Rapporto di minoranza

numero	data	Dipartimento
7354 R2	10 gennaio 2018	CONSIGLIO DI STATO

Concerne

della Commissione della legislazione
sull'iniziativa parlamentare del 10 aprile 2017 presentata nella forma generica da Gabriele Pinoja e cofirmatari per la Commissione speciale per l'attuazione dell'IP "Prima i nostri" - *Modifica della Legge d'applicazione della preferenza indigena*

(v. messaggio dell'11 luglio 2017 n. 7354)

INDICE

1. PREMESSE 2

2. NEL MERITO DELL'INIZIATIVA PARLAMENTARE GENERICA "LEGGE DI APPLICAZIONE DELLA PREFERENZA INDIGENA" 2

2.1 Conformità al diritto superiore 2

2.2 Rapporto tra il diritto nazionale e il diritto internazionale 2

2.3 Rango tra la Costituzione federale e i Trattati internazionali in genere 4

2.4 Rango tra la Costituzione federale e l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (ALCP) 6

2.5 Gerarchia e giurisdizione costituzionale delle norme di diritto interno: Costituzione federale, LStr. e Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" 7

2.6 Conclusioni 9

3. CONFLITTO FRA NORME: COMPATIBILITÀ CON IL CONTENUTO DELLE DISPOSIZIONI DELL'ALCP 9

3.1 In generale 10

3.2 Compatibilità dell'Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" con il principio della non discriminazione contenuto nell'ALCP 11

3.3 Conclusioni 11

4. CONCLUSIONI FINALI 12

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

1.0064

1. PREMESSE

L'11 luglio 2017 il Consiglio di Stato ticinese ha invitato il Parlamento cantonale a respingere l'iniziativa parlamentare generica denominata "Legge di applicazione della preferenza indigena" con la motivazione che le norme ivi contenute risulterebbero in contrasto con il diritto superiore e in attesa che venisse chiarito il margine di manovra del legislatore cantonale e meglio fino al conferimento della garanzia federale alle modifiche della costituzione cantonale ticinese approvate con votazione 25 settembre 2016.

Il 16 agosto 2017 il Consiglio Federale ha licenziato un Messaggio, nel quale veniva sancito che le nuove disposizioni costituzionali approvate dal popolo ticinese con l'accoglimento dell'iniziativa denominata "Prima i nostri!" potevano essere interpretate in modo conforme alla Costituzione federale. Di conseguenza il Consiglio federale raccomandava alle Camere di conferire la garanzia federale ai nuovi articoli della Costituzione ticinese.
Sia la Commissione delle istituzioni del Consiglio degli Stati che quella omonima del Consiglio Nazionale hanno accolto la proposta del Consiglio Federale e raccomandano al plenum di concedere la garanzia federale alla Costituzione del Cantone Ticino.

Il 27 novembre 2017 il Consiglio degli Stati ha concesso la garanzia federale alla Costituzione ticinese.

Il 4 dicembre 2017 anche il Consiglio Nazionale ha concesso il suo benestare.

2. NEL MERITO DELL'INIZIATIVA PARLAMENTARE GENERICA "LEGGE DI APPLICAZIONE DELLA PREFERENZA INDIGENA"

2.1 Conformità al diritto superiore

Per diritto superiore si deve intendere sia il diritto federale interno, che il diritto internazionale.

A differenza della concezione "dualista", secondo la quale l'ordinamento giuridico interno e quello internazionale sono indipendenti, la concezione "monista", adottata dalla Svizzera, prevede che il diritto interno e il diritto internazionale non sono altro che due elementi di un solo e unico ordinamento giuridico.

Secondo questa concezione il diritto internazionale si applica direttamente e fa parte integrante dell'ordinamento giuridico svizzero.

Questo principio è concretizzato negli art. 5 cpv. 4, 166 cpv. 2, 140 cpv. 1 lett. d e 190 Cost.

2.2 Rapporto tra il diritto nazionale e il diritto internazionale

Il diritto interno di uno Stato può definire in modo autonomo la posizione delle norme, in particolare la posizione del diritto internazionale in seno alla gerarchia delle norme nazionali.

La questione del rango non è regolata dal diritto internazionale, il quale nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in vigore per la Svizzera dal 1990, si limita ad esigere il rispetto dei trattati internazionali secondo il principio "pacta sunt servanda", ma non prescrive il modo in cui gli Stati devono garantire questo assunto.

In caso di violazione di questo principio lo Stato in questione assumerà la propria responsabilità internazionale e dovrà ristabilire la situazione conforme al diritto internazionale, oppure sospendere un Trattato o denunciarlo unilateralmente.

In Svizzera nella gerarchia delle norme il primo posto è occupato dalla Costituzione federale; seguono le Leggi federali e le Ordinanze.
L'art. 49 cpv. 1 Cost. sancisce che il diritto federale prevale su quello cantonale.

In Svizzera qual è il rango del diritto internazionale?
In particolare, quel è il rango dei Trattati internazionali rispetto alla Costituzione Federale e quale rispetto alle Leggi federali?

L'art. 5 cpv. 4 Cost. sancisce che la Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale.
Questo articolo obbliga tutti gli organi dello Stato ad osservare il diritto internazionale.
Dalla disposizione non si può tuttavia concludere che la Costituzione riconosca senza riserve il primato del diritto internazionale, com'è il caso del primato del diritto federale sul diritto cantonale (art. 49 cpv.1 Cost.).
Nel suo Rapporto del 5 marzo 2010 sulla "relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale" il Consiglio Federale aveva evidenziato che dall'art. 5 cpv. 5 Cost. non si poteva dedurre una regola generale per la soluzione di conflitti fra le norme di diritto interno e di diritto internazionale.

L'art.190 Cost. prevede che le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.
Questo articolo non indica dunque nessuna regola chiara e precisa in caso di conflitto fra le norme nazionali e internazionali.

La Costituzione federale non sancisce dunque in modo chiaro ed esaustivo il primato del diritto internazionale rispetto al diritto nazionale (Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010, "La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale").

"La mancanza di una risposta globale e chiara alla questione della posizione del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico svizzero si spiega anche con il fatto che nella prassi tale risposta è importante soltanto se è di rilievo per la risoluzione di un conflitto di norme.
In caso di conflitto tra due norme di rango gerarchico diverso, l'esistenza di una gerarchia permette, infatti, di far prevalere la norma di rango superiore.
I conflitti tra norme dello stesso rango sono invece in generale risolti seguendo le regole tradizionali, ossia secondo le massime lex specialis derogat legi generali («la legge speciale deroga a quella generale») e lex posterior derogat legi priori («la legge posteriore deroga a quella anteriore»).
D'altra parte, neppure i conflitti tra norme di rango diverso del diritto interno vengono sempre risolti in base alla gerarchia e a volte si applicano regole speciali." (Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010, "La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale").

Unica eccezione dove è stabilita in modo certo una gerarchia tra il diritto nazionale e il diritto internazionale è in presenza di norme a carattere imperativo, definite "diritto cogente" (jus cogens). Questa definizione indica le norme fondamentali di diritto internazionale pubblico che beneficiano di protezione assoluta, poiché hanno quale scopo gli interessi di tutti gli Stati e sono radicate nella coscienza giuridica universale. Esse non possono essere escluse o modificate dagli Stati e dunque prevalgono sul diritto nazionale.

Non esiste una lista esaustiva del diritto cogente. Tuttavia è ammesso all'unanimità che ne fanno parte: il diritto alla vita, il divieto di genocidio, di tortura, schiavitù (Droit Constitutionnel suisse, Vol. I, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier 2013, pag. 443-466).

Già dalle suddette considerazioni emerge che la gerarchia fra le norme nazionali e quelle internazionali è tutt'altro che pacifica.

2.3 Rango tra la Costituzione federale e i Trattati internazionali in genere

La questione del rapporto fra la Costituzione federale e i Trattati internazionali è complessa.

Quando un Trattato internazionale contenente norme di diritto cogente è contraddetto da una revisione della Costituzione, questa non può essere sottoposta a votazione popolare (art.193 cpv. 4 e 194 cpv. 2. Cost.), poiché come detto, il diritto cogente prevale.

Quando un Trattato internazionale non contiene norme di diritto cogente bisogna stabilire in che misura il legislatore costituente debba attenersi al diritto internazionale.
Come esposto, la Costituzione federale non contiene una norma chiara e assoluta che possa fornire una risposta certa e assoluta.
Una parte della dottrina ritiene che gli art. 190 e 5 cpv. 4 Cost. se combinati, possono stabilire la preminenza di rango dei Trattati internazionali sulla Costituzione federale. Questo significa che i Tribunali sarebbero chiamati ad applicare il diritto internazionale, poiché di rango superiore.
Altri autori invece ritengono che l'art. 190 Cost. si limita a sancire l'applicazione del diritto e che, quindi, non si possa dedurre alcun assunto del primato del diritto internazionale sulla Costituzione federale. Anzi, secondo questi autori, in talune circostanze prevale in ogni caso il diritto costituzionale.
I casi in cui questa corrente dottrinale stabilisce la preminenza della Costituzione federale sono i seguenti:

- se la norma costituzionale è posteriore sia alla norma di diritto internazionale che all'adozione dell'art. 190 Cost., viene applicata la Costituzione federale, in virtù del principio lex posterior o lex specialis;
- se la norma di diritto internazionale intacca principi e contenuti essenziali dei diritti fondamentali o valori fondamentali interni, si applica la norma costituzionale;
- se la norma costituzionale è posteriore al diritto internazionale e il costituente ha volutamente violato il diritto internazionale, si applica la Costituzione federale (in analogia con il principio sancito nella giurisprudenza "Schubert" di cui si dirà meglio in seguito).

Le autorità non hanno tuttavia ancora sviluppato una giurisprudenza consolidata e uniforme in merito a queste casistiche (Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010, "La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale").
Quanto sostenuto da questa corrente sulla preminenza di rango della costituzione non è un unicum a livello mondiale.
A titolo di esempio la Costituzione USA è ritenuta di diritto superiore e non può essere integrata, modificata o limitata dal diritto internazionale. Questo significa che una norma costituzionale può essere adottata e applicata, anche se contraria al diritto internazionale. I Trattati internazionali prevalgono invece sul diritto degli Stati federali.
In Svezia, in virtù della supremazia del Palamento, vi è scettiscismo sulla supremazia del diritto internazionale e il Governo è convinto del rango superiore della Costituzione.

(Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010, “La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale”).

Nella Sentenza 139 I 16 del 2011, il Tribunale federale si è chinato sulla questione del rango tra la Costituzione federale e i Trattati internazionali.
In questa Sentenza l’Alta Corte ha asserito la necessità di basarsi sul potere costituente nella misura in cui esso non sia in contraddizione con il diritto di rango superiore, facendo implicitamente riferimento al diritto internazionale. In altri termini, in questa sentenza il Tribunale federale sembrerebbe affermare implicitamente una supremazia del diritto internazionale sul diritto costituzionale.
Questa Sentenza è stata ferocemente criticata dalla dottrina, la quale, in considerazione dell’attuale quadro giuridico della Svizzera, ha sancito la natura anti-costituzionale di questa decisione. La dottrina ha infatti precisato i seguenti punti:

- il potere costitutivo ha un ruolo importante nell’ordinamento costituzionale svizzero. Mediante l’emanazione di questa sentenza, il Tribunale federale non sembrerebbe avere percepito questo principio fondamentale;
- il rifiuto di applicare, ma soprattutto di interpretare i diritti popolari da parte del Tribunale federale appare difficilmente compatibile con il potere di emanare disposizioni, che compete esclusivamente all’Assemblea federale, e con la legittimità democratica dell’ordine costituzionale svizzero;
- l’art. 190 Cost. esclude una soluzione univoca che sancisce la supremazia del diritto internazionale sulla Costituzione federale;
  Sin dalla sua introduzione nella Costituzione federale, lo scopo principale di questo articolo era quello di impedire che i Tribunali esercitassero una giurisdizione costituzionale sulle disposizioni emanate o approvate (perlomeno indirettamente) dal legislatore;
- la Costituzione federale non prevede un controllo della costituzionalità delle leggi; di conseguenza la dottrina si chiede come sia possibile che il Tribunale federale possa effettuare un controllo di convenzionalità della Costituzione federale.

La Sentenza 139 I 16 solleva numerose problematiche di fondo nelle quali sembra di scorgere una certa corrente politico-giudiziaria, che vuole che la Svizzera passi da un sistema legislativo dominato dal Parlamento (popolo e Cantoni) ad un sistema dominato dal Giudice-legislatore. Quest’ultimo sistema è totalmente estraneo al nostro ordinamento giuridico. (Droit Constitutionnel suisse fondements, institutions et défis, L. Gonin, Ed. C. Chappuis, P. Mahon, D. Piotet, H. Torrione, C. Joye, 2015, p. 151-165)

Nella pratica esiste un esempio concreto ancora attuale, che dimostra che la Costituzione federale, seppur in contrasto con il diritto internazionale, è ritenuta di rango superiore.
Con votazione popolare 26 febbraio 1984 è stato adottato l’art. 196 cpv. 2 Cost. (art. 17 DT aCost.) che permette alla Confederazione di percepire una tassa sul traffico pesante per l’utilizzo delle strade. La Svizzera aveva concluso diversi Trattati internazionali bilaterali che escludevano espressamente o implicitamente una tale tassa. Malgrado la violazione del diritto internazionale e varie pressioni subite, dal 1° gennaio 1985, la tassa sul traffico pesante viene ancora percepita. Nel 1994 il popolo e i Cantoni le hanno addirittura conferito una base legale costituzionale duratura (art. 85 Cost.).

Al momento attuale, la questione a sapere se i Trattati internazionali prevalgono effettivamente sulla Costituzione federale è tutt’altro che chiara e definita.
La prassi dimostra che non esiste una pratica consolidata, anzi ci sono ancora molti punti interrogativi.

2.4 Rango tra la Costituzione federale e l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (ALCP)

Gli accordi bilaterali sono concepiti come dei classici Trattati internazionali.
L'ALCP, entrato in vigore in Svizzera il 1° giugno 2002, è qualificato come "convenzione multilaterale di diritto internazionale pubblico" (L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'ALCP, V. Boillet e FF 2004 p. 5529)
L'ALCP non contiene norme di diritto cogente.

Nella Sentenza 142 II 35 del 26 novembre 2015 il Tribunale federale aveva stabilito che la giurisprudenza "Schubert" non si applicava per l'ALCP, ritenuto in particolare che l'art. 121a Cost. non era direttamente applicabile.
Nella famosa Sentenza denominata "Schubert" del 1973, per altro confermata anche da successive numerose giurisprudenze, il Tribunale federale aveva affermato che il legislatore federale può, in piena cognizione di causa, emanare norme contrarie al diritto internazionale, quando si tratta di salvaguardare degli interessi molto importanti. (Droit Constitutionnel suisse, Vol. I, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier 2013, pag. 443-466).
Nel caso concreto il sig. Schubert, cittadino austriaco, aveva sostenuto che l'obbligo di autorizzazione per l'acquisto di fondi da parte di stranieri violava il trattato di domicilio del 1875 concluso fra la Svizzera a e l'Austria (DFT 99 Ib 39,44).

Nel DTF 142 II 35, il Tribunale federale aveva altresì giustificato la propria decisione sulla superiorità dell'ALCP, asserendo che l'Accordo era frutto della democrazia, poiché adottato in votazione popolare.
L'Alta Corte ha dimenticato di considerare che anche l'art. 121 a Cost. è stato adottato in votazione popolare, addirittura successivamente (9 febbraio 2014) all'entrata in vigore dell'ALCP.

Nel messaggio sulla riforma giudiziaria, il Consiglio federale osservava: «non è affatto compito del giudice intervenire quando il legislatore ha scientemente violato il diritto internazionale ed è pertanto disposto a subire le conseguenze di questa violazione. La riforma della giustizia deve dunque offrire ancora al Tribunale federale la possibilità di rinunciare all'applicazione del primato del diritto internazionale in simili casi d'eccezione.» (FF 1997 I 484).

Nel suo Rapporto del 30 marzo 2011 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, ossia dopo l'entrata in vigore dell'ALCP, il Consiglio federale affermava:

"Il Consiglio federale e l'Amministrazione federale concordano con la relativizzazione della giurisprudenza "Schubert" per quanto riguarda le norme internazionali a tutela dei diritti umani. …. i principi fondamentali della Costituzione e i diritti costituzionali intangibili nella loro essenza prevalgono sul diritto internazionale. Il Consiglio federale ritiene che le autorità incaricate di applicare il diritto sono in linea di principio tenute ad attuare le disposizioni costituzionali contrarie al diritto internazionale se sono posteriori alle norme di diritto internazionale e all'articolo 190 Cost. e direttamente applicabili.
Il Consiglio federale motiva il primato del diritto costituzionale posteriore con l'articolo 190 Cost., che impedisce ai tribunali di sostituire la propria ponderazione degli interessi a quella del legislatore. Visto che i tribunali sono vincolati alle decisioni del legislatore, devono esserlo a maggior ragione a quelle del potere costituente, che gode di una legittimazione democratica ancora maggiore."

Il contenuto di questo Rapporto segue chiaramente i principi dottrinali esposti al punto precedente.

La Sentenza del Tribunale federale del 26 novembre 2015 è fortemente criticabile, poiché l'Alta Corte si erige a legislatore, in chiara violazione del principio della separazione dei poteri e del principio costituzionale che non prevede che in Svizzera esista un Tribunale che controlli le disposizioni costituzionali emanate dal legislatore.

Il sovrano svizzero (popolo e Cantoni) ha deciso l'adozione degli art. 121a 197 cifra 11 Cost. in piena scienza e coscienza.
La questione è dunque tutt'altro che chiara e definita.

2.5 Gerarchia e giurisdizione costituzionale delle norme di diritto interno: Costituzione federale, LStr. e Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena"

Nella gerarchia delle norme di diritto interno la Costituzione federale occupa il primo posto, seguono le Leggi federali.
L'art. 49 cpv. 1 Cost. prevede che il diritto federale prevale su quello cantonale contrario.

Nella Sentenza 142 II 35 del 26 novembre 2015 il Tribunale federale aveva sancito che il contenuto dell'art. 121a Cost. non è direttamente applicabile, per cui a suo dire l'ALCP deve ritenersi di rango superiore.

In materia di immigrazioni degli stranieri a livello federale è in vigore la Legge federale sugli stranieri (LStr.).
L'art. 2 cpv. 2 LStr., entrato in vigore il 1° gennaio 2008, sancisce che ai cittadini degli Stati membri della CE e ai loro famigliari, nonché ai lavoratori distaccati in Svizzera da un datore di lavoro con domicilio o sede in uno di questi Stati, la LStr. si applica solo se l'ALCP non contiene disposizioni derogatorie o la LStr. prevede disposizioni più favorevoli.
Stessa cosa per i cittadini dell'AELS (art. 2 cpv. 3 LStr.)
In questo capoverso viene detto chiaramente che di principio ai cittadini UE viene applicata l'ALCP e non la LStr.
Esiste un chiaro conflitto fra il contenuto dell'art. 121a e 197 cifra 11 Cost, entrati in vigore il 9 febbraio 2014, che sanciscono il principio della libertà per la Svizzera di gestire in modo autonomo l'immigrazione degli stranieri, nonché l'introduzione di tetti massimi annuali e contingenti annuali del numero di permessi di dimora per stranieri rilasciati. Il cpv. 4 di questo articolo prevede che non possono essere conclusi trattati internazionali che contraddicono questi principi.
L'art. 197 cifra 11 Cost. sancisce chiaramente che i Trattati internazionali che contraddicono all'art. 121 a Cost. devono essere rinegoziati e adeguati.
In particolare il Trattato internazionale a cui fa riferimento questo articolo costituzionale è l'ALCP.
Nella Sentenza 142 II 35 del 26 novembre 2015, il Tribunale federale aveva stabilito che il contenuto dell'art. 121a Cost. non era direttamente applicabile.
La Legge di applicazione di questa norma costituzionale è dunque la Legge federale sugli stranieri.
Orbene, il contenuto dell'art. 2 cpv. 2 LStr., che stabilisce l'applicabilità ai cittadini dell'UE dell'ALCP, viola chiaramente la Costituzione federale.
Sotto questo aspetto la LStr. è incostituzionale.

L'art. 190 Cost. sancisce che le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.
Come sottolineato sopra, questa disposizione non fissa il principio di un controllo delle norme, bensì sancisce il principio che esse devono essere applicate.

In occasione della sua introduzione nel 1874, questa norma traduceva fedelmente la concezione di allora secondo la quale il potere giudiziario non poteva e non doveva elevarsi al di sopra del potere legislativo.
Nel corso del tempo questo principio si è affermato come un pilastro fondamentale del sistema svizzero.
In una prima fase, questo assunto venne concepito dalla dottrina e dalla giurisprudenza come un'assenza di ogni forma di controllo sulla costituzionalità delle Leggi federali. I rarissimi ricorsi che osavano mettere in dubbio la costituzionalità di una Legge federale venivano dichiarati "irricevibili".
Nel corso del tempo, in presenza di questi ricorsi, il Tribunale federale, senza entrare nel merito sulla costituzionalità o meno, ha incominciato ad armonizzare queste presunte Leggi federali incostituzionali con la Costituzione federale, ossia ad interpretarle conformemente a quest'ultima.
Nella Sentenza 137 I 128 del 1991, il Tribunale federale è entrato per la prima volta nel merito dell'esame sulla conformità della Costituzione federale. Questa decisione è stata molto criticata dalla dottrina, poiché in violazione del contenuto dell'art. 190 Cost. In ogni caso la dottrina è stata unanime nel concludere che, quand'anche il Tribunale federale dovesse constatare che una Legge federale viola la Costituzione federale o in Trattato internazionale, esso non ha alcun potere sanzionatorio o di annullare la legge in questione o di rifiutarsi di applicarla.
Il Tribunale federale e le autorità sono obbligati ad assicurare l'applicazione della Legge federale incostituzionale.
(Droit Constitutionnel suisse, Vol. I, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier 2013, pag. 637-663).

Ciò detto, "quando una revisione costituzionale, accolta dal popolo e dai Cantoni, entrata in vigore conformemente all'art. 195 Cost., contraddice una Legge federale anteriore, l'art. 190 Cost. non può avere quale effetto quello di obbligare l'autorità ad applicare la Legge federale e violare la Costituzione federale". (Droit Constitutionnel suisse, Vol. I, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier 2013, pag. 663).
Eccettuato l'art. 2 cpv. 2 LStr. (incostituzionale) relativo all'applicazione ai cittadini dell'UE (e AELS) dell'ALCP, il contenuto dell'iniziativa parlamentare generica definita "Legge di applicazione della preferenza indigena" non contraddice le altre norme contenute nella LStr. In pratica essa sana l'incostituzionalità di un disposto di legge federale.
In particolare, le condizioni sulla preferenza indigena nel mercato del lavoro contenute nell'art. 2 lett. a) dell'Iniziativa parlamentare generica (discorso che vale anche per le lett. b) e c), ossia che il rilascio dei nuovi permessi per frontalieri può essere concesso solo se il datore di lavoro dimostra che a pari qualifiche professionali egli non ha potuto assumere uno svizzero o uno straniero già in possesso di un permesso C, B o L, non contraddicono i contenuti degli art. 20 e 21 LStr.
Infatti, in base all'art. 21 LStr., il rilascio di un nuovo permesso allo straniero è concesso solo se dimostrato che per tale attività non è possibile reperire un lavoratore indigeno.
Nemmeno l'art. 3 relativo ai salari dignitosi contenuto nel testo dell'Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" è in contraddizione con il contenuto dell'art. 22 LStr., che prevede espressamente che devono essere "osservate le condizioni di lavoro e di salario usuali nella località, nella professione e nel settore".

Allo stato attuale, la riserva a favore dei cittadini dell'UE contemplata nella LStr. non è conforme alla costituzione. Per il resto, la legge di applicazione proposta non viola alcuna disposizione della LStr.
La ricezione del contenuto dell'ALCP nella LStr. poteva essere conforme alla Costituzione prima dell'adozione dell'art. 121 a Cost. Poi però, ritenuto che questa disposizione di legge prevede chiaramente che la Svizzera gestisce autonomamente l'immigrazione degli

stranieri e che i trattati internazionali che contraddicono questo disposto devono essere rivisti, è pacifico che l'ALCP non può più essere recepito automaticamente nella LStr. Infatti, nell'ALCP la Svizzera non ha nessuna facoltà di gestire autonomamente l'immigrazione, tutt'altro.
In sintesi, con lo stralcio dell'art. 2 cpv. 2 LStr, incostituzionale, il contenuto dell'iniziativa parlamentare generica appare conforme alla Legislazione federale.
Le stesse autorità sono del resto concordi che l'introduzione dell'art. 21a LStr. non applica i principi sanciti nell'art. 121a Cost.
In un eventuale ricorso, il Tribunale Federale avrebbe il potere di sanzionare la Legge cantonale di applicazione che sana l'incostituzionalità degli articoli della Legge Federale, in casu contenuti nella LStr, ma che è conforme alla Costituzione federale, la cui superiorità rispetto all'ALCP non può affatto essere esclusa?
La questione è tutt'altro che pacifica.

2.6 Conclusioni

Ad oggi il quadro giuridico non sarà chiaro fintanto che i negoziati fra Svizzera e UE imposti nell'art. 197 cifra 11 Cost. non verranno portati a termine. L'11 febbraio 2015 il Consiglio federale ha adottato il mandato negoziale per la modifica dell'ALCP al fine di assolvere il secondo mandato del nuovo articolo costituzionale. Lo scopo dei negoziati è duplice: da un lato, si mira ad adeguare l'ALC di modo che in futuro la Svizzera possa regolare e limitare l'immigrazione in modo autonomo tutelando gli interessi globali dell'economia e, dall'altro, s'intende assicurare la via bilaterale.

La questione sulla conformità o meno del testo dell'Iniziativa parlamentare generica con il diritto superiore è tutt'altro che pacifica e risolta.
Infatti, nel suo Messaggio del 16 agosto 2017 sulla concessione della garanzia federale agli articoli della Costituzione ticinese adottati con l'iniziativa "Prima i nostri!", il Consiglio federale si limita ad affermare che il margine di manovra per il Cantone nell'applicazione degli obiettivi in conformità al diritto superiore è molto limitato, ma non indica in modo specifico quale esso sia, né analizza o approfondisce la tematica del rapporto fra i ranghi delle leggi.
È quindi più che legittimo il sospetto che, dovendo per forza dichiarare, seppure obtorto collo, la conformità dell'iniziativa cantonale accettata dal popolo, la Berna federale si affretti a dichiararne a priori la presunta quasi inapplicabilità. Tale – ripetiamo, per il momento solo presunta - quasi inapplicabilità non sarà tuttavia statuita che al momento in cui il Tribunale federale sarà chiamato a sentenziare su un caso specifico. Fino a quel momento, fa stato il placet che la Confederazione ha dovuto dare alla conformità con il diritto superiore (Costituzione federale) della modifica costituzionale prevista dall'iniziativa cantonale "Prima i nostri!" approvata in votazione popolare e, di conseguenza, la "Legge di applicazione della preferenza indigena" proposta è in perfetta sintonia con questo assunto.

3. CONFLITTO FRA NORME: COMPATIBILITÀ CON IL CONTENUTO DELLE DISPOSIZIONI DELL'ALCP

A prescindere dalla questione dell'asserita incostituzionalità dell'art. 2 cpv. 2 LStr., va analizzata la compatibilità del contenuto dell'Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" con l'attuale LStr. che riprende direttamente le disposizioni contenute nell'ALCP (infatti il contenuto dell'Iniziativa generica concerne specificatamente i cittadini dell'UE).

3.1 In generale

L'art. 2 ALCP sancisce che i cittadini di una parte contraente che soggiornano legalmente sul territorio di un'altra parte contraente non sono oggetto, nell'applicazione di dette disposizioni, di alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità.
In questa disposizione viene concretizzato il principio della non-discriminazione basato sulla nazionalità. Esso è applicabile direttamente (self-executing), ossia senza la necessità di ulteriore codificazione, poiché sufficientemente chiaro e preciso.
Secondo giurisprudenza constante della Corte di giustizia europea è vietata ogni "discriminazione diretta" fondata sulla nazionalità. Essa può essere limitata unicamente per motivi di ordine pubblico di sicurezza o salute pubblica.
Anche ogni forma dissimulata di discriminazione, definita "discriminazione indiretta" è di principio vietata. La Corte di giustizia europea ha sancito che non è necessario constatare che una disposizione crea una disparità concreta fra i lavoratori, ma una disparità teorica è sufficiente per sancire l'esistenza di una discriminazione.
Tuttavia non c'è discriminazione indiretta laddove le norme sono giustificate da considerazioni oggettive, indipendenti dalla nazionalità dei lavoratori e che rispettano il principio della proporzionalità rispetto all'obiettivo legittimo perseguito dal diritto nazionale.
Come indicato nel Messaggio del Consiglio federale, delle limitazioni si possono giustificare sulla base di interessi preponderanti, come ad esempio misure atte ad una riduzione della disoccupazione, ma esse non devono avere carattere di "protezionismo" o essere legate alla politica migratoria, oltre che essere proporzionate.
Questi concetti sono stati chiariti sia dalla Corte di giustizia europea che dal Tribunale federale in diverse sentenze.
Dal 1992 la Corte di giustizia europea ha incominciato ad ammettere che delle discriminazioni potevano essere giustificate per delle "ragioni impellenti di ordine generale". Questa nozione è stata concretizzata in diverse decisioni; in particolare costituiscono delle ragioni di interesse imperioso generale suscettibili di giustificare delle restrizioni alle libertà garantite nell'ALCP:

- La necessità di garantire l'efficacia di controlli fiscali;
- Un rischio di messa in pericolo dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale;
- Regole professionali destinate a proteggere i destinatari di un servizio.

Motivi di natura prettamente economica non possono essere considerati ragioni di interesse imperioso.
(La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, A. Borghi, 2010 e L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de ALCP, V. Boillet)

In una Sentenza del 2005, prima dell'entrata in vigore dell'art. 121a Cost., il Tribunale federale aveva stabilito che delle restrizioni legate al sistema della coordinazione della sicurezza sociale devono essere considerate come oggettivamente giustificate e conformi al principio della proporzionalità (DTF 131 V 209 e 390).
Per concludere: le "discriminazioni dirette" sono dunque di principio inammissibili, mentre che in taluni casi sia la Corte di giustizia europea che il Tribunale federale hanno ammesso delle eccezioni per taluni casi configuranti "discriminazioni indirette".

3.2 Compatibilità dell'Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" con il principio della non discriminazione contenuto nell'ALCP

L'Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena", che può ancora essere modificata in corso di iter legislativo, contiene delle misure che devono essere qualificate in "discriminazioni indirette" ammesse.

Situazione ticinese

Con l'entrata in vigore dell'ALCP, nel 2002, il tasso dei frontalieri è fortemente aumentato, per aggravarsi in modo esponenziale negli ultimi anni. Nel 2006 il numero dei frontalieri che esercitavano un'attività lavorativa in Svizzera ammontava a 36'800 unità, nel 2014 erano 61'800 unità, nel 2016 erano 62'800 e nel terzo trimestre del 2017 sono passati a 65'184 unità.
Dal 2002 al 2015 c'è stato un incremento del 98.7%.
In particolare nel settore terziario dal 2007 al 2017 l'incremento è stato del 93.2% (cfr. pagina 6 del documento "Panorama statistico del mercato del lavoro ticinese - Ufficio di Statistica 07 dicembre 2017")
Nel 2016 la media in Svizzera dei frontalieri era del 6.3% delle persone occupate, nel Cantone Ticino la percentuale era del 27.1% (c.f.r pagina 3 del documento "Panorama statistico del mercato del lavoro ticinese - Ufficio di Statistica 07 dicembre 2017")
Il mese di novembre 2017 il tasso di disoccupazione in Ticino era del 3.4% (pari a 5'773 unità) a fronte di un tasso del 3.1% a livello nazionale (pari a 137'317 unità).
Questo dato indica unicamente il numero di disoccupati iscritti agli uffici di collocamento nel periodo di riferimenti. In questa statistica non sono comprese le persone disoccupate che non sono iscritte agli uffici di collocamento, poiché esaurito il diritto alle indennità. Il mese di novembre 2017 il numero di queste persone ammontava a 167 unità.
A queste vanno aggiunti ad esempio i giovani che hanno appena terminato gli studi o mamme che vogliono reinserirsi nel mondo del lavoro i quali riscontrano notevoli problemi nell'accesso al mondo del lavoro e si trovano confrontati vieppiù con paghe da frontalieri.

(Fonti: Ufficio di statistica – Panoramica statistico del mercato del lavoro ticinese dicembre 2017, www.seco.ch)

In considerazione della situazione oggettiva in cui versa il Ticino, le norme contenute nell'Iniziativa parlamentare generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" non sono da considerarsi di natura prettamente economica, bensì di carattere sociale.
La situazione in Ticino è tale da mettere seriamente in pericolo il nostro sistema della sicurezza sociale.
Nell'elaborazione dell'Iniziativa potranno essere previste delle misure tali da non mettere in discussione nemmeno il principio della proporzionalità.

3.3 Conclusioni

Anche sotto questo aspetto, il Messaggio del 16 agosto 2017 del Consiglio federale sulla concessione della garanzia federale agli articoli della Costituzione ticinese adottati con l'iniziativa "Prima i nostri!" si limita ad affermare in modo generico la necessità di garantire la compatibilità delle future norme di attuazione degli articoli della Costituzione ticinese con le norme contenute nell'ALCP. Il Consiglio Federale si limita a richiamare il principio secondo cui una discriminazione diretta basata sulla nazionalità non può essere ammessa per delle ragioni di ordine, si sicurezza e salute pubblica.
Sempre nel Messaggio, il Consiglio Federale ricorda unicamente, ma questo non è messo in discussione nel testo dell'Iniziativa parlamentare generica, che le questioni di politica estera competono esclusivamente alla Confederazione, e che le competenze dei Cantoni

in questo ambito sono limitate (art. 56 Cost.). A questo proposito, è comunque utile ricordare che alcuni giuristi - in primis il consigliere nazionale Yves Nidegger che sta proponendo un'analoga soluzione nel canton Ginevra – appoggiandosi al punto 1026 del Commentario Auer-Malinverni-Hotellier (Droit constitutionnel Suisse Volume I: L'État): "Si l'énumération est complète, la répartition effective des compétences qui en résulte ne l'est pas, dans la mesure où les cantons restent généralement compétents aussi longtemps que la Confédération n'a pas légiféré, ou qu'elle ne l'as pas fait de façon exhaustive." – sostengono l'esistenza di una competenza residua data ai cantoni, in deroga al punto 1066 dello stesso commentario, nonché agli articoli 54-56 Cost.

4. CONCLUSIONI FINALI

Riprendendo dunque la sentenza "Schubert" menzionata a pagina 3 del presente rapporto, nella quale il Tribunale federale aveva affermato "che il legislatore federale può, in piena cognizione di causa, emanare norme contrarie al diritto internazionale, quando si tratta di salvaguardare degli interessi molto importanti", sfidiamo chiunque in questo Gran Consiglio ad affermare che la disoccupazione in Ticino e la sua allarmante quota dovuta all'aumento esponenziale dei lavoratori frontalieri a seguito della libera circolazione delle persone, non siano in totale contraddizione con gli "interessi molto importanti" da salvaguardare citati nella sentenza in oggetto. Se poi, di fronte a uno specifico ricorso, il Tribunale federale vorrà sancire l'inapplicabilità della legge, dovrà farlo contraddicendo sé stesso, ma non tocca a noi prevenire tale decisione rinunciando a priori al nostro mandato costituzionale.
Le conclusioni cui giunge il presente rapporto si allineano a quanto affermato nel rapporto di maggioranza dell'iniziativa "Controllo sistematico dei nuovi permessi"[1], sottoscritta tra l'altro da diversi commissari di diversi schieramenti partitici. Entrambi i rapporti dunque si pongono nell'ottica di salvaguardare il mercato del lavoro facendo leva sul rilascio dei permessi. Non discostandosi granché nel obbiettivo, mal si comprende l'avversità dei gruppi che sostengono il rapporto di maggioranza, cui parte dell'elettorato ha sostenuto l'iniziativa Cost. cant. "Prima i nostri!", alla quale comunque occorre dare una risposta concreta.
Infatti il quadro giuridico suesposto è tutt'altro che limpido e il presente rapporto lo dimostra! Il minimo che si possa dire è che non risultano incompatibilità manifeste fra il contenuto dell'Iniziativa generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" e specifiche norme di diritto superiore concretamente applicabili. Invitiamo dunque questo Gran Consiglio ad accettare l'applicazione dell'Iniziativa parlamentare presentata in forma generica "Legge di applicazione della preferenza indigena" (Prima i nostri!), così come proposta.

Per la minoranza della Commissione della legislazione

Lara Filippini, relatrice
Aldi - Bignasca - Minotti - Rückert

[1] Iniziativa parlamentare del 6 giugno 2016 presentata nella forma generica da Giorgio Fonio e cofirmatari "Controllo sistematico dei nuovi permessi"; messaggio governativo del 23 agosto 2016; rapporti della Commissione della legislazione del 29 novembre 2017 (relatrice di maggioranza Michela Delcò Petralli, relatore di minoranza Giorgio Galusero).

Fonti

- DTF 131 V 390
- DTF 137 I 128
- DTF 131 V 209
- DTF 2C_716/2014
- DTF 139 I 16
- SJ 2000 I 202
- Droit Constitutionnel suisse, Vol. I, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier 2013, pag. 371-393, 443-466 e 637-663
- Droit Constitutionnel suisse fondements, institutions et défis, Luc Gonin, ed. C. Chappuis, P. Mahon, D. Piotet, H. Torrione, C. Joye, 2015, p. 103-204, 151-165
- L'interdiction de discrimination end raison de la nationalité au sens de ALCP, V. Boillet
- La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, A. Borghi, 2010
- La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010
- Rapporto complementare del Consiglio federale al rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale 30 marzo 2011
- Messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 120ss
- Messaggio del Consiglio federale concernente l'iniziativa popolare "contro l'immigrazione di massa" del 7 dicembre 2012
- Messaggio del Consiglio federale concernente la modifica della Legge federale sugli stranieri del 4 marzo 2016
- Messaggio concernente il conferimento della garanzia federale alle Costituzioni rivedute dei Canoni di Turgovia, Ticino, Vallese e Ginevra del 16 agosto 2017
- Ufficio di statistica – Panoramica statistico del mercato del lavoro ticinese dicembre 2017
- www.seco.ch