



Costituzionale 2

Bozza di Appunti del Corso B – Prof Scaccia

S.L.F.

Costituzionale II – Prof. Scaccia.

Tema : Art 1.

Art. 1 Comma 1

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

Con la fine del periodo fascista, la prima decisione sulla forma di governo spettò al popolo Italiano il quale si esprime, tramite Referendum, a favore della **Repubblica**.

Le decisioni sulla nuova Carta Costituzionale, invece, furono prese dall'assemblea Costituente. Un potere costituente istituisce un nuovo **ordine**. Come giustamente affermò Mortati, nel volume "la costituente", tale assemblea non aveva limiti di potere poiché è proprio lei che deve decidere e stabilire questo nuovo ordine. Quindi era ovvio che l'assemblea costituente **avesse anche il potere legislativo**.

In realtà però, tale assemblea aveva un limite. Poteva, infatti, modificare e disciplinare tutto ad esclusione l'esito del referendum. Di conseguenza, e anche quasi inutilmente, il principio della non modificabilità di tale forma di stato fu poi esplicitato nell'ultimo articolo della costituzione. Il principio repubblicano, e quindi l'articolo 1, non può essere toccato.

Tutto ciò non è in contrasto con l'art 28 della costituzione francese che impone ai vivi la possibilità di modificare ciò che i morti avevano stabilito perché le generazioni presenti non possono essere limitate da quelle passate.

Questo è quindi il significato del termine **Repubblica**. Tocca chiedersi se questo termine ha un'accezione solo negativa, nel senso di non monarchico, o anche positiva. La soluzione sta nell'Art. 139 che è come se imponesse la scelta del capo dello stato su base democratica tramite elezioni stabilendo la **necessarietà** di questo principio. Ma è sufficiente questo concetto per spiegare il termine? Se questa formula non fosse completata dagli articoli precedenti direbbe poco o nulla oltre quel concetto.

Ma spingendoci un po' oltre, analizzando l'aggettivo "**democratica**" possiamo chiederci cosa si intende con tale aggettivo. Forse è così banale da non richiedere spiegazioni. L'accezione comune identifica democratico il frutto di una scelta derivante dal popolo. Ma se l'unità del popolo venisse frammentata, non potremmo definire tale decisione come democratica, ma bensì come frutto della decisione di una maggioranza.

L'unica alternativa sarebbe allora l'**unanimità** ma ci accorgeremmo subito che essa non è altro che limitante ed ingiusta, perché conferirebbe ai dissenzienti un peso maggiore di quello dei consenzienti. Si risolverebbe quindi in un **potere di veto**.

All'interno di tale principio possiamo pure prendere in considerazione i sistemi con il quale il voto può essere espresso:

1. Il primo e più puro sarebbe quello di democrazia diretta, ovvero ,come è stata definita, **democrazia pura**.
2. Il secondo sarebbe quello **rappresentativo**, ovvero meno puro ma più diffuso nelle democrazie moderne. Questo anche perché non si può chiedere alla totalità del popolo di dedicarsi abitualmente a tale attività, per cui è necessario delegare dei rappresentanti.

Parlando quindi di **rappresentanza**, la regola dell'unanimità cede davanti alla regola della maggioranza. Questa, secondo Kelsen, fa raggiungere il più alto soddisfacimento delle volontà dei più. Siamo di fronte a due apparenti ingiustizie per cui siamo obbligati a scegliere quella meno ingiusta, quella che riesce a raggiungere la volontà dei più. Ecco che la regola unanimistica quindi cede il passo a quella maggioritaria.

Ritornando alle differenze fra i due tipi di democrazia, ovvero fra quella diretta e quella rappresentativa, sembra che oggi la **prima**, grazie alle nuove tecnologie, possa essere **recuperata**. Ma la costituzione lo permetterebbe? Sembra di sì.

È necessario distinguere il termine "**Nazione**" che si usa per indicare una comunità di destini, di usanze, dal termine **Repubblica**. Bisogna riferire quindi il termine democratico **all'unità degli apparati**, e quindi definire questo principio come applicabile alla totalità dell'ordinamento. Con quale misura quindi possiamo applicare tale principio alla Repubblica e ai suoi apparati?

Questo principio deve essere applicato **partendo dal vertice**. Come deve quindi essere eletto il capo dello stato? Tramite democrazia diretta o rappresentativa?

Se fosse eletto dal **popolo**, avrebbe una giustificazione maggiore. Questo avrebbe quindi maggior potere decisionale. In tal caso potrebbe anche avere il potere di sanzionare le leggi come era in potere al re durante il precedente regime? Ciò fu dibattuto in costituente e ne uscì fuori proprio che ciò dovesse dipendere dalle modalità di elezione del presidente. Solo tramite principio dell'investitura popolare a questo può essere riconosciuto un potere di veto.

Passando al **Parlamento** vediamo che esso è l'organo democratico per eccellenza. Prima però che la stessa elezione era diversa da quella odierna. Oggi tutto è diverso anche grazie ai nuovi **mass media**. Questi hanno modificato molto il modo di esprimersi di questo organo. Prima il linguaggio che usavano era quasi incomprensibile alle masse. Si pensava che la Tv avrebbe tolto alle camere la loro centralità, spostando i dibattiti politici sempre più in altri luoghi fuorché dentro le camere, e così è stato. Prima si pensava che il parlamento fosse l'unico luogo dove si potesse svolgere il processo politico. In questi termini deve essere letto il testo costituzionale.

Per quanto riguarda il **governo**? Questo gode di una legittimazione democratica di secondo grado perché è basato sul parlamento. Ma anche all'**amministrazione**, la seconda faccia del governo, può applicarsi il principio democratico? Qui torniamo ad un principio di democrazia più antico. Questo si basa più sul principio di **legalità**. L'amministrazione deve quindi garantire la pedissequa applicazione delle leggi. In sede applicativa – amministrativa non si può mettere in dubbio la parola del Parlamento e quindi del popolo.

Come si applica quindi il principio democratico nell'ambito dell'amministrazione? Questa deve essere **svincolata da condizionamenti politici**, perché essa deve comunque svolgere il suo lavoro

incondizionatamente dal partito al governo. I pubblici impiegati, infatti, sono al servizio esclusivo della nazione, non funzionari dei partiti. Però **nella scelta dei capi** dei dicasteri (ministri) sembra che il principio democratico non sia perfettamente applicato, preferendosi il principio dell'intuitus personae. Lo stesso non si può dire per i posti **inferiori** ove si deve cercare di garantire **l'imparzialità dalla guida politica**.

Quindi qui il principio democratico non è applicato in modo integrale. Questa non è però del tutto assente e si traduce: **nell'indipendenza**, per cui solo i posti più alti è giusto che cambiano, lasciando **l'indirizzo al governo** mentre la gestione spetta all'amministrazione; il principio del **concorso**, che seleziona i capaci indipendentemente dalla loro provenienza. L'amministrazione deve quindi essere di tutti, deve avere un carattere popolare.

Tema 2: il popolo.

Art. 1 Comma II

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Il popolo non muore mai, si rinnova continuamente. È un'entità immortale, al contrario del governo.

Ma chi è il popolo? Da chi è costituito? Karl Smith descriveva il popolo come un'unità spirituale, un idem sentire, una identità ontologica e spirituale preesistente alla sua qualificazione giuridica. Da ciò faceva discendere che il popolo non poteva farsi rappresentare da nessuno e solo un capo poteva essere in grado di rappresentare la volontà del popolo. Nelle votazioni il popolo è frammentato a causa della cabina elettorale. La volontà del popolo si esprime solo tramite **acclamazione**. In quello stesso tempo si cercò quindi di far inserire nella macchina statale questo popolo per farlo identificare nel capo. Si crea quasi una religione pagana che postula l'annichilimento della persona singola a favore della massa statale.

Si costruiscono vere e proprie **sette**, quasi come chiese. Le **istituzioni** venivano a comporre una vera e propria religione.

Si poteva definire democratico questo sistema? In questo stesso periodo Smith afferma che il custode dei valori costituzionali deve essere un **Capo**, non una corte. Oggi è applicabile tale principio? No, un costituzionalista non si fida di nessuno. Un capo eletto democraticamente lo sarebbe all'inizio, ma poi? Tale sistema inizierebbe con l'essere democratico **ma poi si trasformerebbe in dittatoriale**.

Analizziamo ora chi è il popolo nello stato democratico moderno. In generale si configura come la somma dei maggiorenti. Non vi è più, come in passato, un criterio di selezione su base censitaria o di capacità intellettuale.

“La sovranità appartiene al popolo”, “**appartiene**”, non deriva. Prima il re “derivava” la sua sovranità dal popolo, ovvero era vincolato ad esercitare la sovranità in coerenza con la preservazione del popolo.

Non esiste un ente che possa completamente racchiudere ed esercitare tale sovranità. Quali sono allora le forme di sovranità popolare? Torniamo alla partizione fra **democrazia diretta e democrazia rappresentativa**. Vediamo quindi quali sono le possibilità di espressione della volontà del popolo:

1. Vediamo quindi l'art 50, le **petizioni**. Essa è un modo di espressione della sovranità popolare che però si risolve in un' **informativa**. Si risolve in una capacità d' interlocuzione con le camere. Tale è una forma, piuttosto **miserabile**, della sovranità popolare.
2. Proseguiamo con l'art 75, ovvero il **referendum popolare abrogativo di leggi o di atti aventi forza di legge**. Il popolo può così imporre la propria volontà sulla volontà dei rappresentanti.
3. Il popolo è però escluso dal processo di formazione delle leggi. Infatti anche con l'art 71 si dà al popolo il potere di iniziativa legislativa. Ma tale non è da solo sufficiente a creare la legge. È solo una **proposta**, ma questa potrà essere **modificata** o anche **semplicemente ignorata**. Anche qui si ha una debole partecipazione.

Leggendo quindi retrospettivamente questo principio di sovranità vediamo che in ogni caso il popolo è **escluso “attivamente” dalla funzione legislativa** che è esercitata monopolisticamente dalle camere del parlamento.

Inoltre questo si comprende analizzando il progetto molto più ambizioso di Mortati circa gli istituti di democrazia diretta. Qui vi era un **referendum propositivo** (come l'art 71 ma con la mora per il parlamento di accettarla per così come era oppure provocare un voto popolare sulla stessa legge) Simile a quello della repubblica di Weimar, e ancora **referendum arbitrali**, in caso di controversie fra poteri dello stato.

Quindi di regola, il popolo può esercitare la sovranità **solo in maniera delegata.**

La sovranità è essenzialmente **rappresentativa**. Ma nel 2000 la corte costituzionale afferma che la **sovranità**, appartiene al popolo, ovvero ad una entità che non si puntualizza in una sede della costituzione, ma che è in realtà disseminata in una pluralità di istituti: nel governo, nelle camere, in organi di garanzia come la corte costituzionale o il presidente della repubblica, ma anche nelle autonomie territoriali (comuni, province, camere di commercio). Infine la sovranità si esercita, infine, anche **nell'espressione** dei diritti fondamentali attribuiti dalla costituzione.

Dove vediamo questa sovranità nelle funzioni statali? È banale dire che questa si vede nelle Camere come potere legislativo, nel Governo come potere esecutivo, nella magistratura come potere giurisdizionale.

Sovrana è la costituzione, lei stabilisce il modo e i limiti all'esercizio di questa da parte degli individui.

Tema 3: Art. 2.

Art 2

*La Repubblica **riconosce** e **garantisce** i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

“Riconosce”

La repubblica “**riconosce**”, verbo molto forte che fa rabbrivire. Riconosce chi vede altro da se, non costituito, non proveniente da se. Con “Repubblica” si intende l’insieme degli enti di questa comunità statale. “Riconosce” nel senso che non è completamente dominabile proprio perché altro da se.

Il problema che sorge qui è quello del “fondamento”, quale è il fondamento di questi diritti? In cosa trovano tale fondamento? Le risposte sono di vari tipi:

1. Nella natura umana (giusnaturalismo). In questa teoria si sostiene che senza tali elementi la natura umana sarebbe privata di suoi caratteri immanenti ed essenziali. Diritti universali nel senso di **atemporali**, non collocati in un contesto storico o ambientale (come la teoria storicistica) ma appartenenti all’umanità in quanto tale.

Chi è che ha il potere di riconoscere quando questi diritti sono stati **violati**? Anticamente era il Papa ad assumere tale compito ed tale violazione era sanzionata tramite la scomunica. Tale aveva un valore politico ed autorizzava i sudditi a ribellarsi al loro re.

Si ha quindi la ricerca di un fondamento **immortale ed astratto** che poteva dare una sorta di protezione dall’esercizio del potere politico da parte dei governati. Ma che contenuti si ricavano dal diritto naturale? Come si individuavano?

Secondo Spinoza, seguendo questo principio si dovrebbe scegliere il sovrano in base alla **forza**, sì da essere **protetti**. <<Obbedisco perché riconosco la tua forza, ma tu devi proteggermi>>.

Locke, invece, si accorge che alla base della natura umana vi è la libertà. La società civile deve garantire e **preservare la libertà** dell’uomo. Ma ancora oggi questa libertà non è riconosciuta in tutte le costituzioni.

In realtà tale teoria stabilisce un fondamento estremamente scivoloso. Come definire tali diritti inviolabili? Su cosa dobbiamo basarci? Dobbiamo basarci sulla religione? Il fatto è che in un catalogo degli assoluti, i diritti che oggi corrispondono a leggi interne/morali, per avere una **traduzione in senso politico prima devono essere confrontati**. Vari principi sono poi quelli:

- a. Principi **auto evidenti**, fondati filosoficamente. Di questi principi facevano parte anche il diritto alla tortura od alla schiavitù. Anche questi non sono affidabili in quanto sono **valori relativi**.
- b. Principi **religiosi**, a seconda della religione i valori cambiano. La costituzione non può basarsi su questa come non può basarsi su alcuna filosofia.

2. Abbiamo poi la teoria **Statualista** per cui sono valori universali solo quelli che si basano sul **consenso di tutto il genere umano**. Non esistono i diritti fuori dallo stato. Lo stato è totalità, ha in se i sudditi e la pienezza del potere. I diritti sono quindi pubblici. È lo stato che li dà e li concede. **Sono diritti soggettivi ma pubblici** in quanto si collocano tutti dentro la sfera statale e rappresentano effetti riflessi della autolimitazione dello stato. Le norme sui diritti descrivono quindi una sfera di limitazione alla competenza generale dello stato. Diventa quindi comune nella sua prima formulazione positiva la dizione di **libertà dallo stato**. Essa è libertà negativa: libertà di circolazione, libertà dagli arresti.

Da qui “Yellineck” fa un passo avanti: non ci si può limitare della libertà negativa. È importante uno “status active civitatis”. Così la nozione di libertà comincia ad essere intesa come **autonomia, partecipazione al potere**. Non basta essere protetti nella propria casa, i cittadini vogliono partecipare alla casa comune. Libertà di votare, di associarsi, di pensiero. Tali libertà di seconda generazione sono libertà **nello Stato**. Libertà riconosciute affinché la volontà dello stato concorra con la volontà dei cittadini.

Ma è necessario definire che un diritto non spunta mai da nulla. Di solito prevede l'eliminazione di un altro diritto o l'introduzione di un dovere. In molti casi si effettua l'eliminazione di un diritto non contestato da nessuno, in altri, invece, questo può collidere con altri diritti non ancora defunti. Si devono quindi esaminare i gradi di protezioni direttamente correlati con gli interessi che stanno dietro quel diritto.

Si tratta di applicare una **regola di bilanciamento**. I diritti fondamentali sono pretese che vogliamo realizzate sempre in misura più ampia il che comporta da una parte un progressivo restringimento dell'area del potere pubblico in quell'ambito, mentre dall'altra la compressione o addirittura l'eliminazione di un diritto alla base del quale vi è un interesse minore della comunità.

“..e garantisce..”

Ora, avendo riconosciuto il fondamento (qualunque esso sia purché vi sia) ciò che diventa più importante è la **garanzia degli stessi**. Non basta riconoscere i diritti, ma **occorre garantirli direttamente in costituzione**, stabilendo anche gli **strumenti di protezione** degli stessi.

Anche prima vi erano tali strumenti (es il diritto di resistenza) ma tali erano eterei come i diritti che salvaguardavano. La novità, invece, sta nel fatto che la protezione dei diritti è compiuta dalla stessa costituzione, quindi abbiamo la previsione di una garanzia compiuta dallo stesso ordinamento. Il controllo è giuridico, non meramente astratto.

L'imposizione di tali tutele si ha nello **stato di diritto**. Qui la garanzia sta nella legge. Ogni potere (principio di legalità) deve essere stabilito e deve trovare il suo fondamento nella legge. L'ordinamento stesso dà il potere al giudice amministrativo per annullare qualsiasi atto in violazione. Ma è la legge stessa che definisce il limite e che quindi decide quando un diritto è stato violato o no.

Diritti di questo genere sono diritti **negativi**, libertà da qualcosa e sono protetti da norme che stabiliscono le competenze dei poteri statali.

Ma come sono garantiti e **come si attuano i diritti?** Tramite via giurisprudenziale, legislativa o da soli?

La situazione si complica se ipotizziamo una teoria **istituzionalistica**. Secondo tale teoria i diritti sono degli istituti che nella loro complessiva trama danno una certa configurazione alla società all'ordinamento. I **diritti sono istituzione** e non devono essere considerati nell'ottica soggettivo individualistica. Sono **elementi dell'ordinamento**.

Senza tal teoria, per il primo caso dei diritti difensivi (o **negativi**), l'ordinamento lascia dello spazio e l'opera di attuazione del diritto è solo un'opera eseguitica della costituzione. Sarà l'interprete, ovvero il giudice, più che il legislatore a definire i confini di tale libertà.

Quando invece consideriamo i diritti pretensivi (o **positivi**), il testo costituzionale, e quindi la semplice opera giurisprudenziale, da solo non basta più. Es il diritto alla salute come si applica senza leggi che stabiliscono ospedali, medici ecc cc?

Il grado di tutela è variabile a seconda del **livello di democrazia**. Addirittura tale tutela dipende dall'opinione politica considerata. Ve ne sono alcune che hanno una maggior tutela, altre che non ne hanno (es il negazionismo).

Distinguiamo anche **possibilità di fatto** e **possibilità di diritto**. Per le prime vi è la possibilità teorica ma in concreto poi non si può applicare. Una libertà dipende dalle possibilità di fatto. **Maggiore è il potere minore è la libertà**. La possibilità di diritto (poss. Giuridica) è ancora più importante.

Sono stabiliti anche dei **limiti** a questi diritti. Tali limiti sono necessari per il contemperamento reciproco tra posizioni soggettive riconosciute in costituzione.

Importantissimo è sottolineare che per effettuare questo bilanciamento, ovvero per metterli a confronto devo considerare il caso **concreto**. Tali problemi non sono infatti risolvibili in astratto. Per effettuare questo bilanciamento è necessario considerare il caso di specie. E qui possono essere ammesse delle graduazioni.

Per risolvere il problema è stata tentata anche l'**oggettivazione** dei diritti e quindi anche la gerarchia degli stessi. In questo modo però si avrebbe una **società statica**. Ma per una **società dinamica** e caotica come la nostra non si può avere una **costituzione che non sia relativistica e disponibile** ad acquisire quei nuovi valori che emergeranno.

Sorge così un grande quesito: i diritti inviolabili sono davvero tali?

La **costituzione** non si pone il problema del fondamento: sottintende che questo sia esterno. Essa **si preoccupa di garantirli e tutelarli**. Ma ciò che in realtà garantisce la costituzione è il contenuto essenziale di questi diritti, l'unica parte davvero inviolabile di questi.

La costituzione stabilisce e riconosce, quindi, il vero nucleo essenziale di intangibilità di ogni diritto inviolabile. La conseguenza del riconoscimento di tale nucleo è l'attuazione in via legislativa (ma una via che è superiore a quella comune quale è quella costituzionale) che impedisce che tale diritto si riduca di livello (legalizzazione del diritto). Quindi non è possibile per il legislatore modificare tale contenuto essenziale perché questo è protetto ad un livello più alto. Al contrario il legislatore deve anche predisporre degli **strumenti** per realizzare tale diritto. Se ciò non è fatto (si ha un difetto di misura) la corte interviene aggiustando tali circostanze.

Con la Sent 148/1992, la quale ha previsto una deroga al principio dei limiti di età previsti per l'adozione quando vi siano in gioco diritti di minori come la non separazione di tre fratellini, statuendo che "*essendo uno dei minori adottabile o adottato, la preclusione della adozione di un fratello o di una sorella da parte degli stessi adottanti solo in ragione del superamento del divario massimo di età, non è costituzionalmente legittima*" ha legittimato una sorta di ritaglio della norma nel caso specifico. Ma non è possibile negare la legge attraverso la giurisprudenza perché in questo caso di avrebbe un conflitto tra poteri. È importante ricordare però che per il caso concreto la regola generale evapora. La legge si piega al caso singolo per il bisogno della giustizia.

Stiamo sempre più assistendo ad una proiezione dei diritti dalle carte alle corti.

La dignità(segue)

Bilanciamento tra legalizzazione e giurisdizionalizzazione.

Il diritto posto in costituzione non può essere totalmente disciplinato dalla legge ma anche il fatto di affidare il tutto alla giurisprudenza presenta delle controindicazioni. Quindi non è possibile :

- Né una pura **legalizzazione** dei diritti(perché non sarebbero più fondamentali)
- Né una pura **giurisdizionalizzazione** dei diritti(perché sarebbero sottratti al processo storico).

Secondo Max Weber: <<nel momento in cui le costituzioni si aprono a costruzioni morali(cioè vedono al loro interno l'entrata di diritti), inevitabilmente accrescono il loro potere interpretativo che deve tradurre questi contenuti, accrescendo il potere delle Corti Costituzionali>>.

Turghen Habermas: <<Da quando le corti hanno riconosciuto il quadro dei diritti come un ordine di valore, le argomentazioni delle consulte sembrano più di quelle di un filosofo etico-morale che quelle di un giurista>>.

Bisogna trovare un **compromesso** tra pura legalizzazione e pura giurisdizionalizzazione.

Il punto di equilibrio è la DETERMINAZIONE DEL **CONTENUTO ESSENZIALE** del diritto! Il legislatore deve rendere "più concreti" i diritti astrattamente previsti in costituzione ma solo fino al nucleo del contenuto essenziale, che è invece stabilito dalle Corti Costituzionali.

Es. → diritto di prestazione, diritti sociali: sono diritti che non sono rimessi all'autodeterminazione del singolo ma che sono oggetto di una prestazione che lo stato deve fornire ai singoli. Ma chi decide la misura della prestazione? Bisogna misurare e temperare l'esigenza al rimborso delle spese mediche con quello del bilancio pubblico! La corte può imporre la propria scelta al legislatore solo quando sia stato violato il contenuto essenziale, altrimenti la scelta spetta al legislatore. Il Legislatore ha nelle mani i diritti; la giurisprudenza interviene solo a presidiare i diritti fondamentali nel loro contenuto essenziale.

Internazionalizzazione dei diritti fondamentali.

Oggi si è sviluppata la tendenza al riconoscimento dei diritti "inviolabili UNIVERSALI": tendenza cosmopolitica che proietta il diritto nazionale oltre i propri confini, potenziando il ricorso alle giurisdizioni internazionali o universali.

Thomas Mann: <<La legge prova a descrivere come Mosè ha fatto delle sparse tribù israelitiche un popolo: è la regola che costituisce una comunità e la distingue dalle altre>>.

Dunque a livello sovranazionale/internazionale(dal momento che coesistono più comunità) bisogna **ragionare per principi** e non per regole.

Quale è il fondamento di questo diritto dei diritti umani? La dignità umana.

Si ha una positivizzazione della dignità umana nella costituzione italiana:

- Art. 42 comma II → <<Dignità umana>> è: a) il limite all'esercizio dell'impresa privata; b) un bene indisponibile per lo stesso esercente l'attività economica(secondo l'Art. 2 che statuisce il *valore assoluto della dignità umana*).

- Art. 3, comma I → <<Dignità sociale>> : uguaglianza in quanto allo status sociale, indipendentemente dalla provenienza, dall'occupazione, dalla professione, perché ogni attività lecita è manifestazione della persona umana.

Ronald Dworkin: <<Oltre a riconoscere la pari dignità sociale, lo Stato e ciascun cittadino, dovrebbe anche permettere a tutti i lavoratori di studiare o lavorare, garantendo concretamente l'eguaglianza>>. Dignità → valore costituzionale primario.

- Art. 36 → <<Esistenza libera e dignitosa>> (a se e alla propria famiglia) → previsione di un salario minimo sulla base della contrattazione collettiva.

Nonostante gli scarni riferimenti costituzionali, la dottrina unanime considera la dignità umana come il **fondamento generale, la base** assiologica del sistema dei diritti costituzionali e, al medesimo tempo, il **fine** verso il quale **tende l'esercizio delle libertà**, che devono essere dirette al massimo sviluppo della persona umana.

Non c'è proclamazione costituzionale che classifichi la dignità umana come fondamento dello **stato di diritto**, ma essa **nè è il principio iniziale e il fine ultimo**.

La corte ha riconosciuto nella dignità un "valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo". Sulla dignità umana sono parametrati tutti i valori costituzionali e tutti i diritti riconosciuti in costituzione. È un valore onnipervasivo. Fa da "ponte" con le altre **Costituzioni Nazionali** (Costituzione tedesca Art. 1, Costituzione Spagnola Art. 10, Costituzione Portoghese Art. 1, Costituzione Svizzera Art. 7, Costituzione svedese Art. 2, Costituzione finlandese Art. 1) e con l'**ordinamento internazionale** (Preambolo dichiarazione N.U., Statuto UNESCO, ecc)

Cosa è la dignità? Secondo la **teoria della dote di Durig** essa può essere vista come: 1) **attributo innato** di cui ciascuno gode solo per il solo fatto di essere biologicamente un essere umano; 2) **valore personale** oggettivo irrinunciabile, che oppone un limite al potere pubblico privato.

La libertà è uno degli attributi della dignità. Essa viene dopo la dignità → il rispetto della dignità umana giustifica limitazioni alla libertà.

Altra **teoria è quella della prestazione di Hoffman**. Essa vede la dignità umana come: 1) frutto di un **esercizio consapevole della libertà** (dunque è una prestazione che si consegue e che si conquista); 2) **Se** esteriorizzata, fa dello "status" di persona il derivato logico della capacità di esercizio dei diritti e, in ultima analisi, di scelta consapevole fra molteplici potenzialità d'azione.

Casi controversi di applicazione giurisprudenziale della tutela della dignità umana:

1. **Esibizione di donne nei Peep-Show (1981)**. La riduzione della donna ad oggetto strumentale dell'eccitazione di uno spettatore isolato in una cabina, non sottoposto quindi ad alcun "controllo sociale" (quale invece si esercita nello spettatore dello streap-tease), integra una violazione della dignità umana che non può essere giustificata neppure ove abbia luogo con il consenso dell'interessata poiché: <<La dignità dell'uomo è un valore oggettivo, indisponibile, al cui rispetto il singolo non può efficacemente rinunciare>>-
2. **Il gioco del lancio dei nani (1996)**. La pratica attenta alla dignità umana, reca perciò pregiudizio all'ordine pubblico (in quanto porta ad utilizzare come un proiettile una persona con una

menomazione fisica) e può pertanto essere legittimamente vietata dall'autorità investita dal potere municipale (la dignità è un elemento dell'ordine pubblico).

Il divieto non trova ostacolo nella libertà costituzionale di lavoro, commercio e impresa privata né nella presenza di una chiara volontà dell'interessato.

La parte privata soccombente denuncia la Francia davanti alla commissione dei Diritti Umani della N.U. per violazione del patto internazionale dei diritti civili e politici, dolendosi di essere vittima di una discriminazione soggettiva per il fatto di vedersi interdetta la libertà di lavorare e assumendo che la dignità sarebbe pregiudicata non dal lavoro svolto ma dall'assenza di lavoro impostagli.

La commissione nega la discriminazione poiché il motivo è che il nano è l'unica persona suscettibile di essere lanciata per via del suo peso ridotto.

In entrambi questi casi sono **stati imposti limiti non superabili alla disponibilità dei diritti fondamentali**, contro l'espreso consenso degli interessati sulla base di una nozione oggettiva comunitaria alla dignità umana, elaborata non dal legislatore, ma dai **giudici**, che si propongono come interpreti privilegiati, esclusivi della coscienza sociale.

3. L'interruzione dell'alimentazione naso-gastrica in stato vegetativo persistente che non abbia espresso una giuridica volontà in tal senso o che non sia in grado di esprimerla (caso englaro).

La dignità (Corte d'appello 2006) è un valore che presuppone, come sua base ontologica, il diritto alla vita, e in quanto attributo del diritto alla vita, non può contrapporsi ad essa per annullarla se non annichilendo se stessa.

La dignità (Corte di Cassazione 2007) può tradursi anche nel convincimento che la mera sopravvivenza del corpo, artificialmente procurata, quando sia irreversibilmente cessata la percezione del mondo esterno, non integri più una vita degna di essere vissuta, sicché in nome della dignità si possa interrompere una vita "disumanata" e ridotta a puro processo biologico.

L'attuazione diretta in via giudiziaria del valore della dignità ha coperto tutto lo spazio giuridico che separa il diritto alla vita dal diritto ad una prestazione mortifera irrogata ex lege.

Tema 4: Art. 3: principio di uguaglianza.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Principio generale perché garantisce l'applicazione uniforme di tutti i diritti.

Un po' di storia: si parte dalla Grecia. Qui nasce la parola "democrazia". Ma la storia che ci viene raccontata trascura un particolare. È vero che lì si iniziò a imporre l'idea che vi fosse una possibilità di governare attraverso la rinuncia all'autorità monocratica, è vero che lì veniva usato il metodo del sorteggio, l'usanza più neutrale fra le forme democratiche, ma si dimentica che tale democrazia disconosceva il **principio di uguaglianza**, cioè dava la nozione di popolo **solo ad uno stretto numero di cittadini**, tutti gli altri erano fuori. E anche qui erano previste altre forme di discriminazione soggettiva.

È possibile introdurre una democrazia dimenticandoci il principio di uguaglianza? No, possiamo dire quindi che quella non era una vera democrazia.

Facendo un passo più in là possiamo riconoscere la **vittoria** del principio di uguaglianza solo con la rivoluzione francese. Qui si ha l'abolizione delle classi sociali che cadono insieme alle teste.

La centralità è data dal fatto che tale principio viene per la prima volta rivendicato da parte di **una comunità intera**.

Analizzando ora l'Art. 3 vediamo che dopo la prima frase seguono delle categorie introdotte da "senza". Ciò evidenzia che prima questi erano stati motivi di discriminazione. Quelle **7 categorie soggettive** prima erano motivo di discriminazione. La specificazione serve a cancellare il proprio passato e per far ciò serve metterlo alla luce per poi poterlo cancellare.

Veniamo da un passato di discriminazione e divisione sociale. Per questo ci può meravigliare non trovare la formulazione di un principio di uguaglianza nella costituzione americana. Loro non sanno cosa è un'autorità, sono nati liberi, in opposizione alla madre patria. Per questo non si soffermano sul principio di uguaglianza. La bandiera della rivoluzione americana è la **libertà**, non l'uguaglianza.

Abbattuto l'ordine attuale la legge deve indirizzarsi a TUTTI. L'uguaglianza è un attributo della legge. La legge deve essere eguale (ESPOSITO).

Tale nozione statica/liberale di uguaglianza può accordarsi veramente con la società **pluralista** e **cosmopolita** nella quale viviamo? Nell'idea di uguaglianza c'è il più grande principio generale che è possibile esprimere.

Due accezioni del principio di uguaglianza: pari trattamento e giustizia.

Accanto a questa idea di uguaglianza c'è un altro filone di pensiero che riconduce il principio di pari trattamento, non tanto alla generalità, quanto ad **un'idea materiale e sostanziale di giustizia**. Corrisponde al principio di uguaglianza ciò che corrisponde al **bene comune**. C'è un legame fra l'uguaglianza e l'idea di misura, di adeguatezza, di quasi ragionevolezza. Tale **eguaglianza sotto tale profilo si avvicina alla giustizia**.

Si fronteggiano due idee. Nessuna risulta prevalente nella formulazione dell'Art. 3. Nessuna delle due sarà accolta pienamente dalla giurisprudenza. Come si integrano entrambe?

Emerge una volontà di identità. **Una società così frammentata non può accettare un principio di generalità.** Questa sarebbe per se stesso un principio di **discriminazione**. Tratterebbe in modo eguale soggetti diversi. L'eguaglianza ormai non è più pietrificabile nella formula della generalità dei precetti normativi. Anzi, ogni volta che la legge interviene, seleziona una classe e pone per essi un trattamento particolare. Ciò non viola il principio perché la generalità va vista all'interno della classe cui la norma si riferisce.

Non esiste un'eguaglianza come diritto. L'eguaglianza è un concetto relazionale. Solo l'IO è identico a se stesso. Esistono **solo identità relative**, non assolute. Ma questo è ciò che richiede l'individuazione di un profilo sul quale indirizzare la norma.

Legge come selezione e differenziazione.

La legge non equalizza, la legge interviene per **selezionare** e **differenziare**. Sottrae una classe di soggetti all'applicazione generale della norma.

Ma questo non vuol dire che dobbiamo abbandonare l'idea della generalità. Questa vive dentro la classe specifica.

Il principio di **eguaglianza** può essere ricosciuto solo con riferimento ad altri diritti. È uno schema relazionale e ternario.

Tale principio **ammette** e **riconosce le differenze**, vuole soltanto che nell'ambito di tali differenze viga il principio di generalità, ovvero che queste differenze valgano all'interno delle categorie definite dallo stesso stato.

In alcuni casi ci sono delle specificità che giustificano un fattore di discriminazione soggettiva (esempio del permesso per gravidanza della madre). **La diseguaglianza è ammessa solo quando è ragionevole**. Una ragionevole base giustificativa deve essere trovata.

Vediamo cosa dice la corte su tale principio:

Il divieto si sostanzia nel divieto di discriminazioni soggettive per le categorie previste. Le altre discriminazioni sarebbero quindi possibili. **Ciò non esclude che il legislatore possa dettare norme diverse per regolare situazioni che ESSO considera diverse**. Questo sembra essere un modo molto soggettivo di considerare l'uguaglianza. A questo punto però si chiede coerenza interna con le proprie scelte.

Prima fase dell'utilizzo del criterio della ragionevolezza.

Con la sent. 15 del 1960 si compie un passo in avanti. Si considera violato il principio di eguaglianza **anche**(ovvero oltre alle 7 posizioni elencate nel primo comma dell'Art. 3) quando si trattino diversamente due cittadini che si trovino nella stessa situazione, senza un ragionevole motivo. **Ragionevolezza diventa il limite al trattamento discriminatorio.**

Fra i 7 principi dell'Art. 3 solo la discriminazione per base **razziale** diventa assolutamente non discriminabile secondo ragionevolezza. Quindi la disparità di trattamento non comporta una violazione del principio di uguaglianza quando: a) non vi è una violazione del 7 principi; b) la disparità corrisponde all'esigenza di disciplinare situazioni diverse.

Ciascuna situazione va studiata sulla base del profilo della discriminazione. Da qui la Corte dovrà muovere sempre dalla ricostruzione della ratio legis.

Analisi dei passaggi logici:

1. Verifica preliminare delle situazioni
2. Se il giudice omette di considerare il criterio di discriminazione, la questione sarà giudicata inammissibile per mancanza del termine di comparazione.
3. Il parametro non può essere utilizzato quando si tratti di situazioni **intrinsecamente** eterogenee.
4. La norma può ragionevolmente differenziare purché tale corrisponda ad una giustificazione vista alla luce del **fine oggettivo della legge**, ma all'interno di una categoria non sono ammesse eccezioni e quindi la regola deve essere estesa a tutti i soggetti appartenenti a quella categoria. (SENT 163/1993)
5. **Elemento temporale:** è un legittimo criterio di discriminazione (Sent. 276/2005), sempre se basato su un metodo di ragionevolezza).

Seconda fase: criterio ternario del tertium comparationis.

Caratteristiche del tertium comparationis:

Dal 1980 in poi il sindacato della corte diventa sempre più forte. Si abbandona la semplice richiesta di ragionevolezza intesa come rispetto delle regole della logica (congruità fine mezzi, non contraddizione interna, ecc) e si inizia ad usare un criterio ternario di tipo relazionale.

Il carattere relazionale del giudizio di uguaglianza si basa su una struttura ternaria (Art. 3, norma in esame, norma comparativa). Queste sono le condizioni per utilizzare tale metodo:

- Deve essere presente una terza norma che funge da termine di comparazione. Se questo manca, la questione è inammissibile (Sent. 10/1980). Inammissibile è pure quando tale termine è indicato in modo ambiguo.
- Tale tertium deve essere riconducibile ad una ratio unitaria, ovvero **non** può essere elemento di comparazione una norma **eccezionale** (Sent. 43/1989).
- **non** può essere una norma **precaria** (esempio decreto-legge).

- Al contrario, **una norma abrogata può** costituire termine di comparazione, infatti tale norma non è completamente espunta dall'ordinamento ma vede rilegato il suo ambito al passato (Sent. 353/1994). Questo termine deve avere almeno rango legislativo.

Ma tale tertium può essere una **norma comunitaria**? Si può essere discriminati per la non applicazione di un principio comunitario più favorevole? Con la Sent. 443/1997 si sanziona l'illegittimità di una legge che prevedeva un diverso trattamento per le imprese aventi stabilimento in Italia per cui era vietato usare ingredienti che venivano invece usati all'interno della comunità europea.

Terza fase: Tema della ragionevolezza staccato dall'Art. 3.

Ragionevolezza intrinseca. La corte dalla Sent. 991/1988 introduce un controllo assai più penetrante nella legislazione. Aumenta il coefficiente di politicità della decisione e, come in precedenza l'Art. 3, ora la ragionevolezza inizia a diventare parametro fondamentale di ogni legge. Ogni legge, potenzialmente, può essere irragionevole in se e per se.

Cosa si intende per ragionevole? Ragionevole può essere qualcosa che corrisponde ad un senso comune di giustizia. Allo stesso tempo c'è pure una idea legata alla razionalità. Una dose minima di razionalità che si deve chiedere all'esercizio del potere. La legge si è sempre legittimata su base volontaristica.

La corte invece pone a carico del legislatore **l'onere di essere ragionevole**. È necessario però valutare la concreta situazione per misurare questa ragionevolezza.

Si può creare così una classificazione su 3 livelli:

1. **Razionalità/ coerenza sistematica** → vedere se la legge è coerente con la ratio che esprime. Esso è però un sistema a maglie larghe poiché secondo questa classificazione qualsiasi innovazione sembrerebbe fuori da questo schema con la conseguenza che si seguirebbe una linea di tipo conservatoria.
È un giudizio per linee interne (Zagrebelsky). Si ha una complanarità del parametro che in realtà è la legge stessa. Qui l'antinomia è propria e non è risolvibile in base a criteri interpretativi. Vi può essere un difetto di coerenza esterno e un altro interno (o estrinseca e intrinseca).
È un controllo deferente nei confronti del legislatore, non invasivo.
2. **Razionalità strumentale della legge** → misura l'adeguatezza del rapporto tra mezzo e fine.
Esempio sentenza 476/2002: si stabilisce che chi viene a contatto con emoderivati e contraffatta l'HIV se ciò è avvenuto durante il proprio lavoro, ha diritto ad una indennità. Se il legislatore non prevedesse la stessa cosa per l'Epatite B sarebbe irragionevole.
3. **Proporzionalità**. → Esempio per un droghiere che non ha l'autorizzazione della vendita degli alcolici, non gli può essere imposto di non vendere più nemmeno le altre sue merci.
Altro esempio il far giurare sulla Bibbia non crea nessuna discriminazione ma si ha una norma pienamente irragionevole.
Anche qui si trovano varie fasi:
 - Idoneità → Verificare che il mezzo sia idoneo. Se uno strumento è idoneo non è detto che sia lo strumento meno invasivo delle libertà altrui.
 - Necessarietà → Tra più mezzi scegliere quello meno invasivo.