

La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874: tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

Micol Ferrario

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I diritti fondamentali garantiti nella Cost. fed. 1848 e nella Cost. fed. 1874: un elenco limitato – 3. I diritti costituzionali non scritti nella giurisprudenza creatrice del Tribunale federale – 4. L'internazionalizzazione dei diritti fondamentali – 5. I diritti fondamentali nella Cost. fed. 1999: un processo di sedimentazione progressiva – 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

All'inizio del XIX secolo la Svizzera si configurava come un'alleanza tra cantoni e semi-cantoni sovrani aventi tradizioni linguistiche, religiose e politiche profondamente diverse tra di loro. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, al tempo, il maggiore divario si registrava tra i cantoni radicali-liberali, da un lato, e quelli conservatori, dall'altro. Come risaputo, le tensioni politiche tra questi due gruppi di cantoni culminarono nel conflitto del Sonderbund del 1847, che vide vincitori i cantoni radicali-liberali¹. Essendo ferventi sostenitori di un governo centralizzato più forte, tra i loro obiettivi principali vi era l'adozione di una Costituzione federale².

È quindi proprio sulla scorta di questa vittoria che il 12 settembre 1848 è stata adottata la prima Costituzione federale moderna della Svizzera³ (d'ora innanzi, Cost. fed. 1848) la quale, oltre a consacrare la nascita dello Stato federale elvetico, sanciva espressamente anche il principio della

* Il contributo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*. Una prima e parziale versione del saggio è stata presentata presso l'Università degli studi dell'Insubria (Como) in occasione del Seminario "Nascere secondi: i 150 anni della Costituzione svizzera del 1874" del 16 maggio 2024.

¹ Per una ricostruzione più dettagliata si veda S. Gerotto, *Svizzera*, Bologna, 2011, p. 31 ss. Un'analisi interessante è anche offerta da J.-C. Biaudet, *Les origines de la Constitution fédérale de 1848*, Losanna, 1949, p. 7 ss.

² O. Meuwli, *La Constitution de 1848. L'acte fondateur de la Suisse moderne*, Gollion, 2023, p. 35 ss.

³ Per una ricostruzione del processo di adozione si veda G. Grasso, *La Costituzione svizzera del 1848, laboratorio del costituzionalismo europeo*, in *Passaggi Costituzionali*, 2023, p. 353 ss.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

separazione dei poteri attraverso l'istituzione dell'Assemblea federale, del Consiglio federale e del Tribunale federale. Sotto l'egida della Cost. fed. 1848, i 22 cantoni e semi-cantoni continuavano tuttavia ad essere concepiti come dei veri e propri stati sovrani, il cui diritto deteneva la preminenza su quello federale⁴. Alla Confederazione venivano pertanto attribuite solo quelle funzioni che necessitavano di una regolamentazione strettamente uniforme come, ad esempio, le dogane e le poste⁵. Di conseguenza, nonostante la nascita dello Stato federale avesse inaugurato l'instaurazione un regime stabile, per potere consolidare una vera e propria identità nazionale appariva ancora necessario approvare una serie di ulteriori riforme costituzionali⁶. In forza di ciò, con lo scopo principale di trasferire maggiori competenze allo Stato federale, si diede avvio al processo di revisione totale della Cost. fed. 1848 che, dopo essere stato dapprima bocciato nel 1872⁷, venne approvato il 19 aprile 1874.

La Costituzione federale del 1874 (d'ora innanzi, Cost. fed. 1874) è stata particolarmente longeva poiché applicata fino al 1999. Cionondimeno, già all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, l'idea di una sua revisione totale emerse con insistenza. Difatti, il testo costituzionale allora in vigore era, da un lato, oramai divenuto illeggibile per le sue molteplici (162) revisioni⁸ e, dall'altro, presentava delle lacune molto importanti, segnatamente con riferimento ai diritti fondamentali.

Invero, sia la Cost. fed. 1848, sia la Cost. fed. 1874 erano prive di un catalogo di diritti fondamentali in senso proprio e ne riconoscevano soltanto taluni in maniera sparsa nei rispettivi testi⁹. Tale assenza era innanzitutto determinata dalla struttura federale della Svizzera. A quel tempo, visto che la maggior parte dei diritti e delle libertà fondamentali erano già consacrati nelle Costituzioni cantonali e il diritto federale era concepito come sussidiario, non si era ritenuto necessario reiterarne la protezione a livello

⁴ O. Leimgruber, *La Constitution de la Confédération Suisse de 1848 à 1948*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1949, p. 13.

⁵ O. Meuwli, *op. cit.*, p. 38.

⁶ N. Graa, *La portée historique des constitutions en Suisse*, in *Bulletin SAGW*, 2023, p. 22.

⁷ Per una ricostruzione puntuale di questo passaggio, v. L. Lacché, *Una "mobile complessità": costituzionalismo e democrazia nella Svizzera del XIX secolo*, Barcelona, 1999, p. 16 ss.

⁸ E questo perché l'istituto dell'iniziativa popolare per la revisione parziale della Costituzione federale entrò in vigore soltanto nel 1891: J. Dubey, *Art. 138*, in V. Martenet - J. Dubey. (curr.), *Commentaire Romand. Constitution fédérale*, Bâle, 2021, § 5.

⁹ F. Bernard, *La vie des droits fondamentaux*, in F. Bernard et al. (curr.), *Le droit au service de l'humanité. Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Zurich, 2023, p. 21

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

federale¹⁰. Tra l'altro, proprio in forza di questa netta separazione tra livelli di governo, si riteneva altresì che i diritti fondamentali potessero essere più che altro lesi dalle autorità cantonali e che, pertanto, competesse ad esse provvedere alla loro tutela¹¹. La mancanza di una vera e propria *bill of rights* aveva tuttavia anche delle ragioni di matrice ideologica. Dopo l'entusiasmo suscitato dalle teorie naturaliste e le conseguenti conquiste ottenute nella prima metà del XIX secolo, l'interesse e la passione per i diritti fondamentali scemò, anche perché si presumeva essi non fossero più minacciati¹². In aggiunta, non è da sottovalutare che i diritti fondamentali erano un retaggio della Rivoluzione francese che, oltre a sposare precetti distanti dalla cultura nostrana, ricordava anche i tempi della Repubblica Elvetica¹³.

Per rispondere quindi alla necessità di sistematizzare e aggiornare la Cost. fed. 1874, nel 1970 iniziarono i lavori di revisione che portarono all'adozione di un nuovo testo costituzionale (ancora oggi in vigore) nel 1999 (d'ora innanzi, Cost. fed. 1999), che consacra un intero Capitolo alla tutela dei diritti fondamentali¹⁴.

Nei decenni a cavallo tra il 1874 e il 1999 i diritti fondamentali non sono però rimasti privi di una tutela effettiva. Invero, seppur non espressamente codificati nel testo costituzionale, essi hanno nondimeno trovato ampio riconoscimento nella giurisprudenza del Tribunale federale che, in particolare a partire dall'inizio degli anni '60, ha iniziato a consacrare una serie di diritti costituzionali non scritti con le sue pronunce¹⁵. Oltre a quest'opera creatrice, ha contribuito a colmare la suddetta lacuna anche la progressiva ratifica da parte della Svizzera di trattati internazionali concernenti la protezione dei diritti umani.

Il presente contributo ha come obiettivo principale quello di ricostruire il sistema di tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della Cost. fed. 1874, evidenziando la peculiare oscillazione tra diritto codificato e diritto giurisprudenziale. A tal fine, esso si soffermerà dapprima sui pochi articoli della Cost. fed. 1848 e del 1874 votati alla loro tutela (§ 2.). Poi, si concentrerà sulla giurisprudenza del Tribunale federale (§ 3.) e sul processo

¹⁰ A. Grisel, *Les droits constitutionnels non écrits*, in W. Haller et al. (curr.), *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, Zurich, 1989, p. 53.

¹¹ M. Hottelier, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Lausanne, 1985, p. 12.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Cost. fcur. 1999, Titolo secondo, Capitolo 1.

¹⁵ M. Rossinelli, *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Ambilly, p. 106.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

di progressiva internazionalizzazione dei diritti fondamentali (§ 4.), che hanno parzialmente permesso di sopperire a questa lacuna. Dopo avere offerto una panoramica sulla tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione federale nel 1999 (§ 4.), il presente contributo presenterà in chiusura alcune riflessioni di sintesi (§ 5.).

*2. I diritti fondamentali garantiti nella Cost. fed. 1848 e nella Cost. fed. 1874:
un elenco limitato*

La Cost. fed. 1848 riconosceva, in maniera sparsa nel suo primo Capitolo, qualche importante diritto fondamentale. Nonostante fossero già consacrati nelle Costituzioni cantonali, questi diritti sono stati espressamente riconosciuti anche a livello federale perché la Dieta ne riteneva la relativa protezione cantonale insufficiente e li considerava necessari per riuscire a costruire un'identità nazionale¹⁶.

A norma dell'art. 41 Cost. fed. 1848, la Confederazione garantiva a tutti gli svizzeri (di nascita o naturalizzati da almeno cinque anni) appartenenti ad una delle Confessioni cristiane¹⁷ il diritto di libero domicilio su tutto il territorio elvetico, sempre che essi potessero dimostrare di godere di una buona reputazione e di provvedere al mantenimento della loro famiglia. Una volta domiciliati in un nuovo cantone, ai confederati dovevano essere riconosciuti tutti i diritti già garantiti ai cittadini cantonali nostrani, eccezion fatta per il diritto di voto negli affari cantonali che poteva essere esercitato solo dopo due anni dal momento dello stabilimento. Il riconoscimento del libero domicilio ha avuto un ruolo fondamentale nel rafforzamento dell'identità nazionale svizzera dal momento che, in precedenza, i cittadini di un cantone erano considerati stranieri negli altri e, in assenza di un obbligo di accoglienza, non godevano comunque del medesimo trattamento riservato ai residenti¹⁸.

L'art. 44 Cost. fed. 1848 era invece consacrato alla garanzia della libertà di culto delle confessioni cristiane. A quel tempo, il Legislatore aveva

¹⁶ R. Roland, *La Suisse des radicaux (1848-1914)*, in A. Georges et al. (curr.), *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, Lausanne, 1986, p. 603.

¹⁷ R. Argast, *Le modèle juridique et social de la citoyenneté suisse dans le cadre de formation de l'État national (1848-1903)*, in *Studien und Quellen: Zeitschrift des Schweizerischen Bundesarchivs*, 2003, p. 140. Questa limitazione fu accompagnata da un importante dibattito; in particolare, i rappresentanti del cantone Argovia vedevano nell'esclusione degli ebrei una grande limitazione per i cittadini dei comuni di Endingen e Lengnau: W.E. Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse. Ses origines, son élaboration, son évolution*, Boudry, 1948, p. 177 ss.

¹⁸ J.-F. Aubert, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Berne, 1974, p. 32.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

preferito favorire la pace religiosa al riconoscimento della libertà di credo e di coscienza, estromettendo quindi tutte le altre confessioni per evitare ulteriori nuovi conflitti¹⁹.

Come emerge chiaramente, tanto il diritto di libero domicilio ex art. 41 Cost. fed. 1848, quanto quello di culto ex art. 44, erano garantiti solo ed esclusivamente ai cittadini svizzeri cristiani, ciò che ha determinato, per anni, che quelli di religione ebraica non ne potessero ugualmente godere. Questa “clausola cristiana” era stata giustificata dalla paura, sollevata da alcuni cantoni, di un ingestibile afflusso di ebrei francesi ma, in realtà, rifletteva il sentimento antisemita particolarmente diffuso nella élite svizzera del tempo²⁰. Si deve aspettare fino al 1866 affinché questa clausola venga eliminata con riferimento al diritto di domicilio e, come vedremo tra poco, addirittura fino alla revisione del 1874 per la libertà di culto²¹.

Il quadro dei diritti fondamentali previsti dalla Cost. fed. 1848 era poi completato dall'art. 45 che garantiva la libertà di stampa (ma non quella di espressione)²² e dall'art. 46 concernente quella di associazione.

La Cost. fed. 1874 ha di fatto sostanzialmente ripreso i diritti previsti in quella del 1848, fatto salvo l'apporto di piccole modifiche e aggiunte. Più precisamente, la nuova Costituzione eliminava tutte le differenze previamente previste tra confessioni religiose riconoscendo la libertà di credo e di coscienza (art. 49 Cost. fed. 1874). Infatti, è da considerare che la sua adozione avvenne nel mezzo del *Kulturkampf* e, per ciò stesso, tra gli obiettivi principali della revisione, vi era quello di contribuire al mantenimento dell'ordine sociale. Accanto a questa estensione, la novità più importante inaugurata con la Cost. fed. 1874 era rappresentata dalla consacrazione *ex novo* della libertà di commercio e di industria ex art. 31²³.

La Cost. fed. del 1874 (come, d'altra parte, quella del 1848) prevedeva pertanto una tutela non sistematica e lacunosa dei diritti fondamentali²⁴. L'assenza di un catalogo esaustivo ha inciso molto sulla loro protezione,

¹⁹ T. Zimmermann, *L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse*, in F. Hafner - A. Kley - V. Monnier (curr.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, Berne, 2018, p. 43 ss.

²⁰ C. Humair, *L'État fédéral et la discrimination des juifs suisses et étrangers: analyse d'un processus politique de création e d'abolition de l'altérité (1848-1874)*, in *Didactica Historica*, 2020, p. 26.

²¹ R. Argast, *Le modèle juridique et social de la citoyenneté suisse dans le cadre de formation de l'État national (1848-1903)*, cit., p. 145.

²² E. Pierrat, *Le cadre de la liberté d'expression en permanent évolution*, in *Annalsrevue | Revue de l'avocat*, 2016, p. 161.

²³ J.-F. Aubert, *Petite histoire*, cit., p. 42.

²⁴ A. Auer, *Les droits fondamentaux et leur protection*, in *Pouvoirs*, 1987, p. 88.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

soprattutto perché, da un lato, i diritti e le libertà fondamentali venivano salvaguardati in maniera disomogenea di cantone in cantone e, dall'altro, poiché una loro violazione poteva essere invocata solo innanzi alle autorità cantionali²⁵.

In Europa, la necessità di proteggere espressamente i diritti fondamentali ha iniziato ad essere maggiormente percepita all'indomani della Seconda guerra mondiale e della fine dei regimi totalitari. È infatti proprio in questo contesto che, a livello nazionale, le Costituzioni sono state arricchite di un catalogo di diritti fondamentali e, a livello internazionale, sono stati adottati alcuni dei trattati più importanti a tutela dei diritti umani²⁶.

Negli anni '50, in Svizzera, una modifica della Costituzione federale era tuttavia praticamente impensabile²⁷, motivo per cui l'apparato di diritti fondamentali ivi contemplato non venne ampliato.

Cionondimeno, a fronte dell'inerzia legislativa, da un lato, e il rinnovato interesse per i diritti umani a livello sovranazionale, dall'altro, il Tribunale federale ha iniziato a sviluppare una giurisprudenza in materia molto più estesa, arrivando a riconoscere una serie di diritti costituzionali non scritti²⁸.

3. I diritti costituzionali non scritti nella giurisprudenza creatrice del Tribunale federale

Spostandosi nel continente sudamericano, il Cile ha destato l'attenzione. L'elenco di diritti fondamentali previsti nella Cost. fed. 1874 è stato integrato a partire dall'inizio degli anni '60 dal Tribunale federale che, *sponte sua*, sentenza dopo sentenza, ha provveduto a colmarne le lacune più evidenti.

Nella sua giurisprudenza il riconoscimento di un diritto costituzionale non scritto come fondamentale è stato costantemente subordinato al soddisfacimento di tre condizioni cumulative²⁹, ossia il fatto di detenere

²⁵ J.-F. Aubert, *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse. Essai de synthèse*, in W. Kägi et al. (curr.), *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie: Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi*, Zurich, 1979, p. 2.

²⁶ G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2019, p. 339.

²⁷ E questo per le tensioni esistenti al tempo tra i vari partiti politici: R. Pahud de Mortanges, *Histoire du droit suisse*, Zurich, 2023, p. 221.

²⁸ M. Rossinelli, *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 105.

²⁹ Tuttavia, è soltanto con la DTF 96 I 104 del 1970 che il Tribunale federale le esplicita chiaramente.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

un'importanza essenziale, godere di un consenso generale ed essere giustiziabile³⁰. Per quanto attiene alla prima, il Tribunale federale l'ha ritenuta soddisfatta ogni qualvolta il diritto in questione rappresentasse la premessa per esercitarne uno degli altri previsti in Costituzione, oppure quando costituiva un elemento essenziale nell'ordinamento giuridico e democratico della Confederazione. Affinché un diritto potesse essere riconosciuto era poi necessario che esso fosse l'oggetto di un consenso generalizzato, ossia che fosse già qualificato come tale nelle Costituzioni cantonali o nel dibattito dottrinale. Infine, per potere essere qualificato come fondamentale, era necessario che il diritto costituzionale in questione fosse giustiziabile, ossia che potesse essere invocato direttamente dinanzi ad un giudice senza l'intermediazione del legislatore.

Il Tribunale federale inaugura la sua giurisprudenza sui diritti costituzionali non scritti con il riconoscimento della garanzia della proprietà privata. Invero, tanto la Cost. fed. 1848 quanto quella del 1874 non la prevedevano espressamente e questo verosimilmente sia perché al momento della nascita della Confederazione la sua esistenza non era contestata, sia perché, alla stregua di tanti altri diritti, si riteneva che la sua regolamentazione e la relativa tutela fossero di competenza cantonale³¹. Pertanto, a livello federale, essa godeva soltanto di un riconoscimento implicito ex art. 23, cpv. 2, Cost. fed. 1874, il quale attribuiva alla Confederazione il potere di esproprio a fronte di un indennizzo³². Al contrario, tutte le Costituzioni cantonali (eccezion fatta per quella ticinese) la proteggevano esplicitamente, seppure in maniera eterogenea³³. Il primo passo verso il riconoscimento della garanzia della proprietà privata in quanto diritto costituzionale non scritto si registra addirittura nel 1948 quando, nel reiterare che nonostante le differenze sussistenti tra di esse tutte le costituzioni cantonali riconoscevano la proprietà, il Tribunale federale ne definisce il contenuto come "l'insieme dei diritti privati costituenti la fortuna privata di un individuo"³⁴. Nel 1959, con due sentenze non pubblicate³⁵ (e

³⁰ A. Grisel, *Les droits constitutionnels non écrits*, cit., p. 57

³¹ M. Hottelier, *La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse: fondement, contenu et fonctions*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 144.

³² J. Dubey, *Art. 26*, in V. Martenet – J. Dubey. (curr.), *Commentaire Romand. Constitution fédérale*, cit., § 2.

³³ G. Ottimofiore, *Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion*, Genève, 2012, p. 390.

³⁴ DTF 74 I 465 (traduzione dell'Autrice).

³⁵ Sentenza TF Oberhänsli del 24 giugno 1959 e Sentenza TF Heinrich del 21 ottobre 1959.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

sempre tramite un *obiter dictum*), il Tribunale federale arriva ad affermare che la proprietà privata era salvaguardata dal diritto federale non scritto. È però soltanto con la sentenza Keller del 11 maggio 1960 che i giudici di *Mon Repos* statuiscono espressamente che “secondo la dottrina [ad oggi] dominante la garanzia della proprietà privata è un diritto costituzionale non scritto della Confederazione”³⁶. Come sottolineato in dottrina, il Tribunale federale avrebbe comunque potuto decidere questo caso fondandosi su altre basi legali, ma ha invece preferito assicurare espressamente la garanzia della proprietà privata per tutelarne la sostanza a fronte di plurime iniziative del tempo che rischiavano di restringerla indebitamente³⁷. Si noti che soltanto nove anni dopo questa sentenza il popolo e i cantoni accettarono di introdurre un nuovo art. 22^{ter} alla Cost. fed. 1874 che, riprendendo la suddetta giurisprudenza, sanciva finalmente in maniera esplicita la garanzia della proprietà privata³⁸.

Nel 1961, con la DTF 87 I 114, il Tribunale federale riconosce un secondo diritto costituzionale non scritto, ossia la libertà di espressione³⁹. Nella sentenza in questione – che verteva su un caso di censura di un film nel Cantone Neuchâtel – il Tribunale federale la definisce come “un principio fondamentale del diritto federale e cantonale, scritto e non, ed un'estensione della protezione garantita dalla libertà di stampa”⁴⁰. Di conseguenza, almeno all'inizio, il contenuto di questa libertà non appariva chiaro, così come non sembrava tale la sua autonomia rispetto alla libertà di stampa⁴¹. È soltanto nel 1971 che il Tribunale federale si spinge a definirla come “la facoltà di fare conoscere le proprie idee e di diffonderle con qualsivoglia mezzo legale”⁴², rendendola così anche indipendente rispetto a qualsiasi altra doglianza. Si noti inoltre che, a partire dal 1978, la portata di questa libertà è stata estesa nel senso di farvi discendere la garanzia di altri

³⁶ DTF Keller, 11 maggio 1960 (traduzione dell'Autrice).

³⁷ M. Rossinelli, *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 115-116. Si veda anche M. Hertig Randall, *L'expropriation matérielle à l'aube de la jurisprudence récente*, in B. Foëx - M. Hottelier (curr.), *La garantie de la propriété à l'aube du XXIe siècle: expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine*, Genève, 2009, p. 34.

³⁸ FF 1969 II 1106.

³⁹ M. Hottelier - E. McGregor, *La liberté d'expression: regards croisés sur ses sources, son contenu et ses fonctions*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2010, p. 12.

⁴⁰ DTF 87 I 144, consid. 2 (traduzione dell'Autrice).

⁴¹ M. Rossinelli, *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 119.

⁴² DTF 97 I 893, consid. 4 (traduzione dell'Autrice).

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

diritti fondamentali come, ad esempio, la libertà d'informarsi⁴³ e quella dell'arte⁴⁴.

A seguire, nel 1963, il Tribunale federale erige a diritto costituzionale non scritto anche la libertà personale⁴⁵. Inizialmente il suo contenuto era stato fatto esclusivamente coincidere con la libertà fisica, ossia si riteneva potesse essere invocata soltanto per violazioni dell'integrità fisica⁴⁶ o della libertà di movimento⁴⁷. Tuttavia, nel corso del tempo, l'ambito di tutela della libertà personale è stato progressivamente esteso⁴⁸. Dapprima, essa ha acquisito anche una dimensione morale, nel senso di tutelare la possibilità per un individuo di avere una propria opinione e di agire di conseguenza⁴⁹. C'è poi stata una terza fase in cui la libertà personale ha iniziato ad essere concepita come un diritto complementare, ossia veniva invocata per garantire "tutte libertà corrispondenti a una manifestazione elementare della personalità umana"⁵⁰. Tra le altre, il Tribunale federale ha qualificato nella sua giurisprudenza come libertà elementari degne di tutela la dignità umana⁵¹, il diritto alla vita⁵² e la protezione della sfera privata⁵³. Questo ha inevitabilmente inciso sulla configurazione altamente composita della libertà personale, tanto che la dottrina è arrivata a domandarsi se essa non dovesse essere concepita come una libertà sussidiaria in grado di ricomprendere tutti quei diritti non provvisti di un riconoscimento e una tutela appositi⁵⁴.

L'opera creatrice del Tribunale federale è proseguita nel 1965 con il riconoscimento della libertà di lingua⁵⁵. Inizialmente, essa era concepita unicamente come il diritto di servirsi della propria lingua madre; è soltanto nel 1982 che la sua portata è stata estesa nel senso di ricomprendervi la possibilità di esprimersi in un'altra lingua abitualmente impiegata⁵⁶. Si noti

⁴³ DTF 107 Ia 234, consid. 2 (traduzione dell'Autrice).

⁴⁴ Sentenza TF Filmklub Luzern del 19 settembre 1962.

⁴⁵ DTF 89 I 92.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ DTF 90 I 29, consid. 3a.

⁴⁸ M. Hertig Randall - J. Marquis, *Art. 10*, in V. Martenet - J. Dubey (curr.), *Commentaire Romand. Constitution fédérale*, cit., § 3.

⁴⁹ A. Grisel, *Les droits constitutionnels non écrits*, cit., p. 66.

⁵⁰ DTF 97 I 45, consid. 3 (traduzione dell'Autrice).

⁵¹ Ibidem.

⁵² DTF 98 Ia 508, consid. 4a (traduzione dell'Autrice).

⁵³ DTF 102 Ia 516, consid. 3b.

⁵⁴ M. Hottelier, *Le droit à la vie et la liberté personnelle (article 10 Cst.)*, in *Fiches juridiques suisses*, 2003, p. 4.

⁵⁵ DTF 91 I 480.

⁵⁶ M. Rossinelli, *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 142.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

tuttavia che questa libertà ha nel tempo subito diverse restrizioni⁵⁷ a causa del principio di territorialità⁵⁸, che garantisce la ripartizione territoriale delle lingue in Svizzera⁵⁹.

L'ultimo diritto costituzionale non scritto ad essere stato consacrato come tale da parte del Tribunale federale in questa prima fase è stata, nel 1970, la libertà di riunione⁶⁰. Secondo i giudici di Mon Repos questa libertà non soltanto configurava una condizione essenziale per l'esercizio dei diritti politici, ma rappresentava anche un elemento indispensabile per il mantenimento del regime democratico della Confederazione⁶¹. A differenza di tutti gli altri, i giudici non ne hanno stilato una vera e propria definizione, ma hanno preferito enumerarne i tratti caratteristici⁶². Più precisamente, essi hanno ritenuto che vi sia una riunione ogni qualvolta un certo numero di persone si incontrano per una durata di tempo limitata in un determinato luogo con il fine ultimo di perseguire uno scopo comune.

Dopo una lunga pausa⁶³, il Tribunale federale ha infine riconosciuto nel 1995 un altro diritto costituzionale non scritto, quello al minimo vitale⁶⁴. I giudici hanno giustificato la loro scelta sostenendo che il minimo vitale configurasse la condizione per l'esercizio di tanti altri diritti costituzionalmente previsti e che godesse di un consenso generalizzato in dottrina, nonché fosse direttamente giustiziabile⁶⁵. Nonostante questo sforzo fosse stato particolarmente apprezzato poiché aggiungeva un diritto sociale alle libertà negative previamente riconosciute, la sua protezione

⁵⁷ Tanto da portare Auer a dubitare dell'utilità del suo riconoscimento: A. Auer, *D'une liberté non écrite qui n'aurait pas dû l'être: la "liberté de la langue"*, in *Aktuelle Juristische Praxis*, 1992, § 44.

⁵⁸ Sancito per la prima volta nella DTF 100 Ia 462, consid. 2b.

⁵⁹ S. Weerts, *Art. 18*, in V. Martenet - J. Dubey (curr.), *Commentaire Romand. Constitution fédérale*, cit., § 10.

⁶⁰ DTF 96 I 219.

⁶¹ G. Malinverni, *Art. 22*, V. Martenet - J. Dubey (cur), *Commentaire Romand. Constitution fédérale*, cit., § 1.

⁶² M. Rossinelli, *Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 154.

⁶³ Durante la quale il Tribunale federale ha rifiutato di riconoscere come diritti costituzionali non scritti, tra gli altri, il diritto di progettare monumenti funebri (DTF 96 I 104) e il diritto all'istruzione (DTF 103 Ia 369).

⁶⁴ DTF 121 I 367

⁶⁵ Per un'analisi approfondita di questa decisione si veda S. Gerotto, *Il diritto a condizioni minime di esistenza nella Costituzione svizzera*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, p. 76 ss.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

rimaneva nondimeno fragile, in quanto il Tribunale federale aveva mancato di stabilire il *quantum* delle condizioni minime di esistenza⁶⁶.

In conclusione, nel corso del XX secolo, il Tribunale federale ha contribuito ad aumentare il numero di diritti fondamentali tutelati a livello federale. Cionondimeno, una parte della dottrina ha sottolineato che, fissando delle condizioni per il riconoscimento così restrittive, il Tribunale federale ha da ultimo consacrato pochi classici ed elementari diritti fondamentali, quasi a volere evitare il rischio di oltrepassare i suoi poteri⁶⁷.

4. *L'internazionalizzazione dei diritti fondamentali*

Nello Accanto all'opera creatrice del Tribunale federale, anche l'adesione della Svizzera a plurimi trattati internazionali a tutela dei diritti umani ha contribuito al progressivo riconoscimento di nuovi diritti fondamentali⁶⁸.

Invero, all'indomani delle atrocità della Seconda guerra mondiale, divenne immediatamente chiaro che la salvaguardia dei diritti umani non potesse più essere appannaggio esclusivo degli Stati che, negli anni precedenti, si erano al contrario rivelati essere la loro più grande minaccia. Le convenzioni a protezione dei diritti umani adottate a livello regionale e universale a partire da questo momento avevano quindi come scopo quello di garantirne il rispetto a livello sovrastatale, integrando così le Costituzioni nazionali⁶⁹.

In Svizzera, questo processo è stato facilitato da almeno tre fattori strutturali⁷⁰. Il primo è direttamente connesso alla sua struttura monista⁷¹ per cui questi trattati, una volta ratificati, hanno immediatamente iniziato a dispiegare i loro effetti nell'ordinamento nazionale.

Il secondo attiene invece proprio al carattere lacunoso della Cost. fed. 1874 in materia di diritti fondamentali che ha portato il Tribunale federale a

⁶⁶ B. Fleischmann et al., *Suisse*, in *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 1997, p. 843.

⁶⁷ M. Hottelier, *La Convention Européenne de Droit de l'Homme*, cit., p. 15.

⁶⁸ E, in particolare, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: A. Auer, *Les droits fondamentaux*, cit., p. 88.

⁶⁹ M. Hertig Randall, *L'internationalisation de la juridiction: défis et perspectives*, in *Revue de droit suisse*, 2010, p. 243.

⁷⁰ N. Zimmermann, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral Suisse*, in *Zeitschrift für Schweizerische Recht*, p. 209 ss.

⁷¹ P. Mahon, *Droit constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Bâle, 2014, p. 336.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

fondarsi, a più riprese, sui suddetti trattati e, in particolare, sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora innanzi CEDU), al fine di garantirne la tutela in assenza di una previsione costituzionale espressa. Si noti tuttavia che questo processo ha avuto inizio soltanto a partire dalla fine degli anni '80 poiché, nella sua giurisprudenza iniziale⁷², il Tribunale federale aveva conferito alle disposizioni convenzionali una portata puramente accessoria rispetto a quelle costituzionali, nel senso che aveva favorito l'applicazione dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione⁷³. È soltanto all'indomani delle prime condanne⁷⁴ della Svizzera da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora innanzi, Corte EDU) che il Tribunale federale ha iniziato a fondarsi direttamente sulla CEDU rivoluzionando, tra le altre, la sua giurisprudenza in materia di diritto degli stranieri⁷⁵ e di garanzie di procedura⁷⁶.

Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali alla luce del diritto internazionale pattizio è stato favorito, in terzo luogo, anche dalla cosiddetta immunità delle leggi federali. Prevista dall'art. 113 Cost. fed. 1874⁷⁷, essa prescriveva che il Tribunale federale fosse tenuto ad applicare le leggi federali, anche qualora risultassero contrarie al dettame costituzionale. Questa regola, ancora oggi vigente, ha progressivamente portato i giudici di Mon Repos ad utilizzare come parametro di legittimità delle leggi federali il diritto internazionale pattizio (e, segnatamente, la CEDU) al posto di quello costituzionale nazionale⁷⁸, ciò che ha inevitabilmente accresciuto l'importanza del diritto umanitario pattizio in Svizzera.

⁷² Inaugurata a partire dalla DTF 101 1a 67.

⁷³ Si parlava in questo senso di *Günstigkeitsprinzip* (o principio di favore): M. Hottelier, *La Convention Européenne de Droit de l'Homme*, cit., p. 37.

⁷⁴ Intervenute, rispettivamente, il 25 marzo e il 13 luglio 1983 con riferimento all'art. 6, §§ 1 e 2, CEDU.

⁷⁵ Si veda, tra gli altri, la DTF 109 1b 183.

⁷⁶ Si veda, tra gli altri, la DTF 128 I 288.

⁷⁷ Oggi art. 190 Cost. feur. 1999. Per un approfondimento sulla portata di questo articolo si veda G. Malinverniet al., *Droit constitutionnel suisse. L'État*, 2021, p. 715 ss.

⁷⁸ Attraverso un controllo detto di "convenzionalità". Sul punto si vedano F. De Rossa Gisimundo, *Il ruolo delle Corti costituzionali costituzionali nella governance multilivello. Svizzera: il Tribunale federale*, in *EPRS. Servizio Ricerca del Parlamento europeo*, 2016, p. 20; M. Hottelier, *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice en Suisse ou l'exercice d'un contrôle concret des normes*, in M. Fatin-Rouge Stefanini - C. Severino (curr.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, 2017, p. 111 ss.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale**5. I diritti fondamentali nella Cost. fed. 1999: un processo di sedimentazione
progressiva*

Nel corso del XX secolo, la Cost. fed. 1874 non conosce che minime revisioni⁷⁹ con riferimento ai diritti fondamentali. Invero, oltre al diritto di proprietà⁸⁰, le uniche riforme riuscite furono l'introduzione del suffragio femminile a livello federale nel 1971⁸¹ e della clausola di non discriminazione in base al genere nel 1981⁸². Di conseguenza, ancora a quel tempo, la tutela dei diritti fondamentali risultava fortemente disomogenea da cantone a cantone e si caratterizzava, nei confronti delle autorità federali, per la previsione di obblighi di tutela limitati al minimo⁸³.

Il processo di consacrazione dei diritti fondamentali è stato quindi portato a compimento soltanto diversi anni dopo con la revisione totale della Cost. fed. 1874, che ha portato all'adozione della Cost. fed. 1999.

La Cost. fed. 1999 actualizzava, da un lato, il contenuto della vecchia Costituzione alle esigenze della vita istituzionale, giuridica e politica contemporanee e, dall'altro, ne sistematizzava il contenuto⁸⁴. Come è immaginabile, l'epicentro di questo processo di riforma fu l'adozione di un primo vero e proprio catalogo di diritti fondamentali⁸⁵, consacrato al Capitolo 1 del Titolo 2 (artt. 7 – 36). Esso fu redatto prendendo ispirazione da quattro fonti principali, motivo per cui in dottrina si parla di un processo di “*sédimentation progressive*”⁸⁶ o, ancora, di “*Nachführung*”⁸⁷ dei diritti fondamentali. La prima fonte di riferimento è stata proprio la Cost. fed. 1874, le cui disposizioni concernenti i diritti fondamentali sono state

⁷⁹ Invero, tutte altre proposte di modifica furono bocciate in sede di votazione popolare: N. Zimmermann, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral Suisse*, in *Zeitschrift für Schweizerische Recht*, cit., p. 209.

⁸⁰ Si veda *supra*, § 3.

⁸¹ Per un approfondimento sul lungo e travagliato percorso che ha portato all'estensione del diritto di voto a livello federale alle cittadine svizzere si veda L. Ruckstuhl, *Il suffragio femminile in Svizzera. Storia di una conquista*, Lugano, 1991.

⁸² E. Kleber, *La discrimination multiple. Étude de droit international, suisse et européen*, Zurich, 2015, p. 174 ss.

⁸³ M. Hottelier, *La Convention Européenne de Droit de l'Homme*, cit., p. 13.

⁸⁴ M. Hottelier, *Suisse*, in *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 2014, p. 436.

⁸⁵ M. Hottelier, *La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux*, in *Cahiers genevoise et romands de sécurité sociale*, 2001, p. 12.

⁸⁶ M. Hottelier, *Suisse*, cit., p. 441.

⁸⁷ N. Zimmermann, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral Suisse*, in *Zeitschrift für Schweizerische Recht*, cit., p. 184. Ciò che emerge chiaramente anche dal Messaggio del Consiglio federale: Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale (FF 1997 I 1), 107 ss.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

mutuate, con gli opportuni adattamenti, nel catalogo della Cost. fed. 1999. Così, per esempio, la libertà di credo e di coscienza prevista all'art. 49 Cost. fed. 1874 è stata consacrata all'art. 15 Cost. fed. 1999 o, ancora, la libertà di commercio e di industria ex art. 31 Cost. fed. 1874 lo è stata all'art. 27 Cost. fed. 1999 sotto la dicitura di libertà economica. I costituenti sono stati poi influenzati dalle Costituzioni cantonali allora vigenti e, in particolare, da quella bernese del 1993⁸⁸. In terzo luogo, il catalogo è stato elaborato prendendo spunto dai diritti umani tutelati a livello internazionale. Si pensi, ad esempio, a norme imperative del diritto internazionale come il divieto di tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti⁸⁹ o, ancora, a garanzie procedurali come la presunzione di innocenza o il diritto di difesa⁹⁰ già consacrati dalla CEDU e dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ONU II)⁹¹. La quarta ed ultima fonte che ha contribuito alla redazione di questo catalogo è stata la giurisprudenza del Tribunale federale in materia di diritti costituzionali non scritti: invero, nel catalogo della Cost. fed. 1999, si ritrovano tutti quei diritti dapprima consacrati a livello giurisprudenziale. Così, l'art. 26 Cost. fed. 1999 riconosce la proprietà privata, l'art. 16 Cost. fed. 1999 la libertà di espressione, l'art. 10 Cost. fed. 1999 quella personale, l'art. 18 Cost. fed. 1999 quella della lingua e, infine, l'art. 12 Cost. fed. 1999 il diritto al minimo vitale.

6. Riflessioni conclusive

In Svizzera, i primi diritti fondamentali sono stati riconosciuti a livello federale all'indomani dell'adozione della Cost. fed. 1848 che, nello specifico, garantiva il diritto di libero domicilio e di culto agli svizzeri cristiani, la libertà di stampa e quella di associazione. La Cost. fed. 1874 ha rappresentato, sotto questo profilo, una modestissima evoluzione rispetto alla sua versione precedente, in quanto si era limitata ad eliminare le differenze stabilite in forza dell'appartenenza religiosa e a consacrare, in aggiunta, solo la libertà di commercio e d'industria. Invero, si deve attendere fino alla revisione totale del 1999 affinché la Costituzione federale venga arricchita di un vero e proprio catalogo di diritti fondamentali.

⁸⁸ N. Zimmermann, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral Suisse*, in *Zeitschrift für Schweizerische Recht*, cit., p. 185.

⁸⁹ Art. 10 Cost. fcur. 1999

⁹⁰ Art. 32 Cost. fcur. 1999

⁹¹ Assemblea generale ONU, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ONU II), 16 dicembre 1966.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

Cionondimeno, nei decenni che hanno preceduto questa riforma, i diritti fondamentali hanno trovato in Svizzera un importante riconoscimento a livello federale grazie, da un lato, all'opera creatrice del Tribunale federale e, dall'altro, alla progressiva internazionalizzazione del diritto nazionale. Con riferimento al primo aspetto si noti che, tra il 1960 e il 1995, il Tribunale federale ha sviluppato una giurisprudenza sui diritti costituzionali non scritti attribuendo questa qualifica alla garanzia della proprietà privata, alla libertà di espressione, alla libertà personale, alla libertà delle lingue, alla libertà di riunione e al diritto al minimo vitale. In relazione al secondo, è stata l'adesione della Svizzera a plurimi trattati internazionali a tutela dei diritti umani ad avere parzialmente sopperito alla relativa tutela lacunosa prevista nella Cost. fed. 1874.

Il modello costituzionale del 1874 con cui la Svizzera ha affrontato la tutela dei diritti fondamentali presentava pertanto almeno due peculiarità.

Innanzitutto, a differenza della maggior parte dei paesi⁹² dell'Europa continentale, la Svizzera aveva rinunciato a dotarsi in Costituzione (o in un connesso Preambolo) di un catalogo relativamente ampio ed organico di diritti fondamentali, supponendo che le costituzioni cantonali fossero già sufficientemente complete. Cionondimeno, con la sua giurisprudenza, il Tribunale federale ha parzialmente sopperito a questa lacuna. A tale proposito, pertanto, si può affermare che fino all'adozione della Cost. fed. 1999 la tutela dei diritti fondamentali in Svizzera era improntata ad un principio di costituzionalizzazione più che di codificazione, nel senso che essi trovavano più che altro riconoscimento nell'opera creatrice della giurisprudenza federale⁹³.

La seconda peculiarità, strettamente correlata alla prima, attiene invece al potere dei giudici. Come suggerisce Bernard⁹⁴, il modello svizzero ci dimostra che, seppur in principio i diritti fondamentali sono garantiti dal potere costituente, non è escluso che i tribunali possano riconoscerli a

⁹² Dal computo, oltre alla Svizzera, erano escluse anche l'Austria e la Francia. Invero, la Costituzione del 1920 austriaca, non prevedeva – a causa delle controversie ideologiche sorte tra i partiti dopo il primo Conflitto mondiale – un catalogo di diritti fondamentali: A. Jakab, *Das österreichische bundes-verfassungsgesetz (1920) und die Weimarer Reichsverfassung (1919). Weimars negativer Einfluss auf die österreichische Verfassung*, in *Revista de Historia Constitucional*, 2019, p. 437. Lo stesso valeva per la Costituzione del 1958 francese che, per garantire la tutela dei diritti fondamentali, aveva preferito rimandare alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: C. Denizeau, *Droit de libertés fondamentales*, Paris, 2023, p. 32.

⁹³ S. Ceccanti, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica della giurisprudenza del Tribunale federale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, p. 1000.

⁹⁴ F. Bernard, *op. cit.*, p. 23.

Micol Ferrario

*La tutela dei diritti fondamentali sotto l'egida della costituzione federale svizzera del 1874:
tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale*

fronte delle imperfezioni del testo costituzionale e che, in un secondo momento, la loro attività creatrice venga approvata anche dagli altri organi dello Stato. Invero, la revisione della Cost. fed. 1999 è stata realizzata anche attraverso una “pacifica ratifica del lavoro svolto negli anni precedenti dal Tribunale federale”⁹⁵, la cui giurisprudenza è stata pertanto espressamente accolta dal Legislatore (in senso ampio, che ricomprende anche il Popolo) e dal Governo.

ABSTRACT: The article examines the protection of fundamental rights under the Swiss Federal Constitution of 1874, with particular emphasis on the oscillation between sparse codified guarantees and the development of protection through case-law. The analysis is grounded in the constitutional antecedents of 1848, from which the initial, limited federal safeguards are traced in order to elucidate the premises of the 1874 framework. It then considers the creative jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal and the progressive internationalisation of rights protection, situating these dynamics within the process that culminated in the systematic codification of fundamental rights in the Swiss Federal Constitution of 1999.

KEYWORDS: Swiss Federal Constitution of 1874 - fundamental rights - unwritten fundamental rights - Swiss Federal Tribunal's case law - internationalisation of fundamental rights

Micol Ferrario – Lecturer in Diritto Costituzionale e Pubblico, Università L. Bocconi. (micol.ferrario@unibocconi.it)

⁹⁵ S. Ceccanti, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica della giurisprudenza del Tribunale federale*, cit., p. 999.