



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

Perizia giuridica sulla decisione del Tribunale federale 145 I 73

All'attenzione della
Commission fédérale contre le racisme CFR
Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR
Commissione federale contro il razzismo CFR Inselgasse 1, CH-3003 Berna

Prof. Dr. Eva Maria Belser / Liliane Minder, MLaw, avvocata

Dicembre 2019

Université de Fribourg
Institut du Fédéralisme Av. Beauregard 1
CH-1700 Fribourg

Tél. +41 (0)26 300 81 25

www.federalism.ch



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

Indice

I. Contesto e problematica.....	2
II. Breve sintesi dei principali risultati	4

I. Contesto e problematica

Il 20 febbraio 2018, il Parlamento del Cantone di Neuchâtel ha adottato all'unanimità la legge sullo stazionamento delle comunità nomadi (Loi sur le stationnement des communautés nomades, LSCN). Composta di 34 articoli, la normativa disciplina lo stazionamento in territorio cantonale di comunità nomadi svizzere e straniere. Regolamenta in particolare il coordinamento tra le autorità, la procedura e le condizioni per creare aree di sosta e di transito, le modalità della loro utilizzazione, i diritti e gli obblighi delle comunità nomadi e lo sgombero degli accampamenti illeciti (art. 2 LSCN). Conformemente all'articolo 1 sullo scopo, la legge disciplina lo stazionamento e il transito delle comunità nomadi nel Cantone, «dans le respect des intérêts de la population sédentaire et du mode de vie des communautés nomades». Il rapporto gerarchico con le altre leggi non è del tutto chiaro: essendo una legge speciale, la LSCN ha fundamentalmente la preminenza su altri atti normativi cantonali, come le disposizioni di diritto amministrativo o la legge sull'utilizzazione dello spazio pubblico. Nel suo preambolo, la LSCN rinvia però alla legge cantonale sulla polizia (Loi sur la police neuchâteloise, LPol) e nell'articolo 30 capoverso 3 alla legge cantonale sulla procedura e la giurisdizione amministrative (Loi sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA). Il Tribunale federale constata che il principio di proporzionalità, esplicitamente sancito nell'articolo 42 LPol ma non nella LSCN, risulta applicabile anche a quest'ultima e, per quanto riguarda il diritto di essere sentiti, rinvia alla LPJA¹.

La nuova legge del Cantone di Neuchâtel, entrata in vigore il 1° aprile 2018, è la seconda legge speciale approvata in Svizzera che disciplina lo stazionamento di Rom e Sinti/Manouches sul territorio cantonale. Nel 2014, il Cantone di Basilea Campagna è stato il primo ad adottare una legge sulle aree di sosta e di transito per i nomadi². A differenza di quella neocastellana, orientata essenzialmente a conciliare gli interessi della popolazione nomade e della popolazione stanziale e che prevede soltanto misure limitate per colmare la grave penuria di aree di sosta, la legge di Basilea Campagna mira in primo luogo a mettere a disposizione dei nomadi svizzeri le aree di sosta e di transito necessarie sul territorio cantonale (art. 1 cpv. 1). Secondo questa normativa, nel piano direttore cantonale devono essere indicati il numero di aree di sosta e di transito necessarie, le loro dimensioni e le condizioni quadro e i Comuni di ubicazione devono delimitare zone speciali per queste aree (art. 2 cpv. 1 e 2). La legge prevede inoltre che il Cantone di Basilea Campagna metta a disposizione a proprie spese i terreni che fanno parte del suo patrimonio amministrativo – compresi l'accesso, gli allacciamenti alla rete idrica e alla canalizzazione pubblica, l'elettricità e gli impianti sanitari – e si faccia carico dei costi delle misure edilizie e di manutenzione e di eventuali costi sociali derivanti dai nomadi che stazionano sulle aree di sosta (art. 3). I Comuni sono responsabili dell'esercizio e della manutenzione delle aree, mentre il mantenimento della tranquillità e dell'ordine è disciplinato dalla legge sulla polizia e da quella sui Comuni (art. 4 cpv. 1). Sempre secondo la medesima legge, i Comuni del Cantone di Basilea Campagna hanno il diritto di esigere dai nomadi, per l'utilizzo delle aree di sosta e di transito, tariffe forfetarie giornaliere a copertura dei costi massimi (art. 4 cpv. 2) che possono essere garantite tramite un adeguato deposito cauzionale (art. 4 cpv. 3). Sono inoltre autorizzati a emanare un piano operativo e un regolamento di utilizzazione e a disciplinare l'esercizio delle aree di sosta e di transito (art. 4 cpv.

¹ DTF 145 I 73 consid. 7.1.2. e 7.2.2.2.

² Legge del Cantone di Basilea Campagna del 20 febbraio 2014 sulle aree di sosta e di transito per i nomadi (Gesetz des Kantons Basel-Landschaft über Stand- und Durchgangsplätze für Fahrende vom 20. Februar 2014).

4).

A differenza della legge del Cantone di Basilea Campagna, che prevede misure per creare il numero necessario di aree e alleviare l'onere finanziario dei Comuni, la nuova legge del Cantone di Neuchâtel disciplina principalmente lo stazionamento delle comunità nomadi sul territorio cantonale. La legge prevede numerosi obblighi legali speciali per le comunità nomadi e subordina il loro soggiorno a diverse restrizioni formali e temporali. Si pone pertanto la domanda se le nuove norme siano in linea con le prescrizioni del diritto costituzionale e di quello internazionale, in particolare con il divieto di discriminazione. Poiché, ad eccezione di quella del Cantone di Basilea Campagna, la legge neocastellana è la prima del suo genere e potrebbe servire ad altri Cantoni come modello per leggi proprie che disciplinano lo stazionamento delle comunità nomadi³, la questione della compatibilità della legge con le disposizioni della Costituzione federale e del diritto internazionale è d'interesse generale per lo status delle persone che, in Svizzera, praticano un modo di vita nomade o seminomade. Per questo motivo, nel 2018 la Commissione federale contro il razzismo (CFR) ha incaricato Rainer J. Schweizer, professore emerito di diritto pubblico, diritto europeo e diritto internazionale, e Max de Brouwer di chiarire le questioni giuridiche rilevanti per la protezione dalla discriminazione. La perizia giuridica è giunta alla conclusione che la LSCN viola diverse disposizioni costituzionali e di diritto internazionale⁴.

Non appena adottata, la nuova legge è stata oggetto di un ricorso interposto al Tribunale federale da due cittadini di Neuchâtel di origine jénisch, dall'associazione jénisch «Schäft qwant» e dall'Associazione per i popoli minacciati (APM). Nell'ambito di un controllo normativo astratto, i ricorrenti hanno invocato una violazione degli articoli 4 e 5 della Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali, degli articoli 17 e 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (Patto ONU II), dell'articolo 2 dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (ALC), degli articoli 6 e 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e di diverse disposizioni della Costituzione federale. Il 13 febbraio 2019, il Tribunale federale ha respinto il ricorso (cfr. DTF 145 I 73).

La CFR si chiede quali siano gli effetti della decisione dell'Alta Corte di Losanna sulla tutela dei diritti fondamentali e in particolare sulla protezione dalla discriminazione di Rom, Sinti/Manouches e altre comunità nomadi. I ricorrenti ritengono che la Svizzera, adottando e mantenendo in vigore la LSCN, abbia violato i suoi obblighi di diritto internazionale. Hanno quindi indirizzato una comunicazione al Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale (CERD).

Su incarico della CFR, la presente perizia giuridica analizza la decisione della massima autorità giudiziaria svizzera in merito alla LSCN. Dapprima sono brevemente esposte le disposizioni di legge più importanti e le considerazioni di diritto fondamentale e internazionale contenute nella decisione del Tribunale federale. In seguito sono presentate alcune osservazioni sulle disposizioni costituzionali e di diritto internazionale. Infine la decisione del Tribunale federale (DTF 145 I 73) e la legge del Cantone di Neuchâtel (LSCN) sono valutate alla luce al diritto internazionale e costituzionale⁵. I considerandi si fondano essenzialmente sulle norme della Costituzione federale, della CEDU, dei Patti ONU e della Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali. Tuttavia, in

³ Una breve valutazione della compatibilità della LPCN con la Costituzione federale e il diritto internazionale è stata realizzata da Morgane Ventura in VENTURA, Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Yéniches, in AJP/PJA 2019, pagg. 563-571.

⁴ Cfr. Rainer J. Schweizer/Max De Brouwer, Gutachten im Auftrag und zuhanden der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus betreffend der Verfassungs- und Völkerrechtsprobleme der Loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 20 février 2018, du Canton de Neuchâtel, 18. April 2018.

⁵ Cfr. commento sulla giurisprudenza relativa alla DTF 145 I 73: Morgane Ventura, Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Yéniches, in AJP/PJA 2019, pagg. 563-571.

virtù della comunicazione dei ricorrenti al CERD, appare opportuno fare riferimento anche alle disposizioni più importanti della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD). La presente perizia giuridica si focalizza sulle questioni relative alla protezione contro la discriminazione, ma accenna soltanto brevemente ad altri diritti fondamentali interessati e ad altre questioni che la legge e la decisione del Tribunale federale sollevano, ad esempio la compatibilità delle disposizioni formali e di altro tipo con il diritto federale.

La LSCN presenta delle criticità non soltanto per quanto riguarda il suo contenuto, ma anche la sua genesi. La totale parità di trattamento della popolazione nomade comprende anche il suo diritto di essere sentita e di partecipare in modo effettivo alle decisioni dello Stato che la riguardano in modo particolare. Questo diritto è espressamente previsto nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche e nella relativa Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa. Secondo l'articolo 5 capoverso 1 LSCN, la legge è stata promulgata di concerto con i Comuni e le autorità amministrative competenti, ma non in collaborazione con le comunità interessate. Su questo aspetto, tuttavia, ci si soffermerà soltanto brevemente nel seguito.

II. Breve sintesi dei principali risultati

La presente perizia giuridica giunge alla conclusione che il Tribunale federale, nella decisione esaminata, non ha dato sufficientemente peso agli obblighi della Svizzera di rispettare e tutelare i diritti di Rom e Sinti/Manouches e di promuovere la loro identità e ha respinto il ricorso ingiustamente. Questa conclusione si fonda sui seguenti argomenti principali:

- Il Tribunale federale **non ha tenuto conto in misura sufficiente della forza obbligatoria dei diritti fondamentali**. Questa forza obbligatoria non soltanto vieta ai legislatori cantonali di violare i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione federale o dal diritto internazionale, ma li obbliga anche ad attenersi nelle loro decisioni. La LSCN, tuttavia, tiene conto in modo unilaterale degli interessi della pianificazione territoriale e di altri interessi pubblici (della popolazione stanziale) e non considera sufficientemente il diritto dei membri delle comunità nomadi di essere protetti dalla discriminazione e di veder rispettato e promosso il loro modo di vita.
- Il Tribunale federale **ignora gli obblighi di attuazione del Cantone**. In particolare, non attribuisce alcuna importanza agli obblighi programmatici derivanti dalla Costituzione federale, dalla CEDU, dai Patti ONU e dalla Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali. Questo, benché il controllo astratto delle norme sia uno strumento particolarmente indicato per verificare se un Cantone adempie al proprio obbligo di attuazione e adotta tutte le misure necessarie per ottemperare agli obblighi derivanti dal diritto costituzionale e da quello internazionale. Poiché la Costituzione federale e il diritto internazionale obbligano la Confederazione e i Cantoni a rispettare, proteggere e promuovere il modo di vita nomade, quello di creare le aree di sosta e di transito richieste dalle prescrizioni vincolanti del diritto di rango superiore è un compito che parimenti incombe alle autorità. Alla luce degli obblighi di diritto internazionale cui la Svizzera è soggetta dal 1999 e delle raccomandazioni urgenti degli organi competenti, stupisce che il Tribunale federale consideri quella delle aree di sosta una questione esclusivamente politica e non ne tenga conto nella sua giurisprudenza.

- Nel decidere se una norma cantonale debba o meno essere abrogata, una certa cautela s'impone senza dubbio. Se la norma in questione appare problematica, occorre innanzitutto considerarne l'interpretazione conforme al diritto costituzionale e internazionale. È opportuno **mantenere una norma cantonale** soltanto se le circostanze della sua applicazione lasciano prevedere che sarà applicata in conformità alla Costituzione federale e al diritto internazionale e che una verifica successiva sarà possibile a priori. **Queste condizioni non sono soddisfatte nel presente caso.** In primo luogo, la LSCN prevede diverse norme pensate per essere applicate dalle autorità di polizia nell'urgenza; in secondo luogo, gli obblighi dei membri delle comunità nomadi sono formulati in modo molto aperto e vago; in terzo luogo, a causa della revoca dell'effetto sospensivo prevista dalla legge e della natura del modo di vita nomade, i ricorsi non possono offrire una protezione efficace contro decisioni sproporzionate e altre violazioni del diritto di rango superiore.
- La LSCN è applicabile ai membri delle comunità nomadi e si ricollega quindi **direttamente alla caratteristica personale «sensibile» del modo di vita nomade.** Affinché una **legge speciale** come la LSCN sia compatibile con il divieto di discriminazione diretta, il legame giuridico con una caratteristica stigmatizzata (nel caso presente il modo di vita nomade) dovrebbe rivelarsi indispensabile, corrispondere a un interesse preponderante ed essere proporzionato. La LSCN, tuttavia, non persegue come obiettivo quello di garantire il rispetto, la protezione e la promozione del modo di vita nomade. Le numerose norme contenute sono piuttosto finalizzate a risolvere le difficoltà, reali o presunte, legate allo stazionamento e a imporre ai membri delle comunità nomadi **obblighi particolari.** Molti di questi obblighi non soltanto sono formulati in modo aperto, ma introducono anche disparità fra le persone con un modo di vita nomade e il resto della popolazione. Alcune delle norme diffondono inoltre stereotipi, per esempio che le comunità nomadi mettono a rischio interessi pubblici come la protezione dell'ambiente o delle acque oppure che devono essere richiamate all'ordine in materia di pulizia; la legge impone loro obblighi indefiniti la cui violazione può comportare sanzioni severe come lo sgombero degli accampamenti illeciti.
- La LSCN appare problematica anche perché non tiene adeguatamente conto delle esigenze particolari dei nomadi. Tuttavia, sia la Costituzione federale che il diritto internazionale lo imporrebbero. La legge non prevede neppure norme particolari per le persone particolarmente vulnerabili, come i bambini, gli adolescenti o le persone malate. Diverse disposizioni della LSCN violano quindi il diritto alla parità di trattamento, in quanto **non operano le distinzioni giuridiche necessarie in considerazione delle differenze effettive.**
- Per quanto riguarda la **protezione della sfera privata,** il Tribunale federale ha stabilito a torto che le disposizioni cantonali sullo sgombero degli accampamenti illeciti sono conformi alla Costituzione federale e al diritto internazionale. La formulazione potestativa nell'articolo 24 LSCN non offre una protezione sufficiente da misure arbitrarie e sproporzionate.
- Per quanto riguarda **la libertà di movimento,** il Tribunale federale avrebbe perlomeno dovuto esaminare più attentamente il tenore dell'articolo 23 capoverso 2 LSCN, che conferisce alla polizia cantonale i poteri per differire la partenza e bloccare il convoglio fino a quando la comunità nomade non ha effettuato i necessari lavori di pulizia.

- Per quanto riguarda le **garanzie procedurali**, va accolto con favore il fatto che, secondo il Tribunale federale, il diritto di essere sentiti – che secondo l’articolo 26 capoverso 1 LSCN è concesso soltanto ai «rappresentanti della comunità nomade interessata» – deve essere concesso a qualsiasi persona interessata dalla decisione di sgombero e che l’autorità deve concedere a questa persona tutti gli altri diritti procedurali in conformità alla legge generale applicata in materia, vale a dire alla legge cantonale sulla procedura e la giurisdizione amministrative (Loi sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA). Per contro, il mantenimento dell’articolo 28 LSCN appare problematico. La disposizione annulla l’effetto sospensivo del ricorso contro una decisione di sgombero e impedisce così alle comunità nomadi di difendersi efficacemente da decisioni sproporzionate o non legittime. Appare inoltre problematico che, se il ricorso è accolto, il tribunale possa constatare soltanto l’illegittimità della decisione di sgombero. L’articolo 28 LSCN non favorisce quindi un’applicazione proporzionata, misurata e rispettosa della legge. Si può quindi presumere che sussiste un rischio non trascurabile che i diritti e le libertà delle persone interessate vengano limitati in misura sproporzionata e che le violazioni dei diritti fondamentali non possano essere riparate in modo efficace.
- **Nel complesso, la decisione non riesce a far rispettare il diritto costituzionale e internazionale di rango superiore.** Il legislatore dispone di un notevole potere discrezionale, in particolare per quanto riguarda l’attuazione dei diritti fondamentali e la loro ponderazione rispetto ad (altri) interessi pubblici. Tuttavia, sarebbe stato di pertinenza del Tribunale federale abrogare le disposizioni cantonali che, se applicate, hanno un’elevata probabilità di violare i diritti fondamentali giustiziabili e provvedere affinché il Cantone tenga adeguatamente conto dei suoi obblighi programmatici. L’Alta Corte di Losanna avrebbe inoltre dovuto sottolineare la preminenza del diritto di rango superiore rispetto alle disposizioni che sono di ostacolo al modo di vita nomade di Rom e Sinti/Manouches. Sia il diritto costituzionale sia il diritto internazionale obbligano la Confederazione e i Cantoni a perseguire senza indugio e con tutti i mezzi appropriati una politica di eliminazione delle discriminazioni dirette e indirette nei confronti dei membri delle comunità nomadi e di promozione del loro modo di vita. La LSCN non persegue questo obiettivo.