 2) ..... 1420
1. Considerazioni generali ..... 1420
2. Controversie ..... 1422
a. Tra autorità federali e cantonali ..... 1422
b. Tra i Cantoni ..... 1424
3. Alcune osservazioni sulla giurisprudenza ..... 1426
4. Costituzionalità dell'art. 120 cpv. 2 LTF ..... 1426
C. Altre competenze (cpv. 3) ..... 1427
D. Atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale (cpv. 4) ..... 1429
1. Principio: non impugnabilità (prima frase) ..... 1429
2. Eccezioni: impugnabilità (seconda frase) ..... 1432
Letture consigliate ..... 1437
Bibliographie ..... 1437

# I. GENESI

1 Le competenze del Tribunale federale erano già elencate nella Costituzione federale del 1848 (art. 101-105 aCst.), poi in quella del 1874 (art. 110-114$^{bis}$ aCst.) . Nell'ambito della revisione totale della Costituzione federale negli anni '90, il Consiglio federale ha presentato successivamente diversi progetti, contrassegnati dalle lettere A, B e C. Questo metodo doveva consentire di procedere per fasi: il progetto A consisteva in un aggiornamento della Costituzione, il progetto B affrontava alcune riforme istituzionali, in particolare i diritti popolari, e il progetto C mirava alla riforma della giustizia. Il **progetto A** di decreto federale prevedeva **tre disposizioni** relative alle competenze del Tribunale federale (art. 177-179 del progetto): l'art. 177 riguardava la giurisdizione costituzionale, l'art. 178 la giurisdizione civile, penale e amministrativa e l'art. 179 le corti d'assise federali. Tuttavia, solo le prime due sono state integrate nella Costituzione del 1999, poiché l'art. 179 è stato considerato di competenza della legislazione ordinaria. Il testo della nuova Costituzione, approvato dall'Assemblea federale sulla base del progetto A, è stato accettato in votazione popolare il 18 aprile 1999 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2000. A questo punto, le competenze del Tribunale federale rimanevano ripartite in **due disposizioni**: figuravano agli articoli 189 aCst. («Giurisdizione costituzionale») e 190 aCst. («Giurisdizione civile, penale e amministrativa»).

2 L'aggiornamento operato dalla Costituzione del 1999 costituiva tuttavia solo una fase transitoria. È nell'ambito del **progetto C** di decreto federale relativo alla **riforma della giustizia** che il Consiglio federale ha proposto di raggruppare le competenze del Tribunale federale in un'**unica disposizione** (art. 177 del progetto), che elencava i motivi di ricorso senza distinguere tra i diversi ambiti giuridici. L'Assemblea federale ha ripreso questa disposizione, introducendo però **due modifiche**. La prima, di natura redazionale, consisteva nel sostituire il riferimento alle «garanzie che i Cantoni accordano ai Comuni» (art. 177 cpv. 1 lett. e del progetto) con un riferimento esplicito all'«autonomia dei Comuni » (art. 189 cpv. 1 lett. e Cost.). La seconda, di portata più sostanziale, riguardava l'art. 177 cpv. 4 del progetto: alla regola secondo cui «[l]i atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere portati dinanzi al Tribunale federale», le Camere federali hanno aggiunto una seconda frase che precisa che «[l]e eccezioni sono

determinate dalla legge» (art. 189 cpv. 4 Cost.). Nella versione così modificata, l'art. 189 Cost. è stato accettato in votazione popolare il 12 marzo 2000 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2007.

L'evoluzione dell'art. 189 Cost. è stata poi caratterizzata da una revisione fallita, legata all'introduzione dell'iniziativa popolare generale nella Costituzione. Il 9 febbraio 2003, il popolo e i Cantoni hanno accettato il decreto federale relativo alla revisione dei diritti popolari. Questo introduceva nella Costituzione un nuovo strumento, l'**iniziativa popolare generale** (art. 139*a* Cost.), che avrebbe consentito a 100 000 cittadini aventi diritto di voto di proporre un progetto formulato in termini generali e volto a una modifica costituzionale o legislativa. Secondo l'art. 189 cpv. 1$^{bis}$ Cost., , nella versione risultante da tale revisione, le denunce per mancato rispetto del contenuto e degli obiettivi di un'iniziativa popolare generale da parte dell'Assemblea federale avrebbero potuto essere presentate al Tribunale federale. Tuttavia, il 27 settembre 2009, il popolo e i Cantoni hanno accettato un nuovo decreto federale che abolisce l'iniziativa popolare generale, ritenuta troppo complessa da attuare. Queste disposizioni non sono quindi mai entrate in vigore. 3

## II. CONTESTO

L'articolo 189 della Costituzione federale figura nel capitolo 4 («Tribunale federale e altre autorità giudiziarie») del titolo 5 («Autorità federali») della Costituzione federale, che comprende sette disposizioni (articoli da 188 a 191*c* della Costituzione federale). Intitolato «Competenze del Tribunale federale» («Zuständigkeiten des Bundesgerichts», «Competenze del Tribunale federale»), definisce le competenze **giurisdizionali** di tale autorità. La sua collocazione, immediatamente dopo l'art. 188 Cost., che consacra il Tribunale federale come «autorità giudiziaria suprema della Confederazione» (cpv. 1), evidenzia la particolare importanza che il costituente ha voluto conferirgli. 4

Prima di esaminare in dettaglio le competenze del Tribunale federale, è opportuno ricordare che esse sono limitate da **tre importanti restrizioni**, due delle quali derivano da disposizioni diverse dall'art. 189 Cost.: 5

- da un lato, gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere portati dinanzi al Tribunale federale (art. 189 cpv. 4 Cost.) (cfr. N. 78 ss *infra*);

- d'altra parte, il Tribunale federale e le altre autorità sono tenuti ad applicare le leggi federali e il diritto internazionale (art. 190 Cost.) (cfr. N. 79 ss *infra*);
- infine, l'accesso al Tribunale federale, sebbene garantito dalla Costituzione federale, può essere limitato dal legislatore (art. 191 Cost.), mediante l'introduzione di un valore litigioso minimo, l'esclusione di determinati ambiti o l'istituzione di una procedura semplificata per i ricorsi manifestamente infondati.

6 Va inoltre sottolineato che, ad eccezione dell'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost., questa disposizione si rivolge innanzitutto al **legislatore federale**, che deve garantirne l'attuazione. Pertanto, le questioni procedurali – quali i valori minimi litigiosi, le autorità precedenti, la legittimazione a ricorrere, la forma e il contenuto delle memorie o ancora i termini di ricorso – sono state disciplinate nella LTF.

## III. COMMENTO VERO E PROPRIO

7 Le competenze del Tribunale federale sono definite in modo **positivo** (paragrafi 1 e 2: il Tribunale federale «conosce delle controversie»; cfr. N. 12 ss e N. 55 ss *infra*), mediante una norma di **delega** (cpv. 3: «la legge può conferirgli altre competenze»; cfr. N. 73 ss *infra*), nonché in modo **negativo** (cpv. 4: alcuni atti «non possono essere portati» dinanzi ad esso; cfr. N. 78 ss *infra*).

8 Il capoverso 1 elenca i **motivi di** ricorso che consentono di portare «controversie» («Streitigkeiten», «controversie») dinanzi al Tribunale federale. Questi riguardano la violazione del diritto federale, del diritto internazionale, del diritto intercantonale, dei diritti costituzionali cantonali, dell'autonomia dei Comuni e dei diritti politici (cfr. N. 17 ss *infra*). Queste censure sono riprese nella LTF, alcune in ordine diverso (art. 95 LTF), mentre la violazione dell'autonomia dei Comuni è relegata alla disposizione relativa alla legittimazione a ricorrere (art. 89 cpv. 2 lett. c LTF).

9 Il capoverso 2 precisa che il Tribunale federale è competente a conoscere delle **controversie** tra la Confederazione e i Cantoni o tra i Cantoni (cfr. N. 55 ss *infra*). Tale disposizione è concretizzata nell'art. 120 LTF, che prevede che il Tribunale federale sia adito per tali controversie «mediante un'azione in

un'unica istanza» (cpv. 1 lett. a e b LTF), a meno che un'altra legge federale non autorizzi un'autorità a decidere su tali controversie (cpv. 2).

L'elenco delle competenze del Tribunale federale stabilito dai commi 1 e 2 non è esaustivo; il cpv. 3 consente infatti al legislatore di conferirgli **altre competenze** (cfr. N. 73 ss *infra*). 10

L'ultimo cpv. **limita infine** la possibilità di impugnare gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale dinanzi al Tribunale federale (cfr. N. 78 ss *infra*). 11

## A. Competenza giurisdizionale e cognizione del Tribunale federale (cpv. 1)

### 1. Considerazioni generali

Prima di esaminare in dettaglio i motivi di ricorso che possono essere presentati al Tribunale federale, è opportuno formulare quattro osservazioni generali preliminari. 12

La frase introduttiva del cpv. 1 precisa che il Tribunale federale è competente a decidere sulle «**contestazioni** ». Queste ultime hanno natura giuridica, anche se la legge non lo indica espressamente. Ne derivano tre conseguenze. In primo luogo, il Tribunale federale non è competente a esaminare questioni astratte o teoriche (cfr. N. 77 *infra*): deve trattarsi di una controversia concreta tra due o più parti. Nel suo significato originario, il termine «controversia» è definito come una «contestazione che dà luogo a un processo o a un arbitrato». In secondo luogo, il Tribunale federale non interviene d'ufficio, come farebbe un'autorità di vigilanza degli avvocati che viene a conoscenza di fatti che potrebbero costituire una violazione delle norme professionali, ma solo su richiesta di una delle parti in conflitto. In terzo luogo, in assenza di una base giuridica, il Tribunale federale non è competente a condurre un'udienza di conciliazione, intesa come procedura formale diretta dal giudice al fine di avvicinare attivamente le parti. Se durante il procedimento possono intervenire accordi amichevoli tra le parti, questi non rientrano tuttavia in una conciliazione giudiziaria propriamente detta. 13

In qualità di Corte suprema, il Tribunale federale è giudice del **diritto**, come conferma il cpv. 1. Per contro, i ricorsi relativi ai fatti non sono, in linea di principio, ammissibili dinanzi ad esso. Esso decide sulla base dei fatti accertati 14

dall'autorità precedente (art. 105 cpv. 1 LTF), fatti salvi i casi previsti dall'art. 105 cpv. 2 LTF. La parte ricorrente può criticare le constatazioni di fatto contenute nella decisione impugnata solo se queste sono state effettuate in violazione del diritto ai sensi dell'art. 95 LTF (cfr. N. 8 *supra*) o in modo manifestamente inesatto, cioè arbitrario, e se la correzione del vizio è suscettibile di influire sull'esito della causa (art. 97 cpv. 1 LTF). La parte ricorrente deve spiegare in modo circostanziato in che misura tali condizioni sarebbero soddisfatte. In caso contrario, il Tribunale federale non può tenere conto di una situazione di fatto che diverge da quella contenuta nell'atto impugnato. Esiste un'altra eccezione all'inammissibilità dei motivi di fatto, quando la decisione oggetto di ricorso riguarda la concessione o il rifiuto di prestazioni in denaro dell'assicurazione o dell'assicurazione militare; in questi casi, il Tribunale federale non è vincolato dai fatti accertati dall'autorità precedente (art. 97 cpv. 2 e 105 cpv. 3 LTF). Il potere di esame del Tribunale federale non si estende in linea di principio nemmeno all'opportunità della decisione sottoposta al suo giudizio. Il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale è chiaro al riguardo. Esso precisa innanzitutto che «[s]alvo poche eccezioni, in futuro qualsiasi contestazione potrà essere deferita alla giurisdizione suprema solo dopo essere stata sottoposta a un'*autorità giudiziaria precedente*», e aggiunge che questa è «la condizione affinché il Tribunale federale possa limitarsi al controllo del diritto, senza occuparsi più delle questioni di fatto e di valutazione, il cui controllo richiede molto tempo». L'esame delle disposizioni di procedura amministrativa applicabili al Tribunale amministrativo federale (TAF) e ai tribunali cantonali permette di illustrare la differenza tra il potere di cognizione delle suddette autorità e quello del Tribunale federale. Oltre alla violazione del diritto, compreso l'eccesso o l'abuso del potere discrezionale, i ricorrenti possono in linea di principio invocare altri due motivi dinanzi al TAF e ai tribunali cantonali: l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti rilevanti e l'inopportunità (tra gli altri: art. 49 PA; art. 76 LPA/VD; art. 80 LPJA/BE; art. 122 LPJA/JU). Un ricorso di questo tipo, che consente di invocare queste tre categorie di censure, è talvolta definito «mezzo di diritto completo».

15 Il Tribunale federale assume un duplice ruolo: quello di custode del diritto federale, da un lato, e quello di custode della Costituzione federale e delle Costituzioni cantonali, dall'altro. Pertanto, fatti salvi i casi di cui all'art. 189 cpv. 1 lett. c, d, e ed f Cost., il suo controllo non riguarda il diritto **cantonale** o **comunale** in quanto tale. È tuttavia possibile, come spesso ricorda il

Tribunale federale, che l'applicazione errata del diritto cantonale o comunale costituisca una violazione del diritto federale, in particolare quando è arbitraria ai sensi dell'art. 9 Cost. o contraria ad altri diritti costituzionali. La violazione delle disposizioni legali cantonali può anche costituire una violazione del diritto internazionale ai sensi dell'art. 189 cpv. 1 lett. b Cost. . Va inoltre aggiunto che quando il Tribunale federale esamina il diritto cantonale indipendentemente da qualsiasi violazione di un diritto fondamentale, non riesamina liberamente il principio di proporzionalità, ma solo dal punto di vista dell'arbitrarietà. Per quanto riguarda il controllo del diritto cantonale dal punto di vista dell'arbitrarietà, le possibilità di successo di un tale ricorso rimangono tuttavia «molto limitate». Come sottolinea François Chaix, «[è] una delle conseguenze del federalismo [il fatto] di non intervenire in modo troppo incisivo nei settori di competenza dei Cantoni».

Il cpv. 1 non impone al legislatore federale un sistema di ricorso specifico. Va 16
tuttavia sottolineato che la revisione dell'organizzazione giudiziaria federale ha semplificato il lavoro delle parti in causa, sostituendo i molteplici mezzi di ricorso esistenti con un **ricorso unificato** in ogni settore giuridico: un ricorso in materia civile, un ricorso in materia penale e un ricorso in materia di diritto pubblico. Secondo questo concetto, « deve esistere un solo mezzo di ricorso dinanzi al Tribunale federale per impugnare un atto di un'autorità inferiore, indipendentemente dai motivi del ricorso o dalla natura dell'autorità».

## 2. Diritto federale (lett. a)

Il Tribunale federale è competente in primo luogo a giudicare le controversie 17
relative alla violazione del diritto federale (art. 189 cpv. 1 lett. a Cost.; cfr. anche art. 95 lett. a LTF). Secondo il messaggio del Consiglio federale relativo a una nuova Costituzione federale del 20 novembre 1996, il concetto di «diritto federale» deve essere inteso in senso **ampio**. Esso comprende tutte le norme giuridiche emanate dagli organi della Confederazione a tutti i livelli, in particolare la Costituzione federale, le leggi federali e i diversi tipi di ordinanze (dell'Assemblea federale, del Consiglio federale, dell'amministrazione federale e dei tribunali federali), in tutti i settori del diritto (diritto civile, diritto penale, diritto amministrativo, diritto delle esecuzioni e diritto delle assicurazioni sociali, in particolare).

Il concetto di diritto federale comprende i **diritti costituzionali federali**, 18
cosa che non risulta esplicitamente dal testo della Costituzione, poiché in essa

sono menzionati solo i diritti costituzionali cantonali (art. 189 cpv. 1 lett. d Cost. ). Il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale spiega che il motivo di violazione della Costituzione e quello di violazione del diritto federale propriamente detto sono ora fusi in un unico motivo di violazione del «diritto federale», «al fine di esprimere l'idea di un unico ricorso». Malinverni et al. definiscono giustamente questa semplificazione «infelice»: i cittadini potrebbero infatti erroneamente pensare che dinanzi al Tribunale federale sia possibile invocare solo la violazione dei diritti costituzionali cantonali. Questa imprecisione è deplorevole, perché potrebbe indurre in errore i cittadini non giuristi, tanto più che l'assistenza di un avvocato non è obbligatoria per i procedimenti dinanzi al Tribunale federale.

19 Né la Costituzione federale né la LTF definiscono il concetto di diritti costituzionali. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, rientrano in questa categoria le disposizioni costituzionali che mirano a garantire al cittadino una protezione contro gli interventi dello Stato o che, sebbene emanate principalmente nell'interesse pubblico, tutelano anche gli interessi individuali. Per determinare l'esistenza di diritti costituzionali, il Tribunale federale si basa in particolare sull'**interesse alla protezione giuridica** e sulla **giustiziabilità**. Talvolta fa riferimento anche al concetto di applicabilità diretta («unmittelbare Anwendbarkeit»), anche se questo criterio è più spesso utilizzato nel diritto internazionale (cfr. N. 26 ss *infra*). Una disposizione costituzionale è direttamente applicabile (o giustiziabile) quando i fatti e le conseguenze giuridiche sono formulati in modo sufficientemente preciso da costituire la base di una decisione del giudice. Nel diritto interno, si tratta di norme che «non necessitano di essere concretizzate da disposizioni di esecuzione, come alcuni diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione» . Secondo Mathias Kaufmann, la giustiziabilità indica la legittimità del controllo giurisdizionale di una norma giuridica invocata da un privato. In altre parole, si tratta di determinare se la norma invocata abbia carattere soggettivo, in modo che la sua violazione possa costituire un motivo di ricorso ammissibile. L'autore sottolinea inoltre che una norma giuridica non è mai parzialmente giustiziabile: lo è nella sua interezza o non lo è affatto. Infine, l'applicabilità diretta e la giustiziabilità sono due caratteristiche «generali e astratte» delle norme, che non dipendono dalle circostanze del caso specifico. Su quest'ultimo punto, condividiamo la posizione di Kaufmann.

Sono **giustiziabili**, per definizione, almeno in linea di principio, tutti i diritti fondamentali elencati nel catalogo degli articoli da 7 a 36 della Costituzione, in particolare il principio di uguaglianza davanti alla legge (art. 8 cpv. 1 Cost.), la protezione contro l'arbitrarietà e la tutela della buona fede (art. 9 Cost.), la protezione dei bambini e dei giovani nella sua componente di protezione contro le violazioni da parte dello Stato (art. 11 cpv. 1 *ab initio* Cost.), il diritto di ottenere un aiuto d'urgenza (art. 12 Cost.), la protezione della sfera privata (art. 13 Cost.), la libertà di coscienza e di credo (art. 15 Cost.), la libertà di opinione e di informazione (art. 16 Cost.), la libertà dei media (art. 17 Cost.), la libertà di lingua (art. 18 Cost.), il diritto all'istruzione di base (art. 19 Cost.), la libertà della scienza (art. 20 Cost.), la libertà dell'arte (art. 21 Cost.), la libertà di riunione (art. 22 Cost.), la libertà di associazione (art. 23 Cost.), libertà di stabilimento (art. 24 Cost.), protezione contro l'espulsione, l'estradizione e il respingimento (art. 25 cpv. 1 e 2 Cost.), garanzia della proprietà (art. 26 cpv. 1 Cost.), libertà economica (art. 27 Cost.), la libertà sindacale (art. 28 Cost.), le garanzie procedurali (art. 29 segg. Cost.) e il principio di proporzionalità (art. 36 cpv. 3 Cost.). Sono direttamente applicabili anche altri diritti e principi costituzionali, quali il principio di legalità (art. 5 Cost.), il principio del primato del diritto federale (art. 49 Cost.), il principio (non scritto) della separazione dei poteri o il divieto di doppia imposizione intercantonale (art. 127 cpv. 3 Cost.). Secondo la dottrina, il divieto di costruire minareti previsto dall'art. 72 cpv. 3 Cost. è direttamente applicabile. Il Tribunale federale ha inoltre ritenuto che l'art. 75*b* cpv. 1, in relazione all'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost., preveda un divieto di costruzione immediatamente applicabile per le abitazioni secondarie nei comuni in cui la proporzione del 20 % è già stata raggiunta o superata. 20

Non sono invece **giustiziabili** le prescrizioni di natura organizzativa o le disposizioni di carattere puramente programmatico. La Costituzione federale esclude inoltre espressamente la giustiziabilità degli obiettivi sociali (art. 41 cpv. 4 Cost.), come confermato dal Tribunale federale in relazione all'art. 41 cpv. 1 lett. e Cost. In una causa in cui il ricorrente lamentava una violazione dell'art. 121 Cost., il Tribunale federale ha giudicato che tale disposizione «è una norma di natura programmatica che richiede l'attuazione da parte del legislatore e di conseguenza non conferisce al ricorrente alcun diritto costituzionale che gli consenta di ricorrere». L'art. 121*a* Cost. non è direttamente applicabile. Lo stesso vale per il principio dello sviluppo sostenibile di cui all'art. 73 Cost.: secondo il Tribunale federale, «questo 21

concetto – il cui contenuto e i cui contorni sono ancora vaghi – ha per il momento un carattere essenzialmente programmatico e non ha valore di diritto costituzionale che possa essere direttamente invocato come tale dinanzi a un tribunale». Anche i principi dell'azione statale che richiedono una forte concretizzazione (ad es. gli articoli 5*a* e 6 Cost.) non sono neppure giustiziabili. Allo stesso modo, il Tribunale federale ha ritenuto che l'articolo 106 Cost. relativo ai giochi d'azzardo non contenga disposizioni direttamente applicabili.

22 Il concetto di diritto federale comprende naturalmente le **leggi federali**. Secondo l'articolo 164 capoverso 1 Cost., tutte le disposizioni importanti che fissano norme giuridiche devono essere emanate sotto forma di legge federale. Appartengono in particolare a questa categoria le disposizioni fondamentali relative ai settori espressamente menzionati nell'articolo 164 capoverso 1, seconda frase, lettere da a) a g) Cost. Ad esempio, secondo la giurisprudenza, le disposizioni procedurali essenziali, quali la competenza materiale dei tribunali e i mezzi di ricorso, devono essere emanate in una legge in senso formale. L'Assemblea federale può tuttavia emanare norme giuridiche di minore importanza sotto forma di legge federale (art. 22 cpv. 2 LParl).

23 Le **ordinanze legislative** (*Rechtsverordnungen*), che si rivolgono a tutte le autorità e a tutti i privati e che contengono norme giuridiche, costituiscono diritto federale (art. 22 cpv. 2 LParl; art. 7 e 48 LOGA) . Non è invece il caso delle ordinanze amministrative (« *Verwaltungsverordnungen* »), che in linea di principio non hanno effetti giuridici e non creano diritti e doveri per i privati; si tratta semplicemente di un ausilio al lavoro e di un supporto alle autorità. Secondo il Tribunale federale, la circolare n. 26 del 16 dicembre 2009 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) relativa alle novità in materia di attività lucrativa indipendente a seguito dell'adozione della legge sulla riforma dell'imposizione delle imprese II è un'ordinanza amministrativa che non ha forza di legge. Ciò significa che il tribunale può discostarsene se lo ritiene contrario alla legge o all'ordinanza. Lo stesso vale per le direttive e i commenti elaborati dal Segretariato di Stato della migrazione (SEM), il Programma nazionale di sicurezza dell'aviazione civile emanato dall'Ufficio federale dell'aviazione civile (UFAC), le comunicazioni adottate dalla Commissione della concorrenza (Comco) relative alla valutazione degli

accordi verticali, o degli opuscoli e delle altre istruzioni emanate dall'AFC in materia di IVA, anche se questi ultimi hanno un effetto esterno.

Anche le norme stabilite dalle **associazioni di diritto privato** non costituiscono diritto federale. È il caso del Codice svizzero di deontologia (CSD), emanato dalla Federazione Svizzera degli Avvocati (FSA). 24

Infine, anche il **diritto consuetudinario** (art. 1 cpv. 2 CC), attualmente estremamente raro, può costituire diritto federale. 25

## 3. Diritto internazionale (lett. b)

Il Tribunale federale è competente anche a giudicare le controversie relative alla violazione del diritto internazionale (cfr. anche art. 95 lett. b LTF). Il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale spiega che è giustificato menzionare **separatamente** il motivo di violazione del diritto internazionale, poiché esso non coincide semplicemente con quello di violazione del diritto federale. Infatti, se i trattati conclusi dai Cantoni con l'estero (art. 56 Cost.) non fanno parte del diritto federale, essi rientrano invece nella nozione di diritto internazionale, allo stesso titolo dei trattati conclusi dalla Confederazione. 26

Secondo la concezione svizzera, i trattati internazionali conclusi dalla Svizzera costituiscono **parte integrante** dell'ordinamento giuridico svizzero, senza che sia necessario trasformarli specificatamente in diritto interno (sistema monista). La Costituzione federale prescrive inoltre al Tribunale federale e alle altre autorità di applicare il diritto internazionale (art. 190 Cost.). 27

Il termine **diritto internazionale** è definito in modo classico con riferimento all'art. 38 cpv. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia del 26 giugno 1945 (RS 0.193.501): esso trova la sua fonte nelle convenzioni internazionali, generali o speciali, nella consuetudine internazionale e nei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; le decisioni giudiziarie e la dottrina costituiscono, dal canto loro, mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. Questa disposizione enuncia le fonti tradizionali del diritto internazionale. Inoltre, anche le decisioni delle organizzazioni internazionali vincolanti per la Svizzera, non menzionate nell'articolo 38 capoverso 1 del suddetto Statuto, fanno parte del diritto 28

internazionale. Non ne fanno invece parte le norme internazionali che hanno solo uno status di «soft law», come le raccomandazioni o i commenti.

29 Le disposizioni del diritto internazionale possono essere invocate in controversie concrete solo se conferiscono **diritti individuali**, il che presuppone che il contenuto della norma invocata sia sufficientemente preciso e chiaro da poter servire come base per una decisione in un caso particolare. Ciò implica anche che i diritti e gli obblighi dei singoli siano descritti e che la norma sia rivolta alle autorità incaricate di applicare il diritto. Il criterio dell'applicabilità diretta corrisponde al requisito della giustiziabilità (cfr. N. 19 *supra*). In generale, una norma è direttamente applicabile se sono soddisfatte cumulativamente le tre condizioni seguenti: (1) la norma in questione stabilisce diritti e doveri per le persone fisiche e giuridiche; (2) è sufficientemente precisa e chiara, senza richiedere misure di applicazione o di concretizzazione interna per la sua attuazione; e (3) è rivolta alle autorità preposte all'applicazione del diritto. Come sottolinea Ammann, in alcuni casi il Tribunale federale menziona solo alcune di queste condizioni, il che secondo lei è problematico in termini di prevedibilità, chiarezza e coerenza. Ciò detto, occorre distinguere le norme direttamente applicabili (dette «self-executing») (cfr. N. 30 *infra*), che possono essere invocate in giudizio da un privato, dalle norme che non sono direttamente applicabili (dette «non-self-executing»; cfr. N. 31 *infra*), che non possono essere invocate in giudizio da un privato senza essere concretizzate nel diritto interno mediante l'adozione di norme di diritto svizzero che le rendano giustiziabili. Il Tribunale federale non entra nel merito dei ricorsi basati su norme non direttamente applicabili.

30 Il Tribunale federale ha in particolare considerato come **direttamente applicabili**, ovvero invocabili direttamente da qualsiasi individuo dinanzi a qualsiasi autorità amministrativa o giudiziaria nazionale:

- i diritti garantiti dalla Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU; RS 0.101);
- i diritti garantiti dal Patto internazionale del 9 maggio 2022 relativo ai diritti civili e politici (Patto ONU II; RS 0.103.2);
- diverse disposizioni dell'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (ALCP; RS 0.142.112.681) ;

- l'art. 12 della Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (CDE; RS 0.107), che garantisce il diritto del fanciullo di essere ascoltato;
- l'art. 14 cpv. 1 lett. b della Convenzione del 16 maggio 2005 sulla lotta contro la tratta di esseri umani (RS 0.311.543), che dispone che ciascuna Parte rilasci un permesso di soggiorno rinnovabile alle vittime, qualora l'autorità competente ritenga che il loro soggiorno sia necessario in ragione della loro cooperazione con le autorità competenti ai fini di un'indagine o di un procedimento penale;
- l'art. 24 cpv. 1 lett. b della Convenzione del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati (RS 0.142.30), che prevede che gli Stati contraenti accordino ai rifugiati che risiedono regolarmente sul loro territorio lo stesso trattamento riservato ai cittadini nazionali in materia di sicurezza sociale (in particolare le disposizioni legali relative all'invalidità), con alcune riserve previste alle lettere i e ii;
- l'art. 1 cpv. 1 dell'Accordo del 22 novembre 1950 per l'importazione di oggetti di carattere educativo, scientifico o culturale (RS 0.631.145. 141), che precisa che gli Stati contraenti si impegnano a non applicare dazi doganali e altre imposte all'importazione o in occasione dell'importazione sugli oggetti che rientrano nell'accordo.

Il Tribunale federale ha invece **negato l'applicabilità diretta** di: 31

- diverse disposizioni del Patto ONU I;
- disposizioni della CDE, come l'art. 2 CDE, che mira a garantire la non discriminazione e la protezione di tutti i bambini contro ogni forma di discriminazione, indipendentemente dalle loro caratteristiche personali o da quelle dei loro genitori o rappresentanti legali, l'art. 3 par. 1 CDE, che stabilisce che l'interesse superiore del bambino deve essere una considerazione fondamentale in tutte le decisioni che lo riguardano, e dell'art. 26 CDE, il cui obiettivo è garantire il diritto di ogni bambino di beneficiare della sicurezza sociale, comprese le assicurazioni sociali, obbligando gli Stati parti ad adottare le misure necessarie per garantire la realizzazione di tale diritto in conformità con la legislazione nazionale;
- l'art. 2 n. 1 lett. a dell'Accordo di Parigi (Accordo sul clima) del 12 dicembre 2015 (RS 0.814.012), che mira a contenere l'aumento della temperatura media del pianeta ben al di sotto dei 2 °C rispetto ai livelli preindustriali, proseguendo gli sforzi per limitare tale aumento a 1,5 °C;

- l'art. 5 cpv. 3 della Convenzione del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità (RS 0.109), che prevede che, al fine di promuovere l'uguaglianza ed eliminare la discriminazione, gli Stati parti adottino tutte le misure appropriate per garantire che siano apportate soluzioni ragionevoli;
- l'articolo 22 capoverso 2 della Convenzione del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati (RS 0.142.30), che precisa in breve che gli Stati contraenti devono accordare ai rifugiati un trattamento almeno altrettanto favorevole di quello accordato agli stranieri in generale per quanto riguarda l'istruzione secondaria e superiore;
- l'articolo 15 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 16 maggio 2005 sulla lotta contro la tratta di esseri umani (RS 0.311.543) e in particolare il suo paragrafo 3, che stabilisce che le parti devono prevedere nel loro diritto interno il diritto delle vittime di essere risarcite dagli autori dei reati;
- la Convenzione del 14 novembre 1970 sulle misure da adottare per vietare e impedire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento di proprietà illeciti di beni culturali (RS 0.444.1; Convenzione UNESCO), nella misura in cui, per essere attuata, obbliga gli Stati contraenti a legiferare e a recepirla nella loro legislazione nazionale;
- l'art. 5 cpv. 1 lett. b della Convenzione delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1988 contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, che dispone che ciascuna Parte adotti le misure necessarie per consentire la confisca, in particolare, di stupefacenti e sostanze psicotrope. Tale disposizione contiene solo un mandato conferito agli Stati parti e non crea diritti o obblighi diretti per i privati;
- l'art. 22 cpv. 3 della Convenzione del 21 febbraio 1971 sulle sostanze psicotrope (RS 0.812.121.02), che prevede che qualsiasi sostanza psicotropa, qualsiasi altra sostanza e qualsiasi materiale utilizzati o che si intendeva utilizzare per commettere uno qualsiasi dei reati previsti dalla Convenzione possano essere sequestrati e confiscati.

È opportuno menzionare una **categoria particolare** di obblighi che non rientra nelle categorie abituali dell'applicabilità diretta o indiretta delle norme, con l'aiuto dei due esempi seguenti: 32

- la Convenzione del 3 ottobre 1985 per la salvaguardia del patrimonio architettonico dell'Europa (RS 0.440.4) richiede l'adozione di disposizioni adeguate per la protezione dei monumenti storici e obbliga ciascuna Parte a istituire procedure di controllo e di autorizzazione adeguate. Secondo il Tribunale federale, non si tratta di disposizioni rivolte alle autorità incaricate di applicare la legge, ma di mandati legislativi. Ha inoltre precisato che, anche quando il legislatore dispone di un margine di manovra e l'applicazione diretta delle norme di rango superiore pertinenti è esclusa in un caso particolare, può essere tenuto ad agire in conformità con tali norme. Ha inoltre sottolineato che la legislazione si basa su un processo politico che richiede tempo e il cui contenuto può variare. Pertanto, secondo lui, un intervento giudiziario è giustificato solo se l'obbligo di agire del legislatore cantonale in virtù del diritto internazionale o costituzionale appare sufficientemente preciso e misurabile in termini di contenuto e di tempo. In tal caso, il suo rispetto può essere invocato nell'ambito di un controllo astratto delle norme cantonali. Ha precisato che ciò vale non solo quando il legislatore cantonale non agisce entro i termini previsti, ma anche quando agisce senza concretizzare sufficientemente il diritto di rango superiore. È in questo contesto che il Tribunale federale ha giudicato incompatibile con la suddetta Convenzione una disposizione della legge cantonale del Cantone di Zugo sulla conservazione dei monumenti storici, l'archeologia e la protezione dei beni culturali (RS/ZG 423.11);
- l'articolo 34 della Convenzione del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati (RS 0.142.30) prevede in particolare che gli Stati contraenti facilitino, nella misura del possibile, l'assimilazione e la naturalizzazione dei rifugiati. Il Tribunale federale ha stabilito che un rifugiato non ha diritto individuale alla naturalizzazione ai sensi dell'articolo 34 di tale Convenzione. Ha tuttavia precisato che ciò non esclude il riconoscimento di un valore determinante a tale disposizione, nel senso che essa deve essere presa in considerazione come ausilio all'interpretazione e alla valutazione nell'esame delle condizioni di naturalizzazione in un caso particolare.

33 Infine, occorre tenere presente che il requisito dell'applicabilità diretta o della giustiziabilità è determinante quando il soggetto giuridico si basa su una norma per dedurne un diritto nell'ambito di una controversia concreta. Questa situazione deve essere distinta da un ricorso in materia di diritto pubblico diretto contro un **atto normativo cantonale** (controllo astratto di una norma). Il Tribunale federale lo ha ricordato in una sentenza relativa a una controversia che si inseriva nel seguente contesto. I ricorrenti contestavano la compatibilità di una modifica di una disposizione del regolamento ginevrino sui vini con le disposizioni dell'allegato 7 dell'accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea relativo agli scambi di prodotti agricoli (RS 0.916.026.81; di seguito: Accordo bilaterale). Il Consiglio di Stato ginevrino sosteneva invece che i ricorrenti non potevano lamentare la violazione dell'Accordo bilaterale e del suo allegato, poiché questi non erano direttamente applicabili. Il Tribunale federale ha ricordato che, ai sensi dell'art. 5 cpv. 4 Cost., la Confederazione e i Cantoni devono rispettare il diritto internazionale. Secondo il Tribunale, la questione se le disposizioni pertinenti dell'accordo siano direttamente applicabili non è determinante nel caso di specie, poiché non si tratta di discutere diritti o obblighi che i ricorrenti potrebbero far valere direttamente in giudizio, ma di esaminare un regolamento cantonale alla luce dell'accordo in questione.

### 4. Diritto intercantonale (lett. c)

34 Il Tribunale federale è competente a esaminare la violazione del diritto intercantonale (cfr. anche art. 95 lett. e LTF). Si tratta del primo caso specifico in cui la violazione del diritto cantonale può essere invocata come tale dinanzi al Tribunale federale. Il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale precisa che si tratta di una «prestazione di servizio» della Confederazione a favore dei Cantoni. Secondo il Tribunale federale, tale competenza è giustificata dal fatto che, in assenza di una giurisdizione sovracantonale, è apparso opportuno che il Tribunale federale potesse dare un'**interpretazione univoca** degli accordi intercantonali, «al fine di evitare che questi fossero applicati in modo diverso da un Cantone all'altro, il che avrebbe potuto provocare tensioni intercantonali». Esso controlla liberamente la sua applicazione, contrariamente al diritto cantonale, che viene esaminato dal punto di vista dell'arbitrarietà (cfr. N. 15 *supra*).

Il diritto intercantonale comprende le **convenzioni intercantonali** (art. 48 cpv. 1 Cost.) e le norme giuridiche emanate dalle organizzazioni intercantonali o dalle istituzioni istituite dagli accordi intercantonali. A ciò si aggiunge il diritto consuetudinario intercantonale. Le convenzioni intercantonali non devono essere contrarie al diritto e agli interessi della Confederazione né al diritto degli altri Cantoni; devono inoltre essere portate a conoscenza della Confederazione (art. 48 cpv. 3 Cost.) . In questo contesto, il Tribunale federale ha giudicato che il Concordato latino del 29 ottobre 2010 sulla coltivazione e il commercio di canapa violava il principio del primato del diritto federale sancito dall'art. 49 cpv. 1 Cost. e doveva quindi essere annullato, poiché perseguiva gli stessi obiettivi della legislazione federale in materia di agricoltura e stupefacenti. 35

Come sottolinea Andreas Auer, le convenzioni intercantonali sono tutt'altro che aneddotiche: secondo le stime, nel 2016 il loro numero sarebbe stato di **circa 800**. Si possono citare, ad esempio, la Convenzione intercantonale dell'8 e 9 maggio 2012 relativa alla protezione dei dati e alla trasparenza nei Cantoni del Giura e di Neuchâtel (CPDT-JUNE; RSN 150.30), l'Accordo intercantonale del 25 ottobre 2007 sulla collaborazione nel settore della pedagogia speciale (AICPS), l'Accordo intercantonale del 18 febbraio 1993 sul riconoscimento dei diplomi di fine studi, l'Accordo intercantonale del 18 giugno 2009 sull'armonizzazione dei regimi di borse di studio, la Norma di protezione antincendio del 1° gennaio 2015 (norma AEAI), emanata dall'Associazione degli istituti cantonali di assicurazione contro gli incendi, o ancora l'Accordo intercantonale del 22 settembre 2005 che armonizza la terminologia nel settore delle costruzioni (AIHC). 36

I privati possono invocare solo le norme di diritto intercantonale **direttamente applicabili**, come ad esempio la CPDT-JUNE, l'art. 2 lett. b. AICPS e la norma AEAI. 37

Le controversie tra Cantoni in materia di diritto intercantonale possono essere portate dinanzi al Tribunale federale mediante l'**azione** (art. 189 cpv. 2 Cost.; art. 120 cpv. 1 lett. b LTF) (cfr. N. 55 ss *infra*). 38

## 5. Diritti costituzionali cantonali (lett. d)

La violazione dei diritti costituzionali cantonali è il secondo caso specifico in cui la violazione del diritto cantonale può essere invocata in modo autonomo 39

dinanzi al Tribunale federale (cfr. anche art. 95 lett. c LTF). Come abbiamo visto sopra (cfr. N. 15 *supra*), il Tribunale federale assume anche il ruolo di **custode** delle costituzioni cantonali.

40 Secondo il Tribunale federale, il concetto di diritti costituzionali cantonali, ai sensi dell'art. 95 lett. c LTF, non si estende a qualsiasi disposizione costituzionale cantonale, ma solo a quelle che garantiscono **diritti individuali**. Quanto sopra può essere dedotto anche dall'uso del plurale («diritti costituzionali»), che suggerisce che non si fa riferimento alla costituzione cantonale nel suo complesso, ma solo alle disposizioni che garantiscono i diritti. I diritti costituzionali cantonali hanno una portata propria solo se accordano una protezione più ampia rispetto alle garanzie corrispondenti della Costituzione federale o della CEDU.

41 Sono in particolare **direttamente invocabili in giudizio** l'art. 17 Cost./ZH (RS 131.211), che prevede che ogni persona ha il diritto di consultare i documenti ufficiali, a meno che non vi si opponga un interesse pubblico o privato prevalente, nonché l'art. 40 cpv. 1 Cost./ZH, che precisa che chiunque abbia il diritto di voto in materia cantonale è eleggibile alle corti supreme del Cantone; o ancora il § 75 cpv. 1 Cost./AG (RS 131.227), che dispone in particolare che il Cantone e i Comuni rispondono dei danni causati senza diritto a terzi dalle loro autorità o dai loro funzionari o altri collaboratori nell'esercizio della loro attività ufficiale. Lo stesso vale per l'art. 17 cpv. 2 Cost./FR (RS 131.219), che prevede che chi si rivolge a un'autorità la cui competenza si estende all'intero Cantone può farlo nella lingua ufficiale di sua scelta. Secondo il Tribunale federale, questa disposizione autorizza un justiciable a rivolgersi al Tribunale cantonale nella lingua ufficiale di sua scelta, indipendentemente dalla lingua del procedimento. Infine, i diritti a una vita offline e all'oblio, menzionati agli art. 21A cpv. 2 Cost./GE (RS 131.234) e 10a cpv. 2 Cost./NE (RSN 101), sembrano anch'essi giustiziabili.

42 Per contro, il § 35 Cst./LU (RS 131.213), che prescrive alle autorità di informare tempestivamente il pubblico sui propri obiettivi e sulle proprie attività, e l'art. 60 Cst./SO (RS 131.221), che prevede che le funzioni pubbliche debbano essere conferite alle persone più qualificate e che, nella misura del possibile, nell'assegnazione delle funzioni si tenga equamente conto dei diversi gruppi della popolazione, in particolare delle diverse regioni e tendenze politiche, **non costituiscono disposizioni costituzionali che conferiscono diritti direttamente invocabili in** giudizio.

La giurisprudenza non esclude l'esistenza di una **consuetudine costituzionale**. In una sentenza del 2012 relativa al Cantone di Ginevra, il Tribunale federale ha negato l'esistenza di una tale consuetudine che avrebbe consentito al Consiglio di Stato di estendere le sue competenze legislative per regolamentare il settore dei traduttori giurati. Ha invece giudicato, in una sentenza del 2010 relativa al Cantone di Zugo, che era consentito concedere ai piccoli comuni, sulla base di una norma consuetudinaria cantonale, un diritto minimo di due seggi nel parlamento cantonale. 43

## 6. Autonomia comunale e altre garanzie cantonali (lett. e)

Il Tribunale federale conosce delle contestazioni per violazione dell'autonomia dei Comuni e delle altre garanzie accordate dai Cantoni alle corporazioni di diritto pubblico (cfr. anche l'art. 89 cpv. 2 lett. c LTF in relazione alla legittimazione ad agire). Si tratta del terzo caso specifico in cui la violazione del diritto cantonale può essere invocata in quanto tale. Sebbene il ricorso per violazione dell'autonomia comunale non fosse menzionato nella vecchia Costituzione federale del 29 maggio 1874, il Tribunale federale ne aveva comunque riconosciuto l'esistenza in una giurisprudenza costante. La lettera e rappresenta quindi una **codificazione della giurisprudenza**. 44

Le garanzie menzionate alla lettera e non sono specificatamente indicate nell'elenco dei motivi di ricorso dell'art. 95 LTF. Tuttavia, la possibilità di un tale ricorso non è messa in discussione, come indicato dal testo dell'art. 89 cpv. 2 lett. c LTF. Il Tribunale federale ritiene inoltre che l'autonomia comunale faccia parte dei **diritti costituzionali cantonali** ai sensi dell'art. 95 lett. c LTF. 45

La **Costituzione federale** garantisce l'autonomia comunale «nei limiti fissati dal diritto cantonale» (art. 50 cpv. 1 Cost.). Anche la maggior parte delle costituzioni cantonali la garantisce. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, i Comuni sono autonomi in un determinato settore quando il diritto cantonale non lo disciplina in modo esaustivo, ma ne delega interamente o parzialmente la regolamentazione ai Comuni stessi, concedendo loro una libertà decisionale relativamente ampia. Inoltre, come spiega il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale, il ricorso per violazione dell'autonomia comunale «si distingue dal ricorso per violazione dei diritti costituzionali per la qualità del ricorrente (il ricorso è presentato da un ente pubblico e non da un privato) e per la natura del motivo invocato (anche se 46

l'autonomia dei comuni e delle altre corporazioni di diritto pubblico ha la funzione di garantire una libertà, non costituisce tuttavia un diritto fondamentale dei privati nei confronti dello Stato) ».

47 La **portata dell'autonomia comunale** varia notevolmente da un cantone all'altro. La giurisprudenza ha ad esempio riconosciuto che i comuni che si ritengono lesi nella loro autonomia da un piano direttore cantonale possono – a differenza dei privati – impugnarlo direttamente o, in determinate circostanze, in via pregiudiziale sulla base dell'art. 89 cpv. 2 lett. c LTF. Essi hanno quindi la legittimazione ad agire per far valere la violazione della loro autonomia. In un'altra sentenza, il Tribunale federale ha stabilito che l'art. 84 cpv. 2 Cost./ZH, secondo cui lo scioglimento di un comune scolastico – che, come un comune politico, è un ente pubblico autonomo (art. 83 cpv. 3 Cost./ZH) – può essere deciso a maggioranza dei voti all'interno di tale comune, conferisce una garanzia di diritto cantonale ai comuni scolastici. Tale garanzia, che deriva dalla costituzione cantonale e che è garantita dalla Confederazione, è protetta da quest'ultima. I comuni scolastici possono quindi far valere, se del caso, che una disposizione legale cantonale contraria a tale garanzia viola il diritto di livello superiore (art. 89 cpv. 2 lett. c LTF). Inoltre, nel Cantone di Friburgo, la legislazione cantonale autorizza, o addirittura incarica, i comuni di regolamentare i settori della distribuzione dell'acqua potabile e della riscossione di una tassa di allacciamento sul loro territorio. Essi possono quindi avvalersi di una certa autonomia in questo settore.

48 La protezione dei diritti costituzionali riconosciuta ai comuni per difendere la loro autonomia è stata estesa solo ad alcune **corporazioni di diritto pubblico**, come la Chiesa evangelica del Cantone di San Gallo, la cui organizzazione può essere paragonata a quella di un comune, e l'Università di Losanna. È stata invece negata in particolare ai Servizi industriali ginevrini, all'Hospice général dello stesso cantone, al cantone di Vaud (CHUV), all'istituto cantonale di assicurazione e prevenzione del cantone di Neuchâtel, al cantone di Ginevra e all'aeroporto internazionale di Ginevra.

## 7. Diritti politici (lett. f)

49 Il Tribunale federale è competente a esaminare le contestazioni per violazione delle disposizioni federali e cantonali sui diritti politici. Si tratta dell'ultimo caso in cui la violazione del diritto cantonale può essere invocata

in modo autonomo (cfr. anche l'art. 95 lett. d LTF) . Come sottolinea Pascal Mahon, questo motivo di adizione del Tribunale federale in una lettera separata non era assolutamente necessario, nella misura in cui i diritti politici sono tutelati dall'**art. 34 Cost.**, disposizione che costituisce diritto federale ai sensi dell'art. 189 lett. a (cfr. N. 17 ss *supra*).

Ai sensi dell'art. 34 cpv. 1 Cost., i diritti politici sono garantiti. Tale garanzia 50
tutela la **libera formazione** dell'opinione dei cittadini e l'**espressione fedele e sicura** della loro volontà (art. 34 cpv. 2 Cost.). Il concetto di diritti politici comprende il diritto di voto e di eleggibilità (attivo e passivo), le operazioni di preparazione e di svolgimento delle votazioni (votazioni ed elezioni), il diritto di iniziativa e di referendum, nonché altre forme di partecipazione democratica. Il ricorso in materia di diritti politici tutela non solo i diritti politici individuali di ciascun cittadino, ma anche il corretto funzionamento del processo decisionale democratico.

È interessante notare che, sotto il regime della precedente Costituzione 51
federale, il Tribunale federale aveva solo competenze marginali in materia di diritti politici a livello federale. La riforma della giustizia ha introdotto un ricorso in materia di diritti politici a livello federale. La lettera f prevede quindi una « **innovazione sostanziale di rilievo** », nel senso che le competenze che erano state concesse al Consiglio federale e al Consiglio nazionale sono ora assunte dal Tribunale federale (cfr. art. 80 LDP).

Se, secondo il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale, l'obiettivo 52
perseguito era quello di «garantire ai diritti politici la stessa protezione *giudiziaria* in materia federale che in materia cantonale», tale obiettivo non è stato
raggiunto, come sottolinea giustamente François Chaix: non esiste infatti **alcun parallelismo**, poiché il ricorso contro gli atti dell'Assemblea federale in materia di validità di un'iniziativa popolare (art. 139 cpv. 3 Cost.) (cfr. N. 83 *infra*) e di informazione fornita dal Consiglio federale agli elettori (art. 10*a* LDP) è escluso dall'art. 189 cpv. 4 Cost. (cfr. N. 84 *infra*).

La LDP non prevede alcun rimedio giuridico che consenta di far valere 53
irregolarità note solo dopo una votazione federale. Il Tribunale federale ha tuttavia stabilito nella sua giurisprudenza che un «controllo giurisdizionale retrospettivo» è collegato all'art. 189 cpv. 1 lett. f Cost. . Esso è quindi competente, in ultima istanza, a conoscere dei ricorsi in cui la conformità di

una votazione federale alla Costituzione e alla legislazione federale è messa in discussione a causa di gravi irregolarità scoperte successivamente (su questa questione, cfr. anche N. 92 *infra*).

54 Secondo il Tribunale federale, le irregolarità di una votazione federale devono essere contestate in primo luogo dinanzi al **governo cantonale**, conformemente all'art. 77 LDP, anche se le conclusioni tratte o i fatti contestati esulano dalla competenza dell'autorità cantonale, che in tali casi pronuncerà una decisione di irricevibilità. Questa situazione non è soddisfacente; a nostro avviso, per ragioni di economia procedurale, dovrebbe essere ammesso il ricorso *omisso medio* (o «ricorso saltato» o «Sprungbeschwerde») direttamente al Tribunale federale. Va sottolineato che il messaggio del 30 aprile 2025 relativo alla modifica della legge federale sui diritti politici tiene conto di questo problema. Il Consiglio federale propone infatti di alleggerire i Cantoni prevedendo, in questo tipo di casi, la possibilità di ricorrere direttamente al Tribunale federale, il che richiederebbe anche un adeguamento della LTF. Questa revisione è benvenuta. Va inoltre ricordato che, in occasione di una causa relativa a un ricorso contro il ritiro di un'iniziativa popolare, il Tribunale federale ha ritenuto che motivi importanti giustificassero l'applicazione per analogia dell'art. 80 cpv. 2 e 3 LDP e di ammettere la possibilità di un ricorso diretto al Tribunale federale.

## B. Competenza giurisdizionale del Tribunale federale in caso di controversie tra la Confederazione e i Cantoni o tra Cantoni (cpv. 2)

### 1. Considerazioni generali

55 La competenza del Tribunale federale a decidere le controversie tra la Confederazione e i Cantoni o tra i Cantoni avrebbe potuto essere dedotta dall'art. 189 cpv. 1 Cost., in particolare dalle lettere a e c. Essa è stata ritenuta sufficientemente importante da essere menzionata separatamente nella Costituzione. Come spiega il messaggio relativo alla nuova Costituzione federale, è «importante per uno Stato federale che i conflitti che lo oppongono agli Stati membri o che oppongono questi ultimi tra loro siano trattati nell'ambito di una procedura giudiziaria ordinaria». È logico che spetti al Tribunale federale decidere su queste controversie che gli saranno sottoposte mediante **azione**, a condizione che non sia possibile ricorrere.

L'art. 189 cpv. 2 Cost. è un mandato rivolto al legislatore. Esso è concretizzato nell'art. 120 LTF (sul rapporto tra queste due disposizioni, cfr. N. 71 ss *infra*). Questa disposizione elenca, al suo cpv. 1, le controversie che possono essere oggetto di un'azione in **unica istanza** dinanzi al Tribunale federale. Si tratta di conflitti di competenza tra autorità federali e autorità cantonali (lett. a), nonché di controversie di diritto civile o pubblico tra Confederazione e Cantoni o tra Cantoni (lett. b). L'art. 120 cpv. 1 lett. a LTF (che tratta i conflitti di competenza) è una sottocategoria dell'art. 120 cpv. 1 lett. b LTF (che riguarda le controversie di diritto civile o pubblico). La lettera c dell'art. 120 cpv. 1 LTF ha una portata diversa: riguarda le azioni di responsabilità contro lo Stato che rientrano nella categoria delle altre competenze del Tribunale federale (art. 189 cpv. 3 LTF; N. 75 ss *infra*). 56

L'azione è **inammissibile** se un'altra legge federale autorizza un'autorità a pronunciarsi su tali controversie (art. 120 cpv. 2 LTF). In altri termini, la sussidiarietà del ricorso ai sensi dell'art. 120 cpv. 2 LTF impedisce i procedimenti diretti dinanzi al Tribunale federale. Per contro, quando la procedura per via di azione è ammissibile, non vi è più spazio per la procedura di ricorso. Va inoltre ricordato che l'azione è inammissibile anche quando è intentata da privati, poiché il testo degli art. 189 cpv. 2 Cost. e 120 cpv. 1 lett. a e b LTF menzionano chiaramente la Confederazione e i Cantoni. 57

La particolarità dell'azione risiede nel fatto che il Tribunale federale non è adito come ultima istanza di ricorso, dopo l'esaurimento dei mezzi di diritto, come avviene generalmente, ma come unica istanza. Esso è quindi tenuto a istruire personalmente le cause e ad accertare i fatti, il che non corrisponde al suo ruolo tradizionale, ovvero quello di una corte suprema (art. 188 cpv. 1 Cost.), e può anche contribuire al suo sovraccarico. Uno degli obiettivi della riforma della giustizia (revisione della Costituzione federale) e della revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale era proprio quello di **scaricare** il Tribunale federale da questi processi diretti. Pertanto, «[i]l non dovrà più funzionare come unica istanza solo nei casi in cui ragioni di politica generale lo richiedano [...]», vale a dire in particolare nelle controversie elencate all'art. 120 cpv. 1 LTF. 58

La procedura di ricorso ai sensi dell'art. 120 cpv. 1 lett. a e b LTF è **raramente utilizzata**. Anziché intentare un'azione, gli enti federati cercano piuttosto di risolvere le loro divergenze in modo informale sulla base dell'art. 44 cpv. 3 Cost. Questa disposizione prevede che le controversie tra i Cantoni o tra i 59

Cantoni e la Confederazione siano, per quanto possibile, risolte mediante negoziazione o mediazione.

## 2. Controversie

60 Come già indicato, le controversie ai sensi dell'art. 189 cpv. 2 Cost. possono riguardare conflitti di competenza o contestazioni di diritto civile o pubblico. Tali controversie sono **importanti** dal punto di vista del diritto costituzionale. Per quanto riguarda i conflitti di competenza, il ruolo del Tribunale federale consiste nell'esaminare se l'ordine di ripartizione delle competenze all'interno dello Stato federale sia stato rispettato, rispettivamente nel determinare quale collettività abbia il diritto di agire in un determinato ambito. Le controversie ai sensi dell'art. 189 cpv. 2 Cost. hanno la particolarità di opporre la Confederazione e i Cantoni (lett. a) o i Cantoni tra loro (lett. b).

### a. Tra autorità federali e cantonali

61 Nei rapporti tra autorità federali e cantonali esistono numerose leggi federali ai sensi dell'art. 120 cpv. 2 LTF che abilitano un'autorità federale a dirimere un conflitto di competenza o una contestazione con una decisione suscettibile di ricorso. Sul piano procedurale, la difficoltà principale consiste nell'identificare e, se del caso, interpretare le basi legali pertinenti per determinare se l'azione debba essere ammessa o se debba essere privilegiata la via del ricorso. In generale, nei rapporti tra autorità federali e cantonali, il Tribunale federale ritiene che l'azione debba essere ammessa solo in modo **restrittivo** e che **la via del ricorso debba essere preferita**. Di seguito presenteremo tre sentenze in cui il Tribunale federale è stato adito in merito a una controversia tra un'autorità federale e un'autorità cantonale (cfr. N. 62-64).

62 La sentenza ATF 136 IV 139 riguardava un conflitto negativo di competenza tra il Tribunale cantonale ticinese e il Tribunale penale federale (TPF), che si erano entrambi dichiarati incompetenti a statuire su una richiesta di rimozione dei sigilli su documenti sequestrati in uno studio legale presentata dal Ministero pubblico ticinese. Adito dal TPF con un ricorso, il Tribunale federale non era entrato nel merito, ritenendo che il conflitto di competenza avrebbe dovuto essere risolto mediante una **decisione di irricevibilità** del TPF impugnabile dinanzi al Tribunale federale ai sensi dell'art. 120 cpv. 2 LTF (cfr. N. 57 *supra*).

63 In una sentenza non pubblicata nella Raccolta ufficiale, il Tribunale federale è **entrato nel merito** di un conflitto di competenza relativo alla fissazione di un canone unico di allacciamento alla rete, controversia che opponeva la Confederazione Svizzera (ricorrente), rappresentata dal Dipartimento dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC), quest'ultimo rappresentato dalla Commissione federale dell'energia elettrica (ElCom), e il Cantone di Lucerna (la convenuta). Nel merito, il Tribunale federale aveva **accettato l'azione** ritenendo che l'ElCom non fosse competente a fissare o controllare i costi di allacciamento alla rete e i contributi alla rete; tale compito spettava alle autorità cantonali. Di conseguenza, era il Cantone di Lucerna ad essere competente per esaminare il credito invocato dal gestore della rete nei confronti di un consumatore finale.

64 La DTF 150 II 273 tratta una controversia di diritto pubblico tra la Confederazione e un Cantone (art. 120 cpv. 1 lett. b LTF). La controversia ha origine da una decisione del Segretariato di Stato della migrazione (SEM) di non versare più indennità forfettarie alla Repubblica e al Cantone di Neuchâtel in relazione alla presa in carico di un richiedente asilo, con la motivazione che il Cantone avrebbe mancato al suo dovere di procedere al trasferimento cosiddetto «Dublino» di tale richiedente entro il termine stabilito. Sulla questione della sua competenza, il Tribunale federale ricorda che dall'art. 120 LTF risulta che il ricorso dinanzi al Tribunale federale costituisce in linea di principio la via giurisdizionale ordinaria nelle controversie tra la Confederazione e i Cantoni; essa diventa invece sussidiaria rispetto al ricorso in materia di diritto pubblico (art. 82 segg. LTF) quando una legge speciale attribuisce a un'autorità diversa dal Tribunale federale la competenza di decidere su tale controversia mediante una decisione. Sottolinea che la giurisprudenza ha già avuto modo di riconoscere che spetta all'Ufficio federale della migrazione, oggi SEM, di decidere **mediante decisione** in merito al rimborso da parte della Confederazione delle spese sostenute dai Cantoni per l'alloggio dei richiedenti l'asilo. L'UMS dispone infatti di tale competenza in applicazione dell'art. 16 della legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità (LSu; RS 616.1). Di conseguenza, il Tribunale federale ritiene che ci si trovi in una situazione in cui una legge federale autorizza un'autorità amministrativa, nella fattispecie il SEM, a pronunciarsi su una controversia di diritto pubblico tra la Confederazione e un Cantone, cosicché tale controversia non può essere

oggetto di un ricorso dinanzi al Tribunale federale ai sensi dell'art. 120 cpv. 1 lett. b LTF, ma solo di un ricorso in materia di diritto pubblico in ultima istanza ai sensi dell'art. 120 cpv. 2 LTF. Esso ritiene inoltre che il ricorso fondato sull'art. 120 cpv. 2 LTF debba soddisfare esclusivamente le condizioni di cui al capitolo 4 della LTF e che non sia necessario esaminare le condizioni di cui agli art. 83 e 89 LTF. La decisione del Tribunale federale è motivata in particolare dal fatto che una sentenza di irricevibilità basata sugli articoli 83 o 89 LTF avrebbe come conseguenza quella di impedire alla più alta giurisdizione del Paese di pronunciarsi su determinati tipi di controversie insorte tra la Confederazione e i Cantoni o tra Cantoni, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 189 cpv. 2 Cost.

### b. Tra i Cantoni

65 Occorre innanzitutto sottolineare che, sebbene la LTF non menzioni all'art. 120 cpv. 1 lett. a LTF menziona solo i conflitti di competenza tra la Confederazione e i Cantoni, il Tribunale federale può essere adito anche in caso di conflitto di competenza intercantonale mediante **un'azione** ai sensi dell'art. 120 LTF, in mancanza di competenza di un'altra autorità che statuisca con decisione impugnabile dinanzi ad esso. Ciò risulta dal testo dell'art. 189 cpv. 2 Cost. e dal fatto che, come indicato in precedenza, un conflitto di competenza non è altro che una controversia. Va poi osservato che le competenze decisionali sembrano più delicate nei rapporti tra i Cantoni che nei rapporti tra le autorità federali e cantonali (cfr. N. 61 *supra*). È infatti difficile immaginare che un Cantone, nell'ambito di una controversia con un altro Cantone, sia autorizzato a prendere una decisione vincolante per l'altro Cantone interessato. Questa situazione sarà illustrata dalle due sentenze presentate di seguito (cfr. N. 66 e 67). D'altra parte, come dimostra l'ultima sentenza citata (cfr. N. 68 *infra*), occorre tenere presente che un'autorità federale può essere autorizzata a emettere una decisione vincolante per un Cantone nell'ambito di una controversia tra due Cantoni.

66 Nella DTF 141 III 84, il Tribunale federale si è occupato della designazione dell'autorità di protezione dei minori e degli adulti (di seguito: APMA) competente a livello intercantonale. Il Cantone di San Gallo e l'APEA dello stesso Cantone (di seguito: i ricorrenti) avevano presentato ricorso al Tribunale federale contro una decisione del Tribunale superiore del Cantone di Sciaffusa, che aveva constatato che l'APEA di Sciaffusa non era competente

a istituire una curatela a favore di A. e rinviato il caso all'APEA del Cantone di San Gallo per un ulteriore esame. Nelle loro conclusioni, i ricorrenti chiedevano al Tribunale federale di constatare che l'APEA del Cantone di San Gallo non era competente; in subordine, chiedevano che il loro ricorso fosse trattato come un'azione del Cantone di San Gallo contro il Cantone di Sciaffusa. Nel caso di specie, il Tribunale federale ha giudicato che l'art. 444 cpv. 4 CC non potesse essere considerato come un'abilitazione federale ai sensi dell'art. 120 cpv. 2 LTF, che consente all'autorità giudiziaria di ricorso di un Cantone di determinare, con effetto vincolante, la competenza di una CPEA di un altro Cantone, rendendo così inammissibile un'azione in materia di conflitti di competenza intercantonali tra CPEA. Ne ha concluso che, quando le APEA situate in Cantoni distinti non concordano sulla loro competenza, la loro controversia deve essere risolta mediante un'**azione** ai sensi dell'art. 120 cpv. 1 lett. b LTF (considerando 4.7). Di conseguenza, non ha dato seguito al ricorso. Lasciando infine irrisolta la questione se un'azione e un ricorso possano essere presentati nella stessa memoria o debbano essere introdotti separatamente, non ha dato seguito nemmeno all'azione, nella misura in cui né il ricorrente (rappresentato dal capo del Dipartimento dell'interno del Cantone di San Gallo) né il convenuto (rappresentato dall'APEA del Cantone di Sciaffusa) avevano esplicitamente giustificato il loro potere di rappresentare i Cantoni interessati.

Il Tribunale federale ha confermato la soluzione adottata nella DTF 141 III 84 67
in una sentenza del 2022. Ha precisato che, quando l'APEA adita in primo grado sottopone la questione della sua competenza all'istanza giudiziaria di ricorso, in applicazione dell'art. 444 cpv. 4 CC, sono possibili due esiti. In primo luogo, se l'istanza giudiziaria di ricorso ritiene che un'APEA extracantonale sia competente ai sensi dell'art. 444 cpv. 4 CC, sussiste un conflitto di competenza intercantonale negativo e l'unica via legale possibile è l'**azione** prevista dall'art. 120 cpv. 1 lett. b LTF; il Tribunale federale non entra nel merito di un ricorso diretto contro la decisione dell'istanza giudiziaria di ricorso. In secondo luogo, se l'istanza giudiziaria di ricorso conferma la competenza territoriale dell'APEA che le ha sottoposto la questione della sua competenza, non sussiste più un conflitto di competenza intercantonale e l'APEA è vincolata dalla decisione dell'istanza giudiziaria di ricorso cantonale, come nel caso dei conflitti di competenza intracantonali.

68 La DTF 136 IV 44 dimostra infine che, nell'ambito di una controversia tra Cantoni, occorre sempre esaminare se una legge federale autorizzi un'autorità a pronunciarsi su tale controversia. In questo caso, il Cantone di Berna aveva intentato un'azione contro il Cantone di Appenzello Esterno dinanzi al Tribunale federale in merito all' esecuzione in Svizzera di una sentenza penale emessa all'estero. Il Cantone di Berna concludeva che il Cantone di Appenzello Esterno era competente per far eseguire a X una pena detentiva pronunciata da una sentenza di un tribunale di Madrid e dichiarata esecutiva da una decisione di un tribunale di primo grado bernese. Il Tribunale federale ha **rifiutato di entrare nel merito dell'azione**. Ha ritenuto che l'Ufficio federale di giustizia dovrà decidere sulla questione della competenza sulla base dell'art. 104 cpv. 1 AIMP, mediante una decisione contro la quale il Cantone interessato potrà ricorrere al Tribunale federale, conformemente all'art. 120 cpv. 2 LTF.

### 3. Alcune osservazioni sulla giurisprudenza

69 La giurisprudenza del Tribunale federale citata nel capitolo precedente mostra che la procedura relativa alle controversie ai sensi dell'articolo 189 capoverso 2 Cost. può porre difficoltà ai Cantoni e alle autorità federali interessati. Infatti, l'individuazione della via legale corretta in un caso particolare non è sempre evidente e gli errori sono frequenti. In caso di dubbio, si raccomanda di agire sia per via dell'azione che per via del ricorso con due scritti separati.

70 Per quanto riguarda l'esame della competenza ai sensi dell'art. 444 CC, alcuni autori suggeriscono che il legislatore completi il cpv. 4 di tale disposizione per indicare esplicitamente che la decisione dell'autorità giudiziaria è vincolante per gli altri Cantoni. Per i motivi sopra menzionati (cfr. N. 65 *supra*), una tale soluzione sembra poco rispettosa della sovranità dei Cantoni. Quest'ultima è precisamente preservata dalla via dell'azione, che consente ai Cantoni di presentarsi dinanzi al Tribunale federale su un piano di parità.

### 4. Costituzionalità dell'art. 120 cpv. 2 LTF

71 Secondo Zheni Luks, l'art. 189 cpv. 2 Cost. **prescrive solo il ricorso**, e non il ricorso, come procedura da seguire per risolvere le controversie tra la Confederazione e i Cantoni o tra i Cantoni. Lo deduce in particolare dall'importanza e dalla natura delle controversie in questione, che richiedono

che solo il Tribunale federale sia competente a dirimere mediante un'azione, in unica istanza. Ritiene pertanto che l'art. 120 cpv. 2 LTF, che dispone che l'azione è inammissibile se un'altra legge federale autorizza un'autorità a pronunciarsi su tali contestazioni e se un *ricorso* contro tale decisione è ammissibile in ultima istanza dinanzi al Tribunale federale, non è conforme all'art. 189 cpv. 2 Cost. Pertanto, secondo la sua interpretazione di questa norma, il costituente non avrebbe consentito al legislatore di prevedere una via diversa da quella dell'azione per quanto riguarda tali controversie.

Non condividiamo questa opinione. Spetta al legislatore federale decidere se 72
tali controversie debbano essere risolte mediante un'azione o un ricorso. Si tratta di una questione di organizzazione giudiziaria che non trova posto nella Costituzione federale e che deve poter essere regolata nella LTF. Certo, la soluzione proposta da questa autrice, che raccomanda la via dell'azione per le controversie previste dall'art. 120 cpv. 1 lett. a e b LTF, offre maggiore chiarezza e riduce l'incertezza giuridica. Tuttavia, come abbiamo visto in precedenza, a volte può essere difficile determinare se un'altra legge federale autorizzi un'autorità a pronunciarsi su tali contestazioni; infatti, può capitare che il Tribunale federale non entri nel merito dei procedimenti sottoposti al suo esame (cfr. N. 62 e N. 66 *supra*). Il ricorso previsto dall'art. 120 cpv. 2 LTF è tuttavia conforme alla volontà di alleggerire il carico di lavoro del Tribunale federale, espressa più volte sia nel messaggio relativo a una nuova Costituzione federale che in quello concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale. L'art. 120 cpv. 2 LTF è quindi, a nostro avviso, **conforme all'art. 189 cpv. 2 Cost**.

## C. Altre competenze (cpv. 3)

L'art. 189 cpv. 3 Cost. consente al legislatore di estendere le competenze del 73
Tribunale federale. La dottrina non è unanime sulla natura di queste altre competenze, il che non sorprende dato che questa disposizione fornisce **poche indicazioni**. Pascal Mahon ritiene che questa norma non sembri riferirsi esclusivamente alle competenze giurisdizionali, ma anche ad altre competenze di natura legislativa o esecutiva. Oltre alle competenze giurisdizionali, Goran Seferovic non sembra escludere le competenze regolamentari o esecutive, nella misura in cui sono legate alle competenze giurisdizionali (art. 189 Cost.) o al diritto del Tribunale federale di

amministrarsi autonomamente (art. 188 cpv. 3 Cost.). Giovanni Biaggini giunge alla stessa conclusione, ma non menziona le competenze esecutive.

74 Il legislatore ha fatto ricorso al capoverso 3 nella **LTF** e in **altre leggi federali**. Ha conferito al Tribunale federale la competenza di esaminare, con pieno potere cognitivo, la violazione del diritto straniero (art. 96 LTF), nonché l'accertamento incompleto o errato dei fatti in materia di concessione o rifiuto di prestazioni in denaro dell'assicurazione contro gli infortuni o dell'assicurazione militare (art. 97 cpv. 2 LTF). Tra le altre competenze derivanti dal cpv. 3, si può ancora rilevare che il Tribunale federale è l'unica istanza di ricorso e di revisione delle sentenze arbitrali (art. 191 LDIP), che esercita la vigilanza sulla gestione del TPF, del TAF e del Tribunale federale dei brevetti (art. 1 cpv. 2 LTF) e che nomina i membri delle commissioni di stima (art. 59 cpv. 2, prima frase, LEx).

75 La competenza del Tribunale federale è stata estesa anche nell'ambito dei **processi diretti** (cfr. N. 55 ss *supra*) . Esso conosce, mediante azione in unica istanza, delle pretese relative al risarcimento dei danni o a un'indennità a titolo di riparazione morale risultanti dall'attività ufficiale delle persone di cui all'art. 1 cpv. 1 lett. a-c$^{bis}$ della legge federale del 14 marzo 1958 sulla responsabilità della Confederazione, dei membri delle sue autorità e dei suoi funzionari (LRCF; RS 170.32) (art. 120 cpv. 1 lett. c LTF), vale a dire i membri del Consiglio federale e il Cancelliere della Confederazione, i membri e i supplenti dei tribunali federali, nonché i membri dell'Autorità di vigilanza sul Ministero pubblico della Confederazione. L'art. 10 cpv. 2, prima frase, LRCF ha lo stesso contenuto dell'art. 120 cpv. 1 lett. c LTF. La procedura da seguire in questi casi è la seguente. Dopo aver presentato una richiesta di indennizzo al Dipartimento federale delle finanze (art. 20 cpv. 2 LRCF), la persona che si ritiene lesa deve agire dinanzi al Tribunale federale (art. 120 cpv. 1 lett. c LTF) quando tale richiesta è contestata dalla Confederazione o se quest'ultima non ha preso posizione entro un termine di tre mesi. Deve quindi presentare ricorso al Tribunale federale entro un termine di sei mesi (art. 20 cpv. 3 LRCF, art. 3 dell'ordinanza del 30 dicembre 1958 relativa alla legge sulla responsabilità [OLRCF; RS 170.321]).

76 Dall'entrata in vigore della LTF nel 2007, il Tribunale federale è stato adito circa 39 volte con **azioni di responsabilità contro la Confederazione** fondate sull'art. 120 cpv. 1 lett. c LTF (stato: marzo 2025). Di queste 39 sentenze, 22 azioni sono state dichiarate irricevibili, 12 sono state respinte

(anche nella misura della loro ricevibilità), mentre le restanti sono state cancellate dal ruolo perché diventate prive di oggetto o concluse con un ritiro o una transazione giudiziaria. È da notare il numero elevato di azioni dichiarate irricevibili e l'assenza di ammissioni. I casi di irricevibilità più frequenti riguardano azioni di responsabilità dello Stato intentate da privati contro membri di un'autorità cantonale che avrebbero dovuto essere presentate non direttamente al Tribunale federale, ma a un'autorità cantonale. Altri casi di irricevibilità riguardano ricorrenti che non invocano il comportamento illecito di un membro di un'autorità appartenente alla cerchia delle persone menzionate nell'art. 1 cpv. 1 lett. a-c$^{bis}$ LRCF.

La dottrina sottolinea infine che l'estensione delle competenze del Tribunale federale comporta dei **limiti**. L'art. 189 Cost. presuppone l'esistenza di una contestazione (cfr. N. 13 *supra*), il che implica che il capoverso 3 non costituisce una base legale che consentirebbe al legislatore di estendere la competenza del Tribunale federale all'emissione di pareri giuridici. Diversi autori ritengono quindi che la pratica dell'*obiter dictum*, locuzione latina che significa letteralmente «per inciso», ovvero un parere non utile alla soluzione della controversia, sia discutibile, se non addirittura incompatibile con la missione del Tribunale federale, che è quella di decidere solo sulle controversie che gli vengono sottoposte dalle parti. Tuttavia, una ricerca dimostra che il Tribunale federale vi ricorre spesso. È tuttavia vero che talvolta può essere utile ricorrervi nella pratica per esporre in modo esaustivo il problema giuridico da risolvere, delimitarlo o fornire ulteriori spiegazioni a un justiciable, anche se è opportuno darne un uso moderato. 77

## D. Atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale (cpv. 4)

### 1. Principio: non impugnabilità (prima frase)

Ai sensi dell'articolo 189 cpv. 4, prima frase, della Costituzione, gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere portati dinanzi al Tribunale federale. La versione francese di questo testo differisce dalle versioni tedesca e italiana, che precisano che tali atti non possono essere «**contestati**» («angefochten», «impugnati»). Questa differenza non è significativa; tuttavia, sarebbe stato più preciso utilizzare il verbo «contestare» anche nella versione francese, in riferimento alle altre due versioni linguistiche. 78

79 La **conseguenza** di questa disposizione è la seguente: se tali atti sono contestati dinanzi al Tribunale federale in un caso particolare, quest'ultimo deve pronunciare una decisione di irricevibilità. L'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. si distingue quindi dall'art. 190 Cost. Quest'ultima disposizione prevede l'obbligo di applicare le leggi federali e il diritto internazionale, e non un divieto di esame. Secondo la giurisprudenza, è possibile esaminare la costituzionalità di una legge federale in via pregiudiziale; ma se tale incostituzionalità viene constatata, la legge deve comunque essere applicata. Per contro, l'applicazione dell'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. vieta qualsiasi esame materiale e può solo portare a una non entrata nel merito da parte del Tribunale federale.

80 Questa limitazione delle competenze del Tribunale federale si basa sull'idea che l'Assemblea federale e il Consiglio federale prendono principalmente decisioni politiche, che non devono essere esaminate dal potere giudiziario per ragioni di **separazione dei poteri**. Durante i dibattiti parlamentari è stato sottolineato che il Tribunale federale non deve essere posto al di sopra del Consiglio federale e dell'Assemblea federale. Il capoverso 4 traccia così una linea di demarcazione tra il Tribunale federale e le due autorità politiche supreme della Confederazione. Esiste inoltre una stretta correlazione tra l'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. e l'art. 190 Cost., che perseguono lo stesso obiettivo: garantire la separazione dei poteri.

81 Per «**atti**» dell'Assemblea federale e del Consiglio federale si intendono non solo le decisioni individuali e concrete, ma anche le norme generali e astratte (atti normativi), ovvero le ordinanze del Consiglio federale e gli atti legislativi del Parlamento. L'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. include anche gli atti degli organi dell'Assemblea federale (art. 31 LParl) e delle delegazioni del Consiglio federale (art. 23 LOGA), precisando che queste ultime non hanno comunque alcun potere decisionale (art. 23 cpv. 2, seconda frase, LOGA).

82 È importante precisare che l'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. esclude un controllo diretto o astratto degli atti normativi dell'Assemblea federale o del Consiglio federale, indipendentemente dalla loro applicazione. Va notato che il Consiglio nazionale ha rifiutato di dare seguito a un'iniziativa parlamentare che chiedeva la creazione di basi legali che consentissero ai tribunali di procedere a un controllo astratto rapido delle norme relative alle ordinanze di necessità del Consiglio federale (art. 185 cpv. 3 Cost. in relazione all'art. 7*d* LOGA) e dell'Assemblea federale (art. 173 cpv. 1 lett. c Cost. in relazione all'art.

7*d* cpv. 3 LOGA). Per contro, non esclude che tali atti normativi possano essere oggetto di un controllo di conformità alla Costituzione o alla legge, in occasione dell'**esame di un caso particolare** (controllo indiretto o concreto). L'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. deve tuttavia essere letto in parallelo con l'art. 190 Cost., che prevede che il Tribunale federale e le altre autorità siano tenuti ad applicare le leggi federali e il diritto internazionale. Questa disposizione vieta di rifiutare l'applicazione di una legge federale contraria alla Costituzione, ma non impedisce di controllarne la conformità alla Costituzione (« Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot »).

Secondo l'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost., e salvo diversa disposizione di legge federale (cpv. 4, seconda frase; cfr. N. 86 ss *infra*), non sono **impugnabili** dinanzi al Tribunale federale le ordinanze dell'Assemblea federale o del Consiglio federale (cfr. tuttavia la possibilità per i Cantoni di contestarle mediante azione diretta ai sensi dell'art. 120 LTF, cfr. N. 93 *infra*), le leggi federali, le dichiarazioni del Consiglio nazionale, del Consiglio degli Stati o del Consiglio federale (art. 32 e 33 RCN; art. 27 e 28 RCE), gli atti elettorali dell'Assemblea federale, in particolare l'elezione dei membri del Consiglio federale, del Cancelliere o della Cancelliera della Confederazione, dei giudici del Tribunale federale e del generale (art. 168 cpv. 1 Cost.), ma anche quella dei giudici del Tribunale amministrativo federale, del Tribunale penale federale e del Tribunale federale dei brevetti (art. 168 cpv. 2 Cost. in relazione agli art. 5 cpv. 1 LTAF, 42 cpv. 1 LOAP e 9 cpv. 1 LTFB), l'approvazione dei trattati internazionali da parte dell'Assemblea federale (art. 166 cpv. 2 Cost.) e la loro ratifica da parte del Consiglio federale (art. 184 cpv. 2, prima frase, Cost.), la garanzia di una costituzione cantonale da parte dell'Assemblea federale (art. 172 cpv. 2 Cost.), la dichiarazione di validità o invalidità di un'iniziativa popolare da parte dell'Assemblea federale (art. 139 cpv. 3 Cost.), le decisioni della Commissione dell'immunità del Consiglio nazionale (art. 13*a* RCN) o della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati (art. 28*a* RCE) relative alle richieste di revoca dell'immunità dei membri dell'Assemblea federale (art. 17*a* cpv. 5 LParl), e i messaggi del Consiglio federale sui progetti di atti legislativi (art. 141 cpv. 1 LParl). 83

Sono considerati **atti immunizzati** ai sensi dell'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. anche le spiegazioni del Consiglio federale relative alle votazioni popolari (art. 11 cpv. 2 LDP), i video di voto pubblicati dalla Cancelleria 84

federale a complemento delle spiegazioni di voto del Consiglio federale, nella misura in cui corrispondono alle spiegazioni di voto adottate dal Consiglio federale (il che equivarrebbe a una verifica illegale delle spiegazioni di voto stesse), l'approvazione da parte del Consiglio federale dei piani direttori (art. 11 LAT), i divieti di ingresso o le espulsioni pronunciati dal Consiglio federale quando la salvaguardia degli interessi del Paese lo richiede (art. 184 cpv. 3 Cost.) o al fine di prevenire disordini esistenti o imminenti che minacciano gravemente l'ordine pubblico, la sicurezza esterna o interna (art. 185 cpv. 3 Cost.), le decisioni di revoca dei giudici del TAF, del TPF o del Tribunale federale dei brevetti pronunciate dall'Assemblea federale (art. 40*a* cpv. 1 lett. a e cpv. 3 LParl; art. 10 LTAF; art. 49 LOAP; art. 14 LTFB), nonché la decisione del Consiglio federale di avviare una procedura di consultazione e di mettere in vigore la revisione parziale dell'ordinanza sulla caccia del 1° novembre 2023 (RU 2023 622, n. IV pag. 4).

85 Infine, occorre essere consapevoli dell'esistenza di una **tensione** tra il principio di non contestabilità derivante dall'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost., da un lato, e – tra gli altri – gli art. 6, 13 CEDU e 29*a* Cost., dall'altro. Il primo vieta il ricorso al Tribunale federale per determinati atti, mentre i secondi garantiscono il diritto di accesso a un tribunale, il diritto a un ricorso effettivo e l'accesso al giudice.

## 2. Eccezioni: impugnabilità (seconda frase)

86 L'art. 189 cpv. 4, seconda frase, Cost. consente al legislatore di prevedere **eccezioni** alla non impugnabilità degli atti dell' Assemblea federale e del Consiglio federale. Tale eccezione non figurava nel progetto del Consiglio federale. È stata introdotta dalla Commissione del Consiglio degli Stati e poi adottata dallo stesso Consiglio nella seduta del 5 marzo 1998. Il relatore aveva sottolineato che il legislatore federale aveva così la possibilità di lasciare la competenza là dove lo riteneva politicamente giusto. D'altra parte, i dibattiti sono stati particolarmente intensi nel Consiglio nazionale. Una proposta di minoranza, che alla fine non è stata adottata, auspicava che le decisioni individuali e concrete del Consiglio federale potessero essere esaminate dal Tribunale federale. Un parlamentare, che sosteneva questa proposta, ha sottolineato che era necessario accettare una deroga al principio della separazione dei poteri, poiché una delle regole fondamentali del nostro Stato di diritto è che gli atti individuali e concreti delle autorità esecutive, ovvero le

decisioni in caso di controversia, devono essere almeno esaminati da un'autorità giudiziaria. Un altro parlamentare sosteneva invece che il Consiglio federale doveva poter prendere decisioni puramente politiche che non fossero soggette a controllo, cosa che non sarebbe più stata possibile con la proposta di minoranza. Infine, l'intervento del consigliere federale Arnold Koller, che ha assicurato che il Consiglio federale desiderava in linea di principio liberarsi di tutti i compiti giudiziari, è stato senza dubbio determinante per respingere di misura la proposta minoritaria. Va sottolineato che l'eccezione prevista dall'art. 189 cpv. 4, seconda frase, Cost. può essere messa in relazione con la riforma della giustizia, accettata in occasione di una votazione popolare il 12 marzo 2000, che ha introdotto in particolare un nuovo diritto fondamentale che garantisce l'accesso al giudice (art. 29*a* Cost. in vigore dal 1° gennaio 2007).

Per ragioni politiche, il legislatore ha in gran parte rinunciato a prevedere eccezioni ai sensi dell'art. 189 cpv. 4 Cost. Come eccezione alla non impugnabilità degli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale, si può citare l'**art. 33 lett. a e b LTAF**, che prevede che alcune decisioni del Consiglio federale e degli organi dell'Assemblea federale possano essere oggetto di ricorso dinanzi al TAF. Si tratta in particolare delle decisioni prese in materia di rapporti di lavoro del personale della Confederazione, compreso il rifiuto di autorizzare l'azione penale (lett. a). 87

La violazione della garanzia di accesso al giudice (art. 29*a* Cost.) è quindi **attenuata** dalla possibilità lasciata al legislatore di prevedere delle eccezioni. Il Tribunale federale ha inoltre sottolineato che, se il legislatore non intende aprire la via del ricorso al Tribunale federale contro le decisioni di divieto d'ingresso pronunciate dal Consiglio federale in virtù dell'art. 189 cpv. 4, seconda frase, Cost., spetta al Consiglio federale, quando l'esistenza di una via di ricorso è richiesta dall'art. 13 CEDU, rinunciare all'esercizio della competenza decisionale conferitagli dalla Costituzione e lasciare al Dipartimento o all'Ufficio federale di polizia la responsabilità di prendere la decisione di prima istanza. 88

È tuttavia evidente che i meccanismi sopra menzionati non consentono di colmare tutte le lacune in materia di **tutela giurisdizionale**. Da un lato, è illusorio pensare che il legislatore possa prevedere tutti i casi in cui deve essere resa possibile una contestazione dinanzi a un'autorità giudiziaria. Dall'altro lato, il Consiglio federale potrebbe decidere di esercitare egli stesso 89

una competenza decisionale che gli è conferita dalla Costituzione e non lasciare la decisione di prima istanza al Dipartimento o all'Ufficio federale di polizia, ritenendo erroneamente che il diritto internazionale non imponga alcun diritto di ricorso in un caso particolare. È quindi importante sottolineare che un diritto di ricorso contro le decisioni prese dall'Assemblea federale o dal Consiglio federale può derivare dall'applicazione del diritto internazionale, in particolare dall'art. 6 cpv. 1 CEDU o dall'art. 13 CEDU, anche se nella legge non è prevista alcuna eccezione ai sensi dell'art. 189 cpv. 4, seconda frase, Cost. Citeremo i tre esempi seguenti (cfr. N. 90, 91 e 92 *infra*).

90 Nella sentenza denominata «PKK», il Tribunale federale era stato adito con un ricorso contro una decisione del Consiglio federale di confisca di materiale propagandistico del Partito dei lavoratori del Kurdistan. Si poneva la questione se il Tribunale federale potesse entrare nel merito del ricorso, essendo esclusa la sua competenza in virtù delle disposizioni della vecchia legge federale del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria (OJ; RO 60 269). Il Tribunale federale aveva in particolare ritenuto che la confisca di materiale propagandistico per motivi legati alla sicurezza esterna e interna riguardasse diritti e obblighi di carattere civile ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 CEDU. Aveva poi giudicato che, in caso di conflitto, il **diritto internazionale prevale in linea di principio sul diritto nazionale**, in particolare quando la norma di diritto internazionale mira a proteggere i diritti umani. Pertanto, nonostante le disposizioni della precedente OJ, il Tribunale federale ha ritenuto di dover entrare nel merito del ricorso, basandosi sull'art. 6 par. 1 CEDU.

91 L'Assemblea federale è competente a **revocare i giudici dei tribunali federali di prima istanza** (art. 10 LTAF; art. 49 LOAP; art. 14 LTFB). Tuttavia, come abbiamo visto, le decisioni prese dall'Assemblea federale non possono essere impugnate ai sensi dell'art. 189 cpv. 4 Cost. Il legislatore non ha previsto alcuna eccezione in questo ambito. Secondo i criteri stabiliti nella sentenza *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, che si applicano alla revoca di un giudice, devono essere soddisfatte cumulativamente due condizioni per escludere la protezione dell'art. 6 par. 1 CEDU: in primo luogo, il diritto interno dello Stato interessato deve aver espressamente escluso l'accesso a un tribunale per quanto riguarda la posizione o la categoria di dipendenti in questione; in secondo luogo, tale deroga deve basarsi su motivi oggettivi legati

all'interesse dello Stato. La seconda condizione non sarà in linea di principio soddisfatta. Infatti, come già stabilito dalla Corte EDU nella sentenza *Grzęda c. Polonia*, l'impossibilità per un giudice di «accedere a una garanzia fondamentale per la tutela di un diritto difendibile di natura civile strettamente legato alla salvaguardia dell'indipendenza della giustizia non può essere considerata nell'interesse di uno Stato di diritto». La revoca costituisce quindi una procedura disciplinare che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU. La dottrina e la Commissione amministrativa del Tribunale federale sottolineano che questa constatazione potrebbe rivelarsi problematica, nella misura in cui la revoca di un giudice rientrerebbe negli atti dell'Assemblea federale non suscettibili di giustiziabilità. In questo caso, il primato del diritto internazionale dovrebbe quindi dispiegare tutti i suoi effetti e obbligare il Tribunale federale a entrare nel merito di tale contestazione. Va notato che l'unica misura disciplinare prevista dal diritto vigente nei confronti dei giudici dei tribunali federali di prima istanza è la loro revoca da parte dell'Assemblea federale, il che è insoddisfacente. Alla luce di questa constatazione, la Commissione della gestione del Consiglio degli Stati (sostenuta dalla Commissione della gestione del Consiglio nazionale) ha presentato, il 23 gennaio 2025, un'iniziativa parlamentare volta a elaborare le basi legali per l'introduzione di una vigilanza disciplinare sui giudici dei tribunali federali. In un parere giuridico commissionato dalle Commissioni di gestione al fine di determinare il margine di manovra costituzionale e legale per l'introduzione di tale controllo, è stato proposto in particolare di creare un Consiglio superiore della magistratura che «consentirebbe [...] di risolvere la spinosa questione del ricorso contro un'eventuale decisione di revoca».

92 Come abbiamo visto sopra (cfr. N. 84 *supra*), le **spiegazioni del Consiglio federale** non possono essere direttamente impugnate dinanzi al Tribunale federale sulla base dell'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. Tuttavia, il Tribunale federale ha ritenuto che «lo stato delle informazioni complessive prevalente al momento di una votazione popolare può [...] essere oggetto di contestazione». In una sentenza successiva ha precisato che tale eccezione si applica solo in casi eccezionali, quando è possibile una tutela retroattiva equivalente a un riesame. Secondo la sua giurisprudenza, il diritto al controllo della regolarità di una votazione federale e alla tutela giuridica retroattiva può essere dedotto direttamente dall'art. 29 cpv. 1 Cost. (in combinato disposto con l'art. 29*a* Cost.) «quando un'influenza massiccia e decisiva sul voto popolare è emersa

solo in un secondo momento, dopo eventuali procedimenti di ricorso e dopo la decisione di convalida dello scrutinio da parte del Consiglio federale». Nella fase di ammissibilità del ricorso, occorre rendere verosimile l'esistenza di un errore grave. Resta comunque il fatto che il Tribunale federale ha esteso il suo controllo giurisdizionale in materia di diritti politici a questo particolare motivo di ricorso. Secondo questa giurisprudenza, l'oggetto della controversia non sono quindi le spiegazioni del Consiglio federale, ma lo stato delle informazioni complessive prevalente al momento di una votazione popolare. Se un autore sottolinea che il Tribunale federale ha «superato i limiti dell'art. 189 cpv. 4 Cost.», un altro va oltre, rilevando che esso ha esercitato il potere di valutazione che spetta esclusivamente al legislatore federale ai sensi del capoverso 4.

93 La maggioranza della dottrina ammette infine che, nell'ambito dei **processi diretti** (cfr. N. 55 ss *supra*), un Cantone può adire direttamente il Tribunale federale contro una decisione o un'ordinanza del Consiglio federale o dell'Assemblea federale. Il principio di non impugnabilità di cui all'art. 189 cpv. 4, prima frase, Cost. non si applicherebbe quindi ai processi diretti. Si potrebbe infatti ritenere che gli articoli 189 capoverso 2 Cost. e 120 capoverso 1 lettere a e b LTF costituiscano delle eccezioni ai sensi dell'articolo 189 capoverso 4, seconda frase, Cost..

*Informazioni sull'autore*

*Jérôme Gurtner ha conseguito un dottorato in giurisprudenza presso l'Università di Neuchâtel e un certificato di specializzazione (CAS) in magistratura. Attualmente è cancelliere presso la Corte I del Tribunale amministrativo federale. Le sue ricerche e pubblicazioni vertono in particolare sul diritto della professione forense, la trasparenza nell'amministrazione, il diritto delle nuove tecnologie e, più in generale, il diritto pubblico. Insegna nell'ambito del CAS «Diritto e intelligenza artificiale» dell'Università di Neuchâtel e coedita il commento online della legge federale sul principio della trasparenza nell'amministrazione. L'autore invita i lettori a inviare eventuali osservazioni all'indirizzo: contact@jeromegurtner.ch.*

*L'autore desidera ringraziare Pascal Mahon, professore emerito dell'Università di Neuchâtel, Jean Perrenoud, giurista-documentalista, gli*

*editori di questo commento, Odile Ammann e Stefan Schlegel, nonché i due revisori anonimi, per i loro suggerimenti e l'attenta rilettura.*

*La presente pubblicazione riflette esclusivamente il punto di vista dell'autore e non quello del Tribunale amministrativo federale.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Biaggini Giovanni, art. 189 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Chaix François, art. 189 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Mahon Pascal, art. 189 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Reich Johannes, art. 189 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2025.

## BIBLIOGRAPHIE

Ammann Odile, Domestic Courts and the Interpretation of International Law – Methods and Reasoning Based on the Swiss Example, Leiden 2019.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 2016.

Bergamin Florian, Die Stadt im Bundesstaat, Berne 2024.

Biaggini Giovanni, art. 189 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 72 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 9 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Bieri Peter/Grosjean Michelle Angela/Wyss Karl-Marc, Altersgrenze und Rechtsschutz bei Richterwahlen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2021/1.

Bieri-Evangelisti Peter, Die Legitimation bei der abstrakten Normenkontrolle : Braucht es ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ? in : recht 2025 p. 36-50.

Boillet Véronique, art. 11 ALCP, in : Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (édit.), Code annoté de droit des migrations – Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Vol. 3, Berne 2014.

Bolkensteyn Arun, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Berne 2014.

Bovey Grégory, art. 95 LTF, in : Girardin Aubry Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Cavin Pierre, Le Tribunal fédéral suisse, in : Revue internationale de droit comparé, Vol. 30, No 1, 1978, p. 345-362.

Chabloz Isabelle/Copt Corinne, art. 444 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Code civil I, Commentaire Romand, 2e éd., Bâle 2023.

Chaix François, art. 189 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Chaix François, Les motifs du recours en matière de droit public, in : Bohnet François/Tappy Denis (édit.), Dix ans de loi sur le Tribunal fédéral, Neuchâtel/Bâle 2017, p. 187-223 (Les motifs du recours).

Chancellerie fédérale, Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération, version du 15 juillet 2025, https://perma.cc/XN4Q-TF28, consulté le 27 septembre 2023.

Chappuis Benoît/Gurtner Jérôme, La profession d'avocat, Zurich 2021.

Chatton Gregor T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Zurich 2014.

Collette Marlène, Commentaire de l'arrêt du TF 2C_694/2022 du 21 décembre 2023, in : Newsletter IFF 3/2024, https://perma.cc/ZY4Z-GSSF, consulté le 9 mars 2025.

Commission administrative du Tribunal fédéral, Surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer, Lausanne 2023, https://perma.cc/53PR-REZH, consulté le 31 mars 2025 (cité : CA-TF 2023).

Donzallaz Yves, art. 120 LTF, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Donzallaz Yves, art. 5 LTF, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Donzallaz Yves, La protection judiciaire des juges contre la non élection, la non-réélection ou la révocation, in : De Rossa Federica/Bovey Grégory/Hurni Christoph (édit.), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 189-223.

Donzallaz Yves, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008.

Dubey Jacques, art. 9 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, 2e éd., Bâle 2024.

Egli Patricia, Introduction to Public International Law, 3e éd., Zurich 2024.

Gavillet Aurélie, art. 11 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Grodecki Stéphane, art. 29*a* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Gunjic Ivan/Kords Natascha, Art. 191 Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 29.07.2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv191.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10e éd., Zurich 2020.

Haller Walter, art. 169 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014.

Hertig Randall Maya/Chatton Gregor, Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in : Heckendorn Urscheler Lukas (édit.), Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014, Zurich 2014, p. 289-348.

Hofstetter David, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Zurich 2014.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in : PJA 2013, p. 774-781.

Jeannerat Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel, Bâle 2018.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, Berne 2022.

Kaufmann Mathias, Der öffentlichrechtliche Anspruch – unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht, Zurich 2015.

Kaufmann Mathias, Die « Big 4 » vor Bundesgericht, in: Jusletter 15 septembre 2025.

Kaufmann Mathias, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, in : Jusletter du 16 octobre 2017.

Kiener Regina/Durrer Beatrice/Fässler Stéphanie/Knüssel Melanie, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte des Bundes, Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 07.11.2007, in JAAC 2008 n° 25 p. 316.

Kiener Regina/Durrer Beatrice/Fässler Stéphanie/Knüssel Melanie, Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 28.01.2008, in JAAC 2008 n° 26 p. 350.

Kley Andreas, art. 72 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Kocher Martin, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen. Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien, Berne 2018.

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich 2013.

Kradolfer Matthias, Art. 29*a* Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 25.07.2023, https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv29a.

Lammers Guillaume, La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Berne 2015.

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Berne 2022.

Mahaim Raphaël, art. 73 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Mahon Pascal, Les tribunaux dans la nouvelle Constitution fédérale et le rôle du juge, entre indépendance de la justice, État de droit et démocratie, in : «Justice - Justiz - Giustizia» 2025/1 (cité : Les tribunaux).

Mahon Pascal, art. 189 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel Volume I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3e éd., Bâle 2014.

Mahon Pascal, Remarques liminaires relatives au Chapitre 4 : Tribunal fédéral et autres autorités judiciaires, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : Remarques liminaires).

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : l'État, 4e éd., 2021.

Marguin Julien, La justiciabilité : essai critique sur un critère de la démocratie constitutionnelle, Thèse, 2021, https://perma.cc/X9P9-UN5A, consulté le 2 mars 2025.

Martenet Vincent, art. 8 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Martenet Vincent, La reconnaissance de droits fondamentaux non écrits, in : De Rossa Federica/Bovey Grégory/Hurni Christoph (édit.), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 671-686.

Martenet Vincent/von Büren Théophile, art. 34 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 27 septembre 2023.

Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/fr, consulté le 27 septembre 2023.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I : Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.

Mösching Fabian, commentaire de l'art. 75*b* Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 4.11.2023, https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv75b.

Moser-Szeless Margit, art. 49 PA, in : Bellanger François/Candrian Jérôme/Madeleine Hirsig-Vouilloz (édit.), Loi fédérale sur la procédure administrative, Commentaire Romand, Bâle 2024.

Müller Markus, Verhältnismässigkeit – Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel, in : Uhlmann Felix (édit.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung – 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zurich 2019, p. 7-32.

Office fédéral de la justice, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5e éd., entièrement révisée et complétée, Berne 2025, https://perma.cc/U84V-XDRG, consulté le 1er mars 2025.

Pellaton Nicolas, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Neuchâtel 2016.

Reich Johannes, art. 189 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4e éd., Bâle 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2025.

Tanquerel Thierry, Avis de droit concernant la surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer, le 2 février 2024, https://perma.cc/HAR7-58EH.

Tappy Denis, L'histoire éclaire la loi : les règles actuelles limitant le pouvoir d'examen au sujet des faits du Tribunal fédéral comme autorité de recours et leur histoire, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2025/3.

Thurnherr Daniela, Rechtsgutachten im Rahmen der Inspektion « Aufsicht des Bundesgerichts über die erstinstanzlichen Bundesgerichte – gesetzgeberischer Handlungsbedarf » im Auftrag der

Geschäftsprüfungskommissionen von National- und Ständerat, le 29 janvier 2024, https://perma.cc/3RUB-8UXT.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021.

Waldmann Bernhard, art. 120 LTF, in : Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2018.

Wüger Daniel, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005.

Wurzburger Alain, art. 120 LTF, in : Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014.

Wurzburger Alain, Le Tribunal fédéral – Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges, Genève 2011.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit administratif et procédure administrative, Traité, Vol. I : Partie générale, Bâle 2025.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit administratif et procédure administrative, Traité, Vol. II : Procédure et justice administratives, Bâle 2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

# Art. 191 Cost.

Un commentario di Ivan Gunjic / Natascha Kords

CITAZIONE SUGGERITA

Ivan Gunjic/Natascha Kords, Commentario all'art. 191 Cost., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (a cura di), Commentario online alla Costituzione federale

Breve citazione: OK-Gunjic/Kords, art. 191 Cost. N. XXX.

**Art. 191 Possibilità di adire il Tribunale federale**

[1] La legge garantisce la possibilità di adire il Tribunale federale.

[2] Può prevedere un valore litigioso minimo per le controversie che non concernono una questione giuridica d'importanza fondamentale.

[3] In determinati settori speciali, la legge può escludere la possibilità di adire il Tribunale federale.

[4] La legge può prevedere una procedura semplificata per ricorsi manifestamente infondati.

# STRUTTURA

I. Genesi ..... 1447
II. Fondamenti ..... 1447
A. Scopo ..... 1447
B. Contesto costituzionale ..... 1448
C. Attuazione nella legge ..... 1449
III. Commento in senso stretto ..... 1450
A. Garanzia dell'accesso (cpv. 1) ..... 1450
B. Limiti del valore della controversia (cpv. 2) ..... 1452
1. Principio ..... 1452
2. Eccezione: questioni giuridiche di importanza fondamentale ..... 1453
C. Esclusione di materie (cpv. 3) ..... 1455
1. Situazione costituzionale ..... 1455
2. Valutazione del diritto vigente ..... 1456
3. Tentativi di riforma ..... 1459
D. Procedura semplificata (cpv. 4) ..... 1460
Letture consigliate ..... 1461
Bibliografia ..... 1461
I Materiali ..... 1464

# I. GENESI

La regolamentazione completa dell'accesso al Tribunale federale contenuta nell'articolo 191 Cost. risale alla **riforma della giustizia** approvata dal popolo e dai Cantoni il 12 marzo 2000 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2007. Le Costituzioni del 1848 e del 1874 attribuivano ancora espressamente al Tribunale federale singole competenze materiali secondo il principio di enumerazione. Ora l'art. 191 Cost. incarica il legislatore di garantire l'accesso al Tribunale federale e lo autorizza al contempo a stabilire ostacoli all'accesso (cfr. n. 3). 1

L'art. 191 Cost. era uno degli aspetti **più controversi** della riforma della giustizia ed è il risultato di una ponderazione tra l'esigenza di mantenere il più possibile aperto l'accesso al Tribunale federale e quella di proteggerlo da un sovraccarico di lavoro. Il Consiglio federale aveva inizialmente proposto di garantire l'accesso alla Corte suprema nazionale solo nella misura in cui si ponessero questioni giuridiche di importanza fondamentale o l'esito del procedimento avesse conseguenze gravi per una delle parti. La Commissione costituzionalista del Consiglio degli Stati voleva invece garantire l'accesso solo in caso di controversie su questioni giuridiche di importanza fondamentale. La Commissione costituzionale del Consiglio nazionale ha invece optato per una soluzione opposta, concedendo al legislatore la facoltà di limitare l'accesso al Tribunale federale solo in casi di importanza secondaria o in caso di ricorsi manifestamente privi di prospettive di successo. Sono state necessarie due procedure di appello per l'armonizzazione delle divergenze prima che l'art. 191 Cost. fosse finalmente approvato. 2

# II. FONDAMENTI

## A. Scopo

L'art. 191 Cost. costituisce il quadro costituzionale per l'istituzione da parte del legislatore di barriere all'accesso al Tribunale federale. **Le barriere all'accesso** sono ostacoli procedurali nel procedimento di ricorso volti a impedire che le autorità di ricorso siano adite per controversie che non sono adatte ad essere giudicate dall'autorità di ricorso o che potrebbero sovraccaricarla. Le norme procedurali e di merito emanate in base all'art. 188 3

cpv. 2 Cost., come ad esempio i requisiti formali per i ricorsi secondo l'art. 42 LTF, possono sì soddisfare lo stesso scopo. Esse servono però in primo luogo a formalizzare la procedura dinanzi al Tribunale federale fissando regole uniformi. Gli ostacoli all'accesso non hanno una funzione di formalizzazione comparabile. Si tratta piuttosto di veri e propri ostacoli procedurali volti a escludere determinati tipi di controversie dal giudizio del Tribunale federale.

## B. Contesto costituzionale

4 La valutazione delle controversie che non sono adatte ad essere trattate dal Tribunale federale o che potrebbero sovraccaricarlo si basa su una comprensione preliminare delle sue **funzioni**, che deriva dal contesto costituzionale dell'art. 191 Cost. Il legislatore si rifà a tale contesto quando limita l'accesso al Tribunale federale.

5 Il punto di partenza è la posizione del Tribunale federale quale «autorità giudiziaria suprema della Confederazione» (art. 188 cpv. 1 Cost.) e quindi le sue funzioni specifiche di **tribunale supremo**. Con questa designazione, la Costituzione assegna al Tribunale federale, da un lato, un ruolo centrale nella salvaguardia dell'uniformità del diritto e nel suo sviluppo. La sua prassi deve quindi servire da linea guida per il resto del sistema giudiziario (funzione direttrice). Dall'altra parte, da questa designazione deriva che il Tribunale federale deve essere competente in ultima istanza per la tutela giuridica nei singoli casi. In particolare, quando sono oggetto di un procedimento beni giuridici importanti o violazioni palesi del diritto, il Tribunale federale deve poter intervenire in modo correttivo nei singoli casi (funzione di riserva). Le funzioni del Tribunale federale sono inoltre definite dalle sue competenze materiali di cui all'art. 189 Cost.

6 Inoltre, in qualità di massima autorità giudiziaria interna, il Tribunale federale riveste un'importanza particolare nella concretizzazione e nell'applicazione dell'**ordinamento dei diritti fondamentali**. Poiché il legislatore è tenuto a garantire i diritti fondamentali nella sua attività legislativa, deve tener conto di questa funzione del Tribunale federale quando limita l'accesso alla giustizia. Inoltre, le garanzie speciali di ricorso, che in realtà non sono concepite per i tribunali supremi con cognizione limitata, possono indurre il legislatore a mantenere aperto l'accesso al Tribunale federale fintantoché il procedimento dinanzi all'autorità precedente non soddisfa i requisiti corrispondenti. Ad esempio, la garanzia di ricorso in materia penale garantiva l'accesso al

Tribunale federale in qualità di autorità penale federale di seconda istanza fino all'istituzione della Corte d'appello del Tribunale penale federale.

La riforma della giustizia si basava sul presupposto che il funzionamento del Tribunale federale fosse compromesso da un carico di lavoro eccessivo. Tuttavia, un aumento del personale del Tribunale è stato categoricamente respinto. Il legislatore costituzionale temeva che, in caso contrario, l'uniformità del diritto sarebbe stata compromessa e il Tribunale federale avrebbe potuto degenerare in una «fabbrica di giurisprudenza». Essa partiva dal presupposto che le sue funzioni di giudice supremo potessero essere garantite solo attraverso una maggiore **concentrazione**. L'articolo 191 Cost. consente al legislatore di indirizzare l'attenzione del Tribunale federale sulle controversie essenziali in questo contesto, servendo così anche l'interesse di un'adempimento efficace ed economico dei compiti. 7

## C. Attuazione nella legge

Con l'emanazione della legge sul Tribunale federale (LTF) – elaborata dopo l'adozione della riforma della giustizia, ma entrata in vigore contemporaneamente a quest'ultima il 1° gennaio 2007 – il legislatore ha introdotto delle barriere all'accesso ai sensi dell'art. 191 Cost. Come mostra la tabella sottostante, la LTF limita l'accesso al Tribunale federale esclusivamente nell'ambito dei tre **ricorsi unici ordinari** previsti nel capo 3 della LTF. Per i ricorsi in materia civile e in materie di diritto pubblico affini al diritto civile, essa prevede limiti di valore litigioso. Alcuni ambiti sono esclusi dal ricorso, in particolare quelli elencati nell'elenco delle esclusioni del ricorso di diritto pubblico. 8

| | *Ricorso in materia civile* | *Ricorso in materia penale* | *Ricorso in materia di diritto pubblico* |
|---|---|---|---|
| *Esclusione di materie* | Decisioni contro marchi in procedura di opposizione (art. 73) | Decisioni della Corte d'appello del Tribunale penale federale ... ad eccezione | Elenco ai sensi dell'art. 83 Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (art. 84) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | delle misure coercitive (art. 79) | Assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale (art. 84a) |
| *Limiti del valore della controversia* | Limite generale del valore della controversia<br>...con disposizioni speciali per il diritto del lavoro e il diritto di locazione<br>...con eccezioni (art. 74) | - | Responsabilità dello Stato e rapporti di lavoro pubblico<br>...ad eccezione delle questioni di diritto fondamentale (art. 85) |

*Tabella: Ostacoli all'accesso nella LTF*

9 **Non sussistono ostacoli all'accesso** per il ricorso costituzionale sussidiario di cui al capitolo 5 della LTF, che è stato creato esclusivamente per colmare lacune nella tutela giuridica nell'ambito dei ricorsi ordinari (cfr. n. 27). Non sono previste restrizioni nemmeno per l'azione e i rimedi straordinari di cui ai capitoli 6 e 7 della LTF. Inoltre, le restrizioni del ricorso di diritto pubblico non si applicano al controllo astratto delle norme e al ricorso in materia di diritto di voto (art. 82 lett. b e lett. c LTF).

## III. COMMENTO IN SENSO STRETTO

### A. Garanzia dell'accesso (cpv. 1)

10 L'art. 191 cpv. 1 Cost. formula un **incarico al legislatore** di garantire l'accesso al Tribunale federale. Il cpv. 1 non fonda diritti individuali e non è direttamente giustiziabile. Tuttavia, i materiali dimostrano che il mandato di garanzia dovrebbe «limitare» il margine di manovra del legislatore. Si tratta di un mandato «materiale» che offre una «certa garanzia». In origine, l'accesso al Tribunale federale avrebbe dovuto essere garantito solo in caso di questioni giuridiche fondamentali e di gravi svantaggi per le parti in causa. Il Parlamento ha però rapidamente elevato il mandato di garanzia da un'eccezione per

questi due casi strettamente legati all'esercizio delle funzioni giurisdizionali supreme a un principio generale, senza limitarne il carattere vincolante.

Il significato pratico del mandato di garanzia è controverso nella dottrina. A nostro avviso, ne deriva in primo luogo un principio di**interpretazione favorevole all'accesso** alle barriere all'accesso. Il principio interpretativo si basa sul presupposto che il legislatore garantisce l'accesso al Tribunale federale, a meno che non esprima chiaramente la sua intenzione di derogare al suo mandato costituzionale di cui al capoverso 1. Se quindi con i metodi di interpretazione riconosciuti non è possibile determinare un significato chiaro delle barriere all'accesso nella legge, queste devono essere interpretate, a nostro avviso, in modo tale che l'accesso al Tribunale federale rimanga il più aperto possibile. Il principio riveste particolare importanza nell'interpretazione dell'elenco delle eccezioni di cui all'art. 83 LTF, che presenta talvolta un ampio margine di interpretazione (cfr. n. 25). 11

È altresì controverso se il legislatore possa limitare l'accesso al Tribunale federale con **altri mezzi** oltre ai limiti di valore litigioso e alle esclusioni per materia di cui all'art. 191 cpv. 2 e 3 Cost. Contro tale competenza depone il fatto che durante i lavori consultivi è stata respinta una proposta che avrebbe espressamente autorizzato il legislatore a emanare «condizioni di accesso speciali». Inoltre, la commissione del Consiglio nazionale era del parere che gli commi 2 e 3 dovessero essere intesi in modo restrittivo. A nostro avviso, tuttavia, queste considerazioni storiche passano in secondo piano rispetto all'argomento funzionale secondo cui, per l'ammissibilità di una restrizione, deve essere determinante in primo luogo il suo effetto sull'accesso al Tribunale federale. Sono quindi ammessi altri mezzi di restrizione, purché siano meno restrittivi delle esclusioni di materie espressamente ammesse, cosa che dovrebbe verificarsi regolarmente. 12

Due forme particolari di restrizione dell'accesso sono soggette a disposizioni speciali. Si tratta, da un lato, della cosiddetta «**procedura di accettazione**», in cui un tribunale accetta solo le controversie che ritiene ammissibili a sua libera discrezione o in base a determinati criteri legali. A livello internazionale, alcune corti supreme decidono in modo autonomo sulle questioni di admissibilità, come ad esempio la Corte Suprema degli Stati Uniti. Il trasferimento legale di un'autonomia così ampia al Tribunale federale non sarebbe, a nostro avviso, compatibile con l'articolo 1, che attribuisce al legislatore – e non al Tribunale federale – il compito di garantire l'accesso. 13

Durante le discussioni costituzionali è stato espresso il timore che il Tribunale federale potesse limitare l'accesso in misura maggiore rispetto a quanto previsto dall'articolo 191 Cost. Riteniamo tuttavia che vi sia spazio per l'introduzione nella legge di una procedura di accettazione, a condizione che questa sia subordinata a criteri di ammissibilità predefiniti e limitata a determinati ambiti. Ciò vale in particolare per la cosiddetta «**procedura di rinvio**», che autorizza o obbliga i tribunali inferiori a sottoporre determinate questioni giuridiche a un tribunale superiore, come avviene ad esempio dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'introduzione di una tale procedura a livello costituzionale è stata esaminata approfonditamente in Svizzera – contrariamente alla procedura di accettazione, che è stata menzionata nel messaggio solo come opzione ipotizzabile, ma poi non è stata perseguita – e alla fine è stata scartata. A nostro avviso, la sua introduzione nella legge è quindi da escludere. Le procedure di esame preliminare per l'archiviazione di ricorsi manifestamente infondati sono del resto ammesse senza ulteriori discussioni. Esse rientrano nel campo di applicazione dell'art. 191 cpv. 4 Cost.

## B. Limiti del valore della controversia (cpv. 2)

### 1. Principio

14 L'art. 191 cpv. 2 Cost. autorizza il legislatore a prevedere limiti del valore della controversia, ossia valori minimi, per il Tribunale federale. Il **valore della controversia** è l'espressione monetaria dell'oggetto della controversia in un procedimento giudiziario. Lo scopo dei limiti del valore della controversia è quello di escludere le controversie su importi di denaro di modesta entità. Solo le questioni patrimoniali possono essere quantificate in termini monetari. Secondo il Tribunale federale, una questione patrimoniale sussiste «quando il fondamento giuridico della pretesa controversa risiede nel diritto patrimoniale e il ricorso persegue in ultima analisi e prevalentemente uno scopo economico». Il perseguimento di uno scopo economico non presuppone la richiesta di pagamento di una somma di denaro da parte delle parti. In tali casi, il Tribunale federale può piuttosto determinare il valore della controversia a sua discrezione. Il calcolo del valore della controversia nella legge è disciplinato dall'art. 51 LTF.

Dal punto di vista costituzionale, i limiti del valore della controversia sono ammessi in tutti i **settori del diritto**. Il LTF prevede tuttavia limiti del valore della controversia solo nel diritto civile e nei settori del diritto pubblico affini al diritto civile. Una proposta del Consiglio federale volta ad escludere dal ricorso al Tribunale federale i ricorsi contro multe di importo esiguo è stata respinta dal Parlamento. I limiti del valore della controversia nel diritto pubblico non sono infatti privi di problemi. L'amministrazione della giustizia pubblica serve a far valere gli interessi pubblici e svolge quindi funzioni che vanno oltre la semplice risoluzione della controversia. Il valore litigioso delle controversie di diritto pubblico non è quindi generalmente quantificabile. Nel procedimento penale, inoltre, l'entità pecuniaria di una pena non è sempre correlata alla sua gravità. 15

Ai sensi dell'art. 74 cpv. 1 LTF, per il ricorso in **materia civile** vale un limite generale del valore litigioso pari a CHF 30'000 (lett. b). Sono escluse le controversie in materia di diritto del lavoro e di locazione, per le quali il limite è fissato a CHF 15'000 (lett. a). Il privilegio concesso a questi due ambiti risale al principio della protezione sociale. Secondo il Tribunale federale, una «controversia in materia di diritto del lavoro» è una controversia tra un datore di lavoro e un lavoratore che ha origine da un rapporto di lavoro. Le «controversie in materia di diritto di locazione» comprendono le controversie relative alla locazione di locali commerciali o abitativi. Non sono invece comprese le controversie derivanti da contratti di affitto o dalla locazione di beni mobili. 16

L'art. 85 cpv. 1 LTF prevede limiti di valore per il ricorso in **materia di diritto pubblico** nei settori della responsabilità dello Stato (CHF 30'000) e dei rapporti di lavoro di diritto pubblico (CHF 15'000). Per «responsabilità dello Stato» si intende la responsabilità delle collettività pubbliche per i danni causati. Il diritto della responsabilità dello Stato è modellato sul diritto civile della responsabilità civile e comprende sia il diritto generale della responsabilità dello Stato sia le disposizioni speciali in materia di responsabilità. I «rapporti di lavoro di diritto pubblico» sono rapporti di lavoro che non si basano sul diritto privato, ma sul diritto pubblico del personale. 17

## 2. Eccezione: questioni giuridiche di importanza fondamentale

Ai sensi dell'art. 191 cpv. 2 Cost., non possono essere previsti limiti di valore litigioso per le controversie che sollevano questioni giuridiche di importanza 18

fondamentale. L'art. 74 cpv. 2 lett. a e l'art. 85 cpv. 2 LTF attuano questa eccezione. La Costituzione e la legge rinunciano tuttavia consapevolmente a una definizione legale del concetto. È comunque evidente che per «questione di diritto» si intende l'interpretazione controversa di una norma la cui violazione può essere impugnata dinanzi al Tribunale federale. Dal messaggio concernente la LTF risulta che la questione di diritto deve avere «importanza fondamentale» per l'ordinamento giuridico in generale e non solo per la procedura concreta. Una questione di principio deve quindi poter servire da **precedente** per molti casi simili, anche se il singolo caso appare irrilevante. È irrilevante che la decisione abbia un'importanza soggettivamente elevata per una parte o che il valore della controversia in questione non sia stato raggiunto di poco.

19 Il messaggio relativo alla LTF distingue **tre categorie** di questioni giuridiche di importanza fondamentale. Il primo gruppo comprende questioni giuridiche che non sono mai state giudicate dal Tribunale federale. Queste sono di importanza fondamentale per l'unità dell'ordinamento giuridico se sono state giudicate in modo contraddittorio dalle istanze precedenti o se sono indicative per la prassi delle istanze precedenti, ovvero se è prevedibile che saranno oggetto di giudizio in molti casi analoghi. Una questione giuridica ha poi un'importanza fondamentale per l'unità del diritto se l'autorità precedente la decide in contraddizione con la prassi della Corte suprema. Infine, una questione giuridica già decisa ha un'importanza fondamentale per il contenuto materiale dell'ordinamento giuridico se il Tribunale federale ritiene opportuno riesaminare la sua prassi precedente in materia.

20 Il Tribunale federale è **più restrittivo** nella **prassi**. Una questione giuridica ha quindi importanza fondamentale per l'unità del diritto solo «se sussiste un interesse generale e urgente a che una questione controversa sia chiarita dalla Corte suprema al fine di garantire un'applicazione e un'interpretazione uniformi del diritto federale e di eliminare così una notevole incertezza giuridica». Una questione non è invece fondamentale solo perché il Tribunale federale non si è mai pronunciato in merito o perché esistono contraddizioni nella giurisprudenza delle istanze precedenti. Il Tribunale federale tiene conto, ad esempio, del fatto che la questione possa essere rilevante in una pluralità di altri casi e se nella dottrina vi sia accordo sulla questione di diritto. La revisione di una linea giurisprudenziale esistente può essere motivata in

particolare da critiche significative nella dottrina, da modifiche legislative o da sviluppi internazionali.

Il Tribunale federale tiene conto anche dell'**ipotetico svolgimento del procedimento**. Se una questione giuridica può essere esaminata nell'ambito di un ricorso costituzionale sussidiario con lo stesso grado di cognizione, secondo la giurisprudenza non può sussistere una questione di principio. Inoltre, il Tribunale federale tende a riconoscere l'importanza fondamentale di una questione giuridica quando è molto improbabile che essa sia sottoposta al Tribunale federale in un altro caso. Come giustamente rilevato dalla dottrina, viceversa, l'elevata probabilità che la stessa questione giuridica sia sottoposta in futuro al Tribunale federale con un valore litigioso più elevato non è contraria al suo significato fondamentale. 21

La LTF contiene due **disposizioni procedurali particolari** per le questioni giuridiche di importanza fondamentale. Da un lato, il Tribunale federale non deve cercare autonomamente gli indizi che indicano l'esistenza di una questione di diritto di importanza fondamentale, ma può basarsi sulle argomentazioni delle parti. La parte che sostiene l'esistenza di una questione di diritto di importanza fondamentale deve quindi motivare perché la questione è importante (art. 42 cpv. 2 LTF). Dall'altro, si applicano norme particolari per la composizione della corte. Le questioni di diritto di importanza fondamentale sono giudicate da cinque giudici federali invece che da tre come di consueto, ad eccezione dei ricorsi contro le decisioni delle autorità cantonali di sorveglianza in materia di esecuzione e fallimento (art. 20 cpv. 2 LTF). 22

## C. Esclusione di materie (cpv. 3)

### 1. Situazione costituzionale

L'art. 191 cpv. 3 Cost. autorizza il legislatore a escludere l'accesso al Tribunale federale per determinate materie. Nella LTF, i settori esclusi sono spesso definiti mediante nozioni giuridiche che si basano su una fonte di diritto materiale unitaria (ad es. decisioni relative all'«omologazione di veicoli» ai sensi dell'art. 12 LCR o all'«iscrizione nella lista d'attesa» per i trapianti di organi ai sensi dell'art. 21 LTP). La Costituzione non pone tuttavia alcun limite al legislatore nella scelta dei possibili **punti di riferimento** per la definizione di un settore. Le esclusioni di materie nel LTF si riferiscono quindi anche a 23

concetti giuridici indeterminati di carattere interdisciplinare («sicurezza interna o esterna del Paese») e alle istanze precedenti del Tribunale federale («decisioni della Corte d'appello del Tribunale penale federale»).

24 I **limiti** dell'autorizzazione di cui al capoverso 3 sono controversi. È comunque unanime il parere che il legislatore non possa escludere interi rami del diritto – come il diritto penale in quanto tale – dall'accesso al Tribunale federale, poiché il capoverso 3 lo autorizza solo ad escludere «determinati» ambiti materiali. A nostro avviso, occorre applicare un criterio più rigoroso. L'esclusione di un settore può compromettere in modo significativo la posizione costituzionale del Tribunale federale (cfr. n. 4 segg.) ancor prima di riguardare un intero ramo del diritto. Il legislatore non è libero di eludere tale posizione, in particolare a causa del mandato di garanzia. A nostro avviso, dalle vaghe basi costituzionali non è possibile dedurre un limite chiaro per le esclusioni di materie. La Costituzione offre tuttavia un quadro di riferimento per valutare la costituzionalità di esclusioni specifiche nel diritto vigente.

## 2. Valutazione del diritto vigente

25 La LTF esclude dall'accesso al Tribunale federale alcuni ambiti, in particolare nel settore dei **ricorsi di diritto pubblico**. Tali esclusioni non seguono una logica uniforme, ma sono espressione di decisioni legislative singole vagamente collegate tra loro. In parte sono state riprese dal diritto precedente. Particolare rilevanza pratica riveste l'elenco delle eccezioni di cui all'art. 83 LTF, che contiene, in linea di massima, esclusioni nel settore della migrazione e delle infrastrutture, nonché esclusioni con riferimenti di natura patrimoniale, politica e di altro tipo. A ciò si aggiungono le esclusioni nel settore dell'assistenza amministrativa e giudiziaria ai sensi degli art. 84 e 84a LTF, nonché alcune esclusioni per il Tribunale amministrativo federale ai sensi dell'art. 32 cpv. 1 LTF, che vanno oltre la LTF e quindi escludono indirettamente anche l'accesso al Tribunale federale. Inoltre, l'art. 79 LTF esclude in larga misura dalla competenza del Tribunale federale le decisioni della Camera d'impugnazione del Tribunale penale federale. Nel diritto civile vale solo l'esclusione puntuale per i marchi ai sensi dell'art. 73 LTF.

26 La compatibilità di una determinata esclusione di un settore specifico con la Costituzione dipende in primo luogo dalla sua **portata**. Da un lato è determinante l'importanza delle questioni giuridiche oggetto dell'esclusione e il loro contenuto in relazione all'ordinamento dei diritti fondamentali. Quanto

più importanti sono le questioni giuridiche oggetto dell'esclusione e quanto più forte è il loro riferimento ai diritti fondamentali, tanto più problematica è l'esclusione dal punto di vista della salvaguardia delle funzioni di giudice supremo del Tribunale federale (considerazione qualitativa). D'altro canto, l'obiettivo perseguito dal legislatore costituzionale di alleggerire il carico di lavoro del Tribunale federale dipende dal volume di casi connessi al trattamento delle questioni oggetto dell'esclusione. Da questo punto di vista, un'esclusione è tanto più auspicabile dal punto di vista costituzionale quanto più alleggerisce il carico di lavoro del Tribunale federale (considerazione quantitativa). Il carico di lavoro in un settore dipende anche dalla natura delle questioni giuridiche che si presentano. Tuttavia, essa è determinata in primo luogo da altri fattori, come il numero di casi che si presentano in tale settore. La valutazione qualitativa e quella quantitativa costituiscono quindi approcci distinti per valutare la costituzionalità delle esclusioni. A nostro avviso, la soluzione più compatibile con entrambi gli approcci è quella di limitare l'accesso al Tribunale federale alle questioni giuridiche importanti. Già oggi, infatti, la LTF esclude, nell'ambito di determinate esclusioni, le «questioni giuridiche di importanza fondamentale» e i «casi particolarmente importanti» ai sensi delle contromisure. Gli sforzi di riforma nell'ambito della revisione della LTF del 2018 andavano nella stessa direzione (cfr. n. 30).

27 Le esclusioni per materia hanno effetti diversi nel sistema dei rimedi giuridici del LTF, a seconda che la decisione esclusa provenga da un'autorità cantonale o federale. Il motivo è il **ricorso costituzionale sussidiario**, con cui è possibile verificare la violazione di diritti costituzionali nelle decisioni delle ultime istanze cantonali, qualora sia escluso il ricorso ordinario (art. 113-119 LTF). Il ricorso sussidiario a la Costituzione costituisce un'eccezione alle barriere di accesso, che risale principalmente alla preoccupazione del legislatore di garantire la funzione di controllo del Tribunale federale sulle autorità cantonali nel campo dei diritti costituzionali. Per «diritti costituzionali» si intendono le disposizioni costituzionali che garantiscono all'individuo una sfera di protezione contro gli interventi dello Stato o che, accanto agli interessi pubblici, tutelano almeno in via complementare gli interessi individuali. Tra questi figurano in particolare anche le disposizioni costituzionali cantonali e determinati principi dello Stato di diritto.

28 Ai fini della costituzionalità delle esclusioni è rilevante anche il **motivo dell'esclusione** da parte del legislatore. Quasi sempre gioca un ruolo

importante la protezione del Tribunale federale dal sovraccarico di lavoro. Un altro motivo frequente di esclusione è l'inadeguatezza di una materia al controllo giurisdizionale, ad esempio perché ha carattere politico o presenta componenti discrezionali prevalenti. L'obiettivo di accelerare i procedimenti riveste particolare importanza nel settore dell'assistenza amministrativa e giudiziaria tra autorità, dove l'accesso al Tribunale federale è in gran parte escluso per facilitare l'esecuzione delle misure di assistenza. Tutti questi motivi costituiscono motivi costituzionalmente legittimi per l'esclusione di determinati ambiti. Sono invece discutibili dal punto di vista costituzionale i riferimenti occasionalmente fatti dal legislatore al carattere tecnico di determinati ambiti, all'ampio margine di discrezionalità delle autorità precedenti o alla qualità del procedimento dinanzi a queste ultime. Il riferimento alle tradizioni giuridiche esistenti è convincente solo nel caso della giurisdizione militare, la cui esclusione era chiaramente voluta dal legislatore costituzionale.

29 Alla luce di quanto sopra esposto, la questione della compatibilità con la Costituzione di esclusioni specifiche di materie può essere valutata sulla base dello **schema di verifica** riportato di seguito. Riteniamo che il diritto vigente presenti due problemi in particolare. In primo luogo, a causa delle ampie esclusioni previste dall'art. 83 lett. b-d LTF, in assenza di ricorso costituzionale il Tribunale amministrativo federale sostituisce di fatto il Tribunale federale in alcuni settori del diritto dei migranti. Questa circostanza è in netto contrasto con il ruolo costituzionale del Tribunale federale, tanto più che il diritto dei migranti presenta uno stretto legame con i diritti fondamentali. Il secondo problema è l'aumento del carico di lavoro del Tribunale federale, soprattutto in materia penale.

i. Qual è la portata dell'esclusione?

- Rilevanza e riferimento ai diritti fondamentali delle questioni giuridiche oggetto dell'esclusione?
- Effetto di alleggerimento

ii. L'esclusione è compensata?

- Controeccezioni?
- Ricorso di incostituzionalità?

iii. Su quali motivi legislativi si basa l'esclusione e quale peso costituzionale hanno tali motivi?

*Schema di verifica: compatibilità delle esclusioni di materie con la Costituzione*

## 3. Tentativi di riforma

30 Il Consiglio federale ha fatto valutare l'amministrazione della giustizia federale negli anni 2008-2013. È giunto alla conclusione che le questioni giuridiche di importanza fondamentale non giungono sempre al Tribunale federale e che quest'ultimo deve occuparsi in parte di casi di poco conto. Allo stesso tempo, esistono lacune nella competenza del Tribunale federale. Nel 2018 il Consiglio federale ha quindi proposto una revisione fondamentale della LTF. Da un lato, le esclusioni relative a determinati ambiti dovrebbero essere ampliate. In cambio, il Tribunale federale dovrebbe mantenere una cosiddetta «**competenza residua**» per giudicare «questioni giuridiche di importanza fondamentale» e «casi particolarmente importanti», ad eccezione della politica estera e di sicurezza, dell'asilo e di determinate controversie in materia di diritto delle telecomunicazioni. Il significato esatto di questi due concetti doveva essere precisato in un elenco contenuto nella legge (cfr. art. 89b LTF). Inizialmente il Consiglio federale aveva previsto anche la soppressione del ricorso sussidiario a costituzione. A seguito delle forti critiche sollevate in sede di consultazione, in cui si temeva una limitazione della tutela giuridica nel settore dei diritti costituzionali, il Consiglio federale ha tuttavia ritirato questa proposta. La grande revisione della LTF è comunque fallita nel 2020 a causa dell'opposizione del Consiglio nazionale all'estensione delle esclusioni per materia.

31 Poco dopo il fallimento della revisione, sono stati ripresi gli sforzi di riforma. In adempimento al postulato Caroni del 2 dicembre 2020, il 24 gennaio 2024 il Consiglio federale ha presentato un rapporto in cui si è espresso a favore di una **procedura in due fasi**. Da un lato, ha mantenuto la revisione di ampia portata della LTF, ma ha deciso di attendere il dibattito parlamentare e di non intraprendere per il momento alcuna azione in tal senso. Dall'altro, ha avviato una revisione di piccola portata della LTF, che dovrebbe apportare miglioramenti puntuali e politicamente indiscussi alla LTF. Il 6 dicembre 2024 il Consiglio federale ha aperto la consultazione sulla piccola revisione della

LTF. Egli propone esclusivamente modifiche redazionali relative all'accesso al Tribunale federale.

## D. Procedura semplificata (cpv. 4)

32 L'articolo 191 cpv. 4 Cost. autorizza il legislatore a prevedere una procedura semplificata per i ricorsi manifestamente infondati. Non si tratta di una restrizione dell'accesso, ma semplicemente di un **tipo speciale di procedura**. Un ricorso è «manifestamente infondato» quando è evidente fin dall'inizio che la violazione del diritto invocata non sussiste. Ciò vale in particolare quando non sussistono dubbi sull'interpretazione della legge, sia in virtù di un testo legislativo chiaro sia in virtù di una giurisprudenza costante. In origine, il cpv. 4 avrebbe dovuto autorizzare il legislatore a escludere completamente dal ricorso al Tribunale federale i ricorsi manifestamente infondati. La versione attuale del cpv. 4 è stata scelta per garantire che in tali casi i ricorrenti ricevano almeno una breve motivazione che soddisfi i requisiti dell'art. 29 cpv. 2 Cost.

33 La LTF prevede **due tipi** di procedura semplificata. Il Tribunale federale decide innanzitutto in composizione individuale e con una breve indicazione dei motivi di irricevibilità sui ricorsi manifestamente irricevibili, manifestamente infondati, abusivi o temerari (art. 108 LTF). In secondo luogo, con una motivazione sommaria, ma in composizione regolare di tre giudici (cfr. art. 20 cpv. 1 LTF), decide su determinate decisioni di non entrata in materia e, all'unanimità, sul rigetto di ricorsi manifestamente infondati e sull'accoglimento di ricorsi manifestamente fondati (art. 109 LTF). In tal modo, la LTF va oltre il testo dell'articolo 4, che prevede la procedura semplificata solo per i ricorsi manifestamente infondati. Tuttavia, l'art. 188 cpv. 2 Cost. offre già una base costituzionale sufficiente per la soluzione scelta dal legislatore.

*Gli autori*

*Ivan Gunjic, MLaw, è cancelliere presso il Tribunale amministrativo federale.*

*Natascha Kords, MLaw, LL.M, lavora attualmente come cancelliera presso un tribunale distrettuale di Zurigo. Ha conseguito il MLaw presso l'Università di Zurigo e il LL.M. presso il King's College di Londra nel 2023. In precedenza ha lavorato per un anno presso la cattedra del Prof. Dr. Kiener.*

## LETTURE CONSIGLIATE

Aeschlimann Arthur, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 2008, S. 397 ff.

Brenci Alessandro, De la question juridique de principe, La traduction de l'autorité judiciaire suprême; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral, Zürich 2015.

Bundesamt für Justiz, Übersicht und Dokumentation zu den Rechtsetzungsprojekten «Reform der Bundesverfassung», «Justizreform», «Totalrevision der Bundesrechtspflege», «Bundesgerichtsgesetz I» (grosse Revision) und «Bundesgerichtsgesetz II» (kleine Revision).

Portmann Urs (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2007.

Schweizer Rainer J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit: Ein heikler Schritt mit gewissen Unwägbarkeiten und Problemen, Justice - Justiz - Giustizia 4 (2018).

## BIBLIOGRAFIA

Aeschlimann Arthur, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 2008, S. 397–415.

Aubry Girardin Florence, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Bacher Bettina/Belser Eva Maria, Kommentiertung zu Art. 109 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 74 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Donzallaz Yves, Kommentierung zu Art. 85 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Fontana David, Docket Control and the Success of Constitutional Courts, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Massachusetts 2011, S. 624–641.

Frésard Jean-Maurice, Kommentierung zu Art. 51 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Frey Michael, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Diss., Weblaw, Bern 2017.

Geering Florian/Schamberger Una, Dauert das noch lange?, in: Bukovac Jasmina/Hunkemöller Pia/Zubler Clio (Hrsg.), Wie die Zeit vergeht, APARIUZ XXV, Zürich 2024, https://doi.org/10.36862/eiz-719.

Häberli Thomas, Kommentierung zu Art. 83 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Hänni Julia/Meyer Lukas Xaver, Kommentierung zu Art. 74 und Art. 85 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Heinzmann Michel, Kommentierung zu Art. 51 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Lienhard Andreas/Kettiger Daniel, Research on the caseload management of courts: methodological questions, Utrecht Law Review 7 (2011), S. 66–73, https://doi.org/10.18352/ulr.147.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kiener Regina, § 21: Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 285–316.

Kiener Regina, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), BTJP 2006, Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, S. 219–280.

Kiss Christina/Koller Heinrich, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Koller Heinrich, Kommentierung zu Art. 1 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Kradolfer Matthias, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 25.7.2023, https://doi.org/10.17176/20230725-154435-0.

Kuhn André/Jeanneret Yvan, L'accès au Tribunal fédéral sera-t-il dorénavant réservé aux prévenus fortunés?, Jusletter vom 1. Februar 2016.

Misic Alexander, Verfassungsbeschwerde: das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), Diss., Zürich 2011.

Müller Jörg Paul, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39, S. 621–645.

Oesch Matthias, Europarecht Band I, 3. Aufl., Zürich 2024.

Reich Johannes, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 35 BV und Einleitung zur Justizverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Schweizer Rainer J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Ein heikler Schritt mit gewissen Unwägbarkeiten und Problemen, Justice - Justiz - Giustizia 4 (2018).

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Seiler Hansjörg, Kommentierung zu Art. 82, Art. 85 und Art. 109 BGG, in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

Tappy Denis, Le recours en matière civile, in: Portmann Urs (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2007, S. 59 ff.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Vock Dominik, Kommentierung zu Art. 74 BGG, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), Praxiskommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.

Walter Hans Peter, Justizreform, in: Gauch Peter/Thürer Daniel (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf, 2002, S. 129–148.

von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas, in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

## I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1998, Vierte Sitzung, 5.3.1998, Bundesverfassung. Reform, S. 253 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20043854.pdf?id=20043854.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1998, Fünfzehnte Sitzung, 25.6.1998, Bundesverfassung. Reform, S. 1453 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20044163.pdf?id=20044163.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1999, Achte Sitzung, 9.6.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 1011 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20045976.pdf?id=20045976.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1999, Zwölfte Sitzung, 6.10.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 2048 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046528.pdf?id=20046528.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1999, Erste Sitzung, 30.8.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 606 ff., https://

www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046369.pdf?id=20046369.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1999, Zwölfte Sitzung, 7.10.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 979 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046870.pdf?id=20046870.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 2005, Sechste Sitzung, 8.3.2005, Bundesrechtspflege. Totalrevision, S. 117 ff., https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_05_03.pdf.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 2019, Neunte Sitzung, 17.12.2019, Bundesgerichtsgesetz. Änderung, S. 1206 f., https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48149.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 2020, Fünfte Sitzung, 5.3.2020, Bundesgerichtsgesetz. Änderung, S. 155 ff., https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48529.

Bericht des Bundesrates vom 30.10.2013 über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, BBl 2013 9077 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2013/1810/de.

Bericht des Bundesrates vom 24.1.2024 in Erfüllung des Postulates 20.4399 Caroni vom 2. Dezember 2020, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2024-01-24.html.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 24.9.1965 über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, BBl 1965 II 1265 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1965/2_1265_1301_1029/de.

Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de.

Botschaft vom 28.2.2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de.

Botschaft
vom 20.10.2010 zum zweiten Teil der Bahnreform 2, BBl 2011 911 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/131/de.

Botschaft vom 15.6.2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, BBl 2018 4605 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/1655/de.

Bundesbeschluss vom 12.3.2000 über das vollständige Inkrafttreten der Justizreform, AS 2006 1059, https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2006/185/de.

Bundesratsbeschluss vom 17.5.2000 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. März 2000, BBl 2000 2990 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2000/615/de.

Entwürfe der Verfassungskommissionen, Entwurf der Verfassungskommission des Nationalrates (VK-N) vom 21.11.1997, Vorlage C, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf.download.pdf/bv-vekomm-d.pdf.

Entwürfe der Verfassungskommissionen, Entwurf der Verfassungskommission des Ständerates (VK-S) vom 27.11.1997, Vorlage C, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf.download.pdf/bv-vekomm-d.pdf.

Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 6.12.2024 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens «Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes» (EJPD-Bericht), https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/90956.pdf.

Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, Juni 1997, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf.

Alle aufgeführten Links wurden zuletzt besucht am 1.1.2025