

Lezione del 02/10/2019

L'argomento che tratteremo questa sera riguarda l'**inviolabilità dei diritti**, in particolare l'**art 2**. Affronteremo l'argomento a partire dal testo dell'**art 2** e da come esso è stato interpretato dalla dottrina. Poi vedremo due sentenze della Corte Costituzionale, ovvero la *sentenza n. 366 del 1991* e la sentenza precedente a questa che è la *n. 1146 del 1988*.

Partiamo dal testo stesso dell'**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”*.

Una disposizione, questa dell'art 2, che chiaramente si configura come una clausola generale che potremmo dire è, ed è diventata, il punto nodale per capire qual è la protezione dei diritti nel nostro ordinamento. Perché dico è diventata? Perché evidentemente l'art 2 entra in vigore nel momento in cui entra in vigore tutta la costituzione, quindi l'interpretazione dell'art 2 è qualche cosa che segue anche alla tutela dei diritti e alla protezione degli stessi. Soprattutto anche perché la protezione dei diritti, questa clausola generale dell'art 2, è stata interpretata dalla corte costituzionale durante questi anni attraverso un'elaborazione che tra un attimo vedremo.

Nell'art 2 i **diritti inviolabili** e i **doveri inderogabili** si pongono in una sorta di “gioco di specchi”. Non c'è corrispondenza biunivoca tra diritti e doveri. Non esiste, né sul piano teorico, né sul piano pratico, una corrispondenza biunivoca tra la previsione di un diritto, cioè, la previsione che una persona è titolare di diritti e l'esistenza di corrispondenti obblighi in capo ad alcune persone e anche di doveri. Non è un caso, infatti, che quando si parla di diritti si parla dell'inviolabilità degli stessi e invece quando si parla di doveri si parla di doveri inderogabili di solidarietà.

Quindi la solidarietà - lo si intende anche abbastanza facilmente - ha a che fare con un precetto indeterminato. I doveri inderogabili di solidarietà non sono obblighi legati ai diritti, ma hanno a che fare con l'elemento della solidarietà fra le persone, come a dire, qualcosa di meno di un obbligo, cioè, di una previsione che costringe a tenere un certo comportamento al fine di adempiere un atto in relazione ad un certo diritto fondamentale. Vero è che comunque è richiesto un coordinamento sistematico tra diritti e doveri e lo sappiamo sia da un punto di vista giurisprudenziale, ma anche da un punto di vista normativo. Il coordinamento tra diritti e doveri non è stato ancora realizzato. Quando si parla di diritti e di doveri non c'è un coordinamento tra le due posizioni giuridiche chiaro.

Il primo aspetto che tratteremo è il problema della parola **“Riconoscere”**.

L'art 2 parte con la dizione *“la Repubblica riconosce”*, qui subito c'è da fare una precisazione. Già nella prima lezione si è ricordato cosa vuole dire riconoscere.

A chi ha letto questo articolo è sembrato, sulla base delle elaborazioni dei costituenti, che questo verbo (riconosce) fosse una sorta di porta di ingresso del diritto naturale all'interno della nostra costituzione. Sembrerebbe che i diritti naturali dell'uomo siano preesistenti rispetto allo stato e al diritto oggettivo, quindi, siano una sorta di diritti che l'uomo possiede in quanto tale in virtù della sua esistenza e qualcuno direbbe anche della sua natura. Qui c'è subito una precisazione da fare: alcuni autori, soprattutto dopo l'entrata in vigore della costituzione, hanno detto che l'art 2 nell'esprimere il verbo riconosce, sta aprendo al diritto naturale, sta aprendo potremmo dire alla preesistenza rispetto al diritto positivo di diritti fondamentali.

Alcuni, ad esempio, partendo dal principio personalista hanno detto che nell'art 2 si afferma la preminenza del governato rispetto al governo, come una preminenza dell'uomo rispetto alla società e quindi rispetto a tutte le forme di organizzazione della società, tra le quali c'è innanzitutto lo stato. Come una sorta di patrimonio di diritti che l'uomo ha in quanto tale. Come voi capite, però, la teoria che ritiene l'esistenza del diritto naturale all'interno della costituzione non è sostenibile.

Caretti nel manuale afferma che non si parla di preesistenza dei diritti in quanto diritto naturale, ma di una esigenza di garantire la persona in quanto tale, cioè, di garantire il rispetto dei diritti della persona non in quanto cittadino, ma in quanto uomo. Quindi in questo senso si avvierebbe tutta la

problematica, anche la disquisizione, che ha a che fare con l'attribuzione dei diritti non al cittadino, cioè, non al "cives", non alla persona che è cittadino italiano, ma a tutte le persone che dovessero transitare sul suolo Italiano a prescindere dalla loro appartenenza allo stato Italiano. Questa secondo il professore è la teoria che ha avuto più garanzie o, comunque, che ha avuto più eco all'interno della nostra dottrina. C'è un problema in questa teoria del diritto naturale, un problema anche evidente perché quando si parla di diritto naturale molte persone potrebbero entrare in disaccordo tra di loro. Pensate ad esempio al **diritto a morire**. Quando si parla del diritto a morire viene in evidenza il fatto che vi sono alcune persone che, appunto, ritengono sia una garanzia del diritto naturale la non esistenza del diritto a morire o altre persone che invece la pensano diversamente. Qual è il rischio che si ha nel ritenere quel "riconosce" come la porta di accesso del **diritto naturale** nella costituzione? Il problema diventa il fatto che i diritti inviolabili assumerebbero una natura indeterminata, non già perché non sappiamo quali sono, ma perché non sappiamo chi può decidere su di essi, cioè, non si riuscirebbe a capire chi è il soggetto che ultimamente può decidere sul diritto. Qual è l'aspetto negativo della **teoria del diritto naturale**? Posto che qualcuno potrebbe dire che il diritto naturale esiste perché alcuni diritti hanno a che fare con la dignità umana e la dignità umana tu non la puoi descrivere giuridicamente, ma devi sempre riferirti a qualcosa di trascendente cioè di ultimamente divino che ti dice qual è la condizione della persona, quali sono i diritti della persona, le esigenze della persona. Qui dove si pone il problema? Ad un certo punto qualcuno deve decidere, un giudice o un legislatore e questi due soggetti una scelta la devono fare. Pensate al caso del diritto a morire, dell'aiuto al suicidio, nel quale ad un certo punto si pone un problema che la corte costituzionale, investita di una decisione, è chiamata a scegliere se considerarla o meno una fattispecie criminale o meno. (quest'ultimo pezzo è poco chiaro)

Posta questa teoria del diritto naturale e posto anche il limite della teoria diritto naturale, tutti noi sappiamo qual è l'ipotesi opposta in quanto studenti di giurisprudenza formati attraverso una impostazione chiaramente giuspositivista. Cioè attraverso una impostazione (salvo quanto affermato dal libro di **Grossi**, il quale considera lo stato come l'elemento "maligno", come una sorta di accidente della storia. Ad un certo punto la borghesia ha costruito e ha portato avanti lo stato liberale in particolare) giuspositivista, su cui tutti noi ci siamo formati.

Chi è l'autore che ci ha dato una mano in questo? **Hans Kelsen**. Tutti noi ci siamo formati su quella prospettiva che tende a mettere da parte la giustizia e ad esaltare la validità delle norme. Abbiamo tutti quanti un problema tipicamente *Kelseniano* quando guardiamo al diritto, pensando alle norme non in quanto dotate del prisma della giustizia, ma in quanto norme valide. Il problema giuridico più importante è la validità di una norma, quindi, ci poniamo il problema se quella norma è valida e quindi la sua sfera di efficacia può essere utilizzata per regolare un caso, ma non ci poniamo mai il problema sottostante quale quello della giustizia. Semmai ci poniamo il problema del rispetto di un valore costituzionale, ma mai arriviamo a fare norma della giustizia. Quindi in un certo senso facciamo fuori il diritto naturale all'inizio del problema.

Il professore torna nuovamente sul **problema del diritto naturale**. C'è un problema che è venuto fuori negli ultimi anni che per esempio, sul piano dei diritti, ha interessato molto anche la tradizione e l'aggettivo naturale che ha riguardato la famiglia. Il problema se quando si parla di famiglia si parla di società naturale fondata sul matrimonio. Come noi sappiamo la Corte Costituzionale è intervenuta con una sentenza che prima non ha considerato il matrimonio come aperto anche alle coppie non eterosessuali, ad un certo punto ha detto che le coppie eterosessuali sono formazioni sociali e dicendo questo ha utilizzato l'art 2 come quella pietra angolare della protezione dei diritti attraverso la quale si può costruire tutta la protezione di alcuni soggetti. È interessante come certe volte l'impostazione Giusnaturalistica e l'impostazione giuspositivistica si scontrano. Per esempio, in questo caso, come quello del matrimonio, ha vinto nel tempo, rispetto alla posizione più tradizionale e Giusnaturalistica, la posizione giuspositivistica. Non è un caso che poi durante la passata legislatura c'è stata una legge che ha riconosciuto la possibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre un'unione che, pur non chiamandosi matrimonio (perché quello è l'ultimo baluardo che è rimasto cioè l'esistenza del matrimonio come un'unione di un uomo e di una donna) è stata riconosciuta allo stesso valore del

matrimonio.

In quell'esempio, che parte da sentenze che riconoscevano non possibile il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, la Corte Costituzionale piano piano ha cambiato impostazione. La sentenza a cui si fa riferimento è la **n.138 del 2010**, dopo questa sentenza, la corte costituzionale è andata avanti con altre sentenze fino ad arrivare alla **legge Cirinnà del 2017**, iniziata con il governo Renzi ed approvata con il governo Gentiloni.

Il secondo problema riguarda l'aggettivo che l'**art 2** attribuisce ai diritti: la parola "**inviolabili**". Questa è sicuramente la questione di maggior rilievo che riguarda l'interpretazione dell'**art 2**. Bisogna tener presente che non si parla di inviolabilità solo in questo articolo, ma se ne parla nell'**art 13** della costituzione, quando si ha a che fare con la **libertà personale** ("*la libertà personale è inviolabile*"), nell'**art 14** della costituzione dove si dice che "*il domicilio è inviolabile*" (formulazione presente nello Statuto Albertino che viene ripresa), nell'**art 15** della costituzione la dove si dice che "*la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili*". Infine se ne parla nell'**art 24** della costituzione la dove si dice che "*il diritto di difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento giudiziario*".

Il primo aspetto è che bisogna subito fugare un dubbio, un possibile abbaglio che viene dell'uso del termine inviolabile. Qual è l'abbaglio che possiamo avere? che il termine "*inviolabile*" è un **termine enfatico** che sottolinea in modo chiaro l'importanza del diritto.

Il professore racconta che quando era al primo anno di università pensava che la parola inviolabile si riferisse a qualcosa di non toccabile, come qualcosa che non poteva essere limitato, come un qualcosa di particolarmente importante. In realtà la prospettiva che l'ordinamento giuridico espone è quella di dire che questo termine è in realtà sinonimo di altri termini. Ad esempio **Alessandro Pace** nel suo libro parla, più che di diritti inviolabili, di diritti assoluti, cioè fa riferimento ad una teoria che lui costruisce sull'assolutezza dei diritti. In realtà Qualcuno potrebbe dire che i diritti inviolabili sono assoluti, ma non assoluti nel senso che questi diritti sono "tiranni", per citazione della corte costituzionale, cioè diritti che sono tiranni nei confronti di altri. Sono chiaramente dei diritti che appunto non possono essere limitati. Perciò "inviolabile" vorrebbe dire in un senso più che atecnico cioè enfatico, ma in un senso tecnico, diritti che non possono essere limitati da nessuna autorità, salvo quello che la costituzione stessa prevede. Quindi la dottrina che si è occupata di questi argomenti ha detto che l'**inviolabilità** vuol dire innanzitutto impossibilità di limitare questi diritti.

Qui c'è un'**obiezione** → Allora perché prevedere una lista di diritti? Perché parlare di inviolabilità in senso quasi generico su un tema? Il problema, che si pone in modo più prosaico, è che noi potremmo dire che questi diritti sono inviolabili già in forza della assunzione che la nostra costituzione è rigida, che è immodificabile. Quindi sono inviolabili in quanto la legge non può modificare la costituzione. Nessun legislatore potrà modificare la costituzione, nessun giudice potrà limitare un diritto perché come noi sappiamo l'**art 101** dice che i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Ugualmente per l'amministrazione perché **art 97** dice che: "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*" e l'**art 28** che riguarda la responsabilità dei funzionari, parla del rispetto da parte dell'amministrazione, dei funzionari amministrativi della legge.

Qual è il problema che si pone? Si pone il problema di relazione alla possibilità per il legislatore costituzionale stesso di modificare le norme della costituzione che parlano dei diritti fondamentali, di diritti inviolabili, introducendo ulteriori limitazioni o modificando queste norme in un senso peggiorativo delle libertà. È possibile in Italia? È possibile, nonostante il testo della costituzione, inserire ulteriori limitazioni alle libertà personali? Potrebbero i giudici riconoscere l'esistenza di ulteriori limitazioni alle libertà personali? Capite che su questo aspetto parte della dottrina si è soffermata. La tesi delle sentenze della corte costituzionale è quella seconda la quale, nonostante l'**art 139** della costituzione preveda come limite espresso alla revisione costituzionale soltanto la repubblica, nonostante questo, in realtà i diritti inviolabili, così come i principi supremi

dell'ordinamento, non sono materia che il legislatore costituzionale può toccare.

Quindi la tesi del nostro ragionamento sarà quella che, nonostante l'art 139 parli soltanto della immodificabilità della forma repubblicana, anche i diritti inviolabili e i principi supremi non sono materia su cui il legislatore costituzionale può intervenire.

Quindi è un limite alla revisione costituzionale che va oltre quello che diciamo.

Sentenza **n.1146 del 1988** della Corte Costituzionale → Questa sentenza aveva a che fare con un problema promosso dalla Corte di Assise di Bolzano in relazione ad una questione di guarentigie dei Consiglieri provinciali. Qui la Corte Costituzionale si pone il problema se la norma dello statuto speciale che è una legge costituzionale può essere giudicata dalla corte costituzionale. Perché voi sapete che la norma dell'**art 134** della costituzione afferma: *“la corte costituzionale verifica la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge”*. Quindi non può verificare astrattamente, secondo l'art 134, la legittimità costituzionale di una legge costituzionale, che invece è allo stesso livello gerarchico, strettamente parlando, della costituzione. Qui la corte costituzionale sconfessa questo discorso e dice: *“la costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”*.

La corte costituzionale sta dicendo che la costituzione ha dei principi supremi che neanche una legge di revisione costituzionale può toccare. Il professore fa un richiamo alla **sentenza Marbury vs. Madison**, sentenza con cui inizia la giustizia costituzionale. Questa è una sentenza che ha un equo in quella famosa opinione del giudice Marshall. La costituzione Italiana è quella che dice che o la costituzione è un atto superiore oppure non serve a nulla (detto molto brutalmente). Qui la corte costituzionale sta dicendo che la costituzione contiene dei principi supremi che neanche le leggi di revisione costituzionale possono toccare. Addirittura dice: **“Contenuto essenziale”**, parola della sentenza da sottolineare.

Il professore continua leggendo la sentenza: *“Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana, quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”*.

Ci sono dei valori supremi che la corte traduce in principi supremi che il legislatore costituzionale non può toccare, nonostante nell'art 139 si parli solo della immodificabilità, come procedimento dell'art 138 di revisione costituzionale. Qui la corte ci ha dato questo principio, questa massima e poi fa un ragionamento ulteriore *“Come utilizzo questo limite alla immodificabilità della costituzione?”*. Più avanti continua dicendo: *“Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare “copertura costituzionale” fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai “principi supremi dell'ordinamento costituzionale”, sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte “in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”*.

In questa sentenza del 1988, per la prima volta viene appurato quella che diventerà la **“teoria dei controlimiti”**. Si sta parlando della teoria dei controlimiti che sarà utilizzata per la prima volta nelle **Sentenze Gemelle del 2007** e soprattutto nel **Caso Taricco del 2015**. Stiamo parlando di anni e anni dopo. Guardate anche l'evoluzione, come è lento il diritto. Quindi la corte ha detto che ci sono dei principi supremi che non possono essere toccati dalla revisione costituzionale e ha detto che la corte stessa può verificare se questi principi supremi sono rispettati o non lo so da certe tipologie di leggi. Per esempio: il Concordato con la Chiesa Cattolica, verificare se il Concordato rispetta o meno la Costituzione e la Legge di esecuzione del Trattato sulla Comunità Economica ed Europea (allora esisteva la Comunità Economica ed Europea). Queste leggi si possono anche valutare, possono essere

oggetto di scrutinio di costituzionalità (termine per dire vaglio di costituzionalità).

Continua la corte: *“Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale”*. Nel linguaggio del giudice Marshall come nella **sentenza Marbury vs. Madison** continua: *“Se così non fosse, del resto, si verrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”*.

Se la corte costituzionale non potesse valutare le leggi di revisione costituzionale che sono in contrasto con i principi fondamentali, se non avesse questo potere, verrebbe meno l'ordinamento costituzionale perché non ci sarebbe una sorta di potere che la corte garantisce di suggellare, cioè, di chiudere ermeticamente l'ordinamento rispetto a sue possibili degradazioni. La corte costituzionale sta lì ad evitare che ci sia una degradazione ultima dell'ordinamento. Perché pensate ad una legge di revisione costituzionale approvata ex art 138 che dice: *“La polizia può fermare e non esiste più la convalida giudiziaria del fermo di polizia”*.

È possibile che astrattamente il parlamento decida una cosa del genere? Anche in una ipotesi limite, la Corte costituzionale potrebbe intervenire a limitare questo potere parlamentare.

Abbiamo detto che questi diritti non possono essere in alcun modo modificati, neanche dal legislatore costituzionale perché c'è una garanzia giurisdizionale che in questo caso, la corte costituzionale sarebbe prima da presidio dei principi supremi dell'ordinamento.

Poniamoci l'ipotesi opposta: se ci fosse una legge che invece amplia la tutela, una legge che magari prevede una tutela più ampia di questi diritti, una disciplina che per esempio prevedesse un nuovo diritto in costituzione oppure che rimuovesse i limiti rispetto ad un diritto garantito? Sarebbe questo un atto incompatibile con la garanzia costituzionale? Ci sono tanti libri scritti su questa cosa. Una teoria, quella che dice è possibile ampliare la garanzia, è possibile modificare, fare una revisione costituzionale migliorativa di questi diritti?

Una **prima teoria** che è stata elaborata (qui non ci sono sentenze su questo aspetto, c'è speculazione dottrinale, speculazione da parte degli studiosi del diritto) è quella che ha riconosciuto che, in fondo in fondo, non si può modificare la costituzione perché bisogna garantire il **nucleo essenziale** di un diritto. Alla fine la riforma della costituzione non può toccare il nucleo essenziale di un diritto, per esempio, non darebbe nulla, salvo che non si toccasse il nucleo essenziale del diritto. È una teoria tedesca abbastanza complessa la quale dice: *“C'è un nucleo essenziale del diritto e basta che tu non tocchi il nucleo essenziale e puoi fare tutto quello che vuoi”*. È una teoria che ammette un miglioramento, ma solo del **contorno dei diritti**. Il codice di procedura Penale su alcuni aspetti legati alla protezione del fermato dalla polizia ha aumentato le garanzie dell'art. 13 della Costituzione, cioè è stata migliorativa della costituzione. Quindi c'è in questo senso, nel codice di procedura penale dell'88, qualche cosa che migliora rispetto alla tutela dell'art. 13.

Quindi potremmo dire che, pur non trattandosi di una revisione costituzionale perché è una legge, un decreto legislativo, nel codice di procedura penale vediamo un miglioramento di tutti gli aspetti di contorno che hanno a che fare con la libertà personale. In questo senso questa teoria potremmo dire è giusta. Diverso sarebbe se invece l'art. 13 della costituzione, la dove parla della convalida, fosse ulteriormente limitata la libertà personale dell'art. 13 dal codice di procedura penale, per esempio che prevedesse deroghe alla norma per la quale la convalida deve avvenire entro le 48h. Se il codice di procedura penale dicesse che la convalida può avvenire entro 72h, quindi la persona può essere fermata e non sa neanche per quale ragione per più di 48h, in quel caso ci sarebbe una violazione della costituzione. Se dicesse che il giudice deve farlo entro 24h, in quel caso ci sarebbe un miglioramento della condizione perché il giudice dovrebbe intervenire più velocemente e quindi con una maggiore garanzia della persona. Questo è il portato del limite alla revisione.

Il terzo problema riguarda la dizione **“Diritti Inviolabili”**. Esso indica solo i diritti che sono qualificati come tali all'interno della Costituzione, (libertà personale, domicilio, garanzia del diritto alla garanzia del giudizio ecc..) o quelli che l'interprete potrà riconoscere come tali?

Detto diversamente: i diritti inviolabili sono una **fattispecie chiusa o aperta**? Questo è il problema. Sono diritti inviolabili solo quelli che la costituzione indica come tali o la categoria diritti inviolabili è più ampia rispetto a quelli che la costituzione espressamente qualifica come tali?

Questo tema è uno degli aspetti più gettonati nei manuali di diritto costituzionale e nei libri che si occupano della libertà. Questo è un dibattito che ha avuto molta forza perché il tema è ricollegato al primo aspetto che abbiamo toccato cioè al fatto che la costituzione, la dove dice “*riconosce*”, ammette o no l’esistenza di diritti della persona oltre il mero dettato costituzionale? La costituzione ammette o no che ad un certo punto si possano costruire, riconoscere nuovi diritti?

Questa è la domanda sottostante alla domanda teorica: “*Fattispecie chiusa/fattispecie aperta?*”.

La risposta non è stata sempre univoca, abbiamo oscillato tra le due teorie: **Fattispecie aperta e fattispecie chiusa**. Ma quali sono questi esempi di nuovi diritti che potrebbero esserci oltre il dettato costituzionale? Molti hanno a che fare con la sfera della salute: Aborto, Eutanasia, Fecondazione Assistita, aspetti legati alla Bioetica, l’obiezione di coscienza, le libere relazioni omosessuali, il diritto all’ambiente, il diritto all’abitazione e il diritto che oggi è il paradigma dei nuovi diritti ovvero la Privacy, nonostante fosse stata elaborata alla fine dell’800 da un famoso articolo di due autori su un problema di porta, su un problema che riguardava una questione con la moglie. Questo articolo avvia la teoria che riconosce il diritto a stare da soli cioè il diritto a non ricevere l’indiscrezione, lo sguardo di altre persone nella propria sfera privata, diritto che poi diventerà la **Privacy**. Sulla base di queste questioni la carta costituzionale non risolve il problema se i diritti inviolabili sono a fattispecie aperta o a fattispecie chiusa. È evidente che l’art 2, considerato una clausola aperta della protezione costituzionale dei diritti, consentirebbe di catturare dalla realtà sociale per dargli tutela nuove situazioni soggettive che la coscienza sociale o anche l’evoluzione tecnologica richiede che debba essere tutelata come sono tutelati i diritti fondamentali. Qui si pone subito un problema: La nostra costituzione la dove parla dell’invulnerabilità, (per esempio nella libertà personale o nella libertà del domicilio) poi specifica una serie di limiti legittimi e lo fa attraverso una riserva di legge e una riserva di giurisdizione. Come faremo, quando utilizziamo l’art 2 come fattispecie aperta, a capire quali sono i limiti costituzionalmente possibili, costituzionalmente legittimi a questi nuovi diritti? Perché è evidente che in questo ambito si pone la difficoltà del riconoscere l’art 2 una norma a fattispecie aperta perché se dicessimo che non si possono riconoscere sarebbe semplice, non ci sono diritti nuovi. Però è evidente che riconoscere l’art 2 una norma a fattispecie chiusa non funziona, non teoricamente, ma non funziona nella pratica. Perché quei diritti quali: Il riconoscimento delle coppie omosessuali, L’Eutanasia, l’Aborto, la Privacy, l’Obiezione di Coscienza, l’ambiente, il Diritto all’abitazione, sono tutti diritti che sono stati riconosciuti. Come nel **Caso Cappato** è stata la corte costituzionale, ancor prima del legislatore, che ha dovuto riconoscere quali sono i limiti a quei diritti. Il professore ci informa che tra un mese uscirà la sentenza, ma già avendo visto l’ordinanza abbiamo visto che la corte costituzionale con un “*tuttavia*” ha detto: “Non esiste il diritto a morire, *tuttavia* in queste situazioni, con queste fattispecie, con queste garanzie, con questi limiti, cioè, con i limiti che avrebbe prescritto un legislatore o che sarebbero stati descritti attraverso una previsione costituzionale, è possibile individuare l’esistenza di un nuovo diritto inviolabile”. Il problema sta nel capire quali sono effettivamente i limiti che bisogna costruire. Quindi chi è il soggetto che crea nuovi diritti? Innanzitutto sono i **giudici**.

Collegare questo ragionamento a quello che abbiamo fatto l’altra volta in relazione alla creatività della giurisprudenza rispetto all’interpretazione adeguatrice delle norme interne, rispetto alle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

L’interpretazione che la CEDU dà è sembrata una sorta di prolunga attraverso la quale la costituzione può riconoscere nuovi diritti. Un altro collegamento si ha nella **sentenza n.267 del 2017**, quando la corte costituzionale dice che la costituzionalità delle leggi può essere valutata anche in relazione alla Carta dei diritti Fondamentali dell’UE. Quando la corte dice di poter valutare la costituzionalità delle leggi interne rispetto ad una carta dei diritti fondamentali Europea, sta costruendo un piedistallo, una sorta di banco di lavoro sul quale, quando un giorno arriva un caso, lo metterò sopra quel banco e costruirò la protezione di un nuovo diritto e i limiti che ha quel nuovo diritto. Dobbiamo capire,

nello sviluppo giurisprudenziale, cosa succede e come succede. Un *obiter*, un “fuoripista” nell’argomentazione della Corte costituzionale che ci dice che può essere utilizzata la carta europea dei diritti fondamentali come un ulteriore allargamento del parametro, ci sta dicendo che la dove succedesse che si configura un nuovo diritto noi abbiamo uno strumento in più per riconoscere addirittura i limiti a questi diritti. Sul diritto di proprietà, nelle **Sentenze gemelle (n. 248 e n.249 del 2007)** non è successa la stessa cosa. Lì la corte costituzionale non ha riletto totalmente il diritto di proprietà addirittura cambiando il senso della norma costituzionale.

La norma costituzionale dice: “La proprietà privata e pubblica si può abitare, cioè si può requisire se tu dai un indennizzo”. L’indennizzo era qualcosa di abbastanza irrisorio.

Il professore fa un esempio → Se un comune vuole costruire su un terreno privato una scuola, deve pagare il prezzo reale di quel terreno e deve farlo in base alla sentenza della corte costituzionale. Vedete come la sentenza della corte costituzionale ha cambiato il modo di intendere un diritto.

Qual è il problema che si pone in questo ambito? Quale può essere un limite, posto che noi sappiamo che la corte costituzionale aderisce all’idea che l’art 2 la dove fa riferimento ai diritti inviolabili è da intendere come “roba” a fattispecie aperta?

Quale può essere un limite di questo? Il professore lo ha già citato, ovvero il fatto che ci sia un eccessivo attivismo giudiziale e che da questo attivismo giudiziale per esempio possano derivare diritti che in realtà non sono così radicati all’interno della coscienza sociale, cioè se quel diritto sia effettivamente o no emerso all’interno della coscienza sociale. Per esempio, non lo cito a caso, **il diritto a morire**. Quando abbiamo analizzato l’ordinanza, non della corte costituzionale, ma l’ordinanza del giudice della Corte d’Assise di Milano, abbiamo visto un giudice che era tutto spostato sul piano dell’esistenza di un nuovo diritto costituzionale (es. “io ho diritto a morire perché una persona che si trova in quella condizione deve aver diritto a poter finire la propria esistenza, nonostante la legge non lo permetta). Il giudice di Milano era totalmente verso quella opzione, è stata poi la corte costituzionale a frenare rispetto all’impostazione “pro Joyce”, direbbero gli Americani, del diritto a morire. Provate a pensare a quello che sta succedendo in relazione alle coppie omosessuali e al diritto di avere figli. Alla possibilità per il coniuge, la persona che in realtà è madre o padre del bambino che nel caso della donna nasce dall’inseminazione artificiale, nel caso dell’uomo nasce per affitto di utero, da seme maschile, l’altro partener ha o no diritto a riconoscere anche lui o lei il bambino? Su questo la corte costituzionale fino ad ora, stante il fatto che il legislatore del 2017 non ha riconosciuto questo diritto all’adozione, ha detto che anche se il legislatore non l’ha fatto forse non è possibile.

Il professore ci invita ad andare a vedere quante questioni di legittimità costituzionale sono state rimesse alla corte sulla base della mancanza del diritto ad adottare il figlio del coniuge omosessuale. Quindi vuol dire che questa domanda sociale, più che coscienza sociale, sta aumentando. (Secondo il professore neanche il matrimonio omosessuale dieci anni fa. Saremmo stati dieci anni fa a dire che qualcuno ne parla, ma non si può fare, in qualche paese europeo più progressista è stato riconosciuto ma non c’è dappertutto). Oggi invece lo vediamo come un diritto che è stato creato grazie a una attività giurisprudenziale e grazie a una legge del parlamento.

C’è una tesi intermedia tra la teoria della fattispecie chiusa e della fattispecie aperta. Una tesi sostenuta da **Paolo Barile** (maestro della scuola fiorentina e uno dei più grandi studiosi delle libertà fondamentali) in base alla quale i diritti inviolabili sono solo quelli che hanno a che fare con l’essenza della persona umana, cioè hanno a che fare solo con quegli aspetti legati alla personalità umana. Quindi, qual è l’oggetto di questa teoria? L’oggetto di questa teoria è, non già un’interpretazione che si basa sull’art 2 della costituzione da solo, cioè, una teoria che guarda la parola “diritti inviolabili” e quindi riconosce sulla base della coscienza sociale l’esistenza di nuovi diritti, ma è una teoria che va a guardare all’interno degli articoli, da **13 a 21** della costituzione, per riscontrare all’interno di questi articoli l’esistenza di nuove libertà tutelate dal nostro ordinamento. Si tratterebbe di una tesi che legittima una lettura espansiva delle disposizioni costituzionali sulle singole disposizioni che hanno a che fare con i diritti fondamentali. Quindi l’art 2 cosa sarebbe? Il professore fa un paragone dicendo

che l'art 2 sarebbe una sorta di "lievito" e la "farina" sta negli articoli **13,14,15,16,17,18,20,21** della costituzione. Il lievito è l'art 2 della costituzione. L'art 2 della costituzione, quando parla di diritti inviolabili del cittadino, fa una sorta di apertura, ma questa apertura si deve cercare all'interno di ciascuna libertà fondamentale. Quindi l'art 2 andrebbe sempre letto in combinazione con le singole libertà costituzionali. È questo che la corte costituzionale ha fatto dell'altra sentenza (**n.366 del 1991**). Qui la corte costituzionale ha detto fundamentalmente che la garanzia di un diritto, anche di un diritto nuovo rispetto a fattispecie nuove, rientra **nell'art 15** della costituzione, pur se l'art 15 non faceva riferimento a quella situazione: si parlava di **intercettazioni telefoniche**. Qui la corte costituzionale ha garantito un nuovo diritto cioè il diritto a non essere intercettato sulla base di una lettura combinata dell'art 2 e 15 della costituzione. Questa teoria ha avuto per certi aspetti, ha il merito, di essere una strada molto più facile, percorribile di fronte all'esistenza di un nuovo diritto. Ad esempio pensate alle comunicazioni elettroniche. L'esistenza di un diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni elettroniche. Tutti noi sappiamo che le comunicazioni elettroniche sono molto più facilmente intercettabili rispetto alle comunicazioni cartacee. Es. possiamo intercettare una lettera, ma intercettare il *thread* di whatsapp che abbiamo nel nostro cellulare, oggi è molto più facile rispetto a quello che avveniva prima. Quindi pensate a come dobbiamo rileggere la libertà e segretezza della corrispondenza in relazione all'esistenza di comunicazioni elettroniche. Anche per le comunicazioni elettroniche bisogna individuare nuovi elementi inviolabili in relazione all'interpretazione degli articoli 2 e 15 della costituzione.

C'è solo una Variante che il professore ci sottopone → Qui il problema si è posto in relazione **all'art 13** della costituzione cioè al fatto che quando parla di libertà personale in realtà, guardandosi alla sfera della persona in questa libertà, sarebbero gli **art 2 e 13** gli elementi dai quali nascono nuovi diritti e non dagli articoli successivi: **14 e 15** (*domicilio, corrispondenza, libertà di riunione, libertà di manifestazione del pensiero e via dicendo*). In questa teoria vi è solo questa variante che, invece di utilizzare come espansione tutti gli articoli dal 14 fino al 21, espande solo la libertà personale. Quindi si possono trovare **diritti nuovi** connettendo l'**art 2** con l'**art 13** della costituzione.

L'ultimo aspetto che tocchiamo è l'altra parte dell'**art 2** della costituzione che ha a che fare con le **formazioni sociali**. L'art 2 dice che i diritti inviolabili sono riconosciuti anche nelle formazioni sociali (sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'uomo).

Pone due problemi:

1. *Che cosa sono le formazioni sociali?*

2. *Qual è la portata della garanzia dei diritti delle formazioni sociali?* (per esempio: cosa succede se un diritto dell'uomo, inteso nelle formazioni sociali, contrasta con un diritto dell'uomo in quanto tale, cioè, della persona dell'uomo o della donna in quanto tale).

Sul primo aspetto, cioè, sulla risposta alla domanda: *che cosa è una formazione sociale?*

→ 1. Esistenza di corpi intermedi. L'esistenza, secondo la teoria di Grossi, del fatto che ci sono corpi intermedi tra cittadini e stato.

→ 2. L'uomo non vive solo in relazione allo stato, ma vive all'interno di una famiglia, di una scuola, di associazioni, nei luoghi di lavoro, nelle confessioni religiose, nelle università, cioè, nei luoghi in cui si riunisce, in cui si associa con altri. Quindi ha a che fare ancora una volta con un aspetto quasi addirittura naturale dell'esistenza umana. Qui addirittura il professore direbbe che vi è una **propensione naturale** che qualcuno oggi direbbe **antropologica**. Noi siamo antropologicamente rivolti verso la vita sociale. Aristotele appunto diceva: l'uomo è un essere che vive di pensieri.

Un altro punto di vista è quello che oggi si è espanso sempre sul piano della natura delle formazioni sociali, sulla parola **sussidiarietà orizzontale**. C'è un nesso che possiamo cogliere tra l'**art 2** della costituzione quando parla di formazioni sociali e l'**art 118** comma 4 della costituzione che parla della sussidiarietà orizzontale.

Sussidiarietà orizzontale vuol dire in buona sostanza che, prima che lo stato intervenga, deve rispondere al bisogno umano la società, società in quanto appunto formazione sociale. Quindi c'è un nesso tra l'art 2 e l'art 118 comma 4.

Il problema invece più spinoso riguarda il fatto che le formazioni sociali potrebbero essere il teatro di conflitti, oppure potrebbero essere addirittura il teatro di situazioni addirittura violente, pensate alla famiglia. Perché è chiaro che se tu hai un diritto nelle formazioni sociali c'è anche il problema che la formazione sociale non sia in realtà un punto armonico della vita delle persone. Ovviamente qui il problema è che chiaramente la costituzione assicura al singolo il diritto di uscire dalla formazione sociale, il diritto di non appartenere ad una formazione sociale, il diritto di costruire altre formazioni sociali. Il tema si connette al problema del **pluralismo**, quindi, alla garanzia della libertà di avere opinioni diverse e addirittura di organizzare la società sulla base di queste opinioni diverse. Qui ci sarebbe tutta una giurisprudenza che ha a che fare con la libertà negativa di associazione che vedremo successivamente.

Sintes: siamo partiti dalla **dizione dell'art 2**, abbiamo visto il **problema del riconoscimento**, poi, abbiamo affrontato il problema dicendo che il problema del riconoscimento sembrerebbe una porta al diritto naturale, in realtà qui siamo più positivisti e quindi non lo riconosciamo. Abbiamo parlato dell'inviolabilità come limite alla revisione costituzionale. Siamo poi andati sul discorso della **immodificabilità** fino ad arrivare al problema della sottoponibilità al giudizio della corte costituzionale delle norme di revisione costituzionale che dovessero limitare i principi supremi. Per approdare poi al problema dell'art 2 quando parla di diritti inviolabili come fattispecie aperta/fattispecie chiusa, abbiamo detto che oggi la teoria che va di più è quella della fattispecie aperta, qualcuno invece parla della possibilità di espandere la tutela delle libertà dagli art 13 a 21 della costituzione. È evidente che la giurisprudenza oscilla tra questi due piani, cioè, fattispecie aperta, posso riconoscere un diritto, ma se la coscienza sociale è arrivata ad un punto di solidità che li fa riconoscere, altrimenti l'uso quasi espansivo delle libertà dei diritti civili. Fino ad arrivare al **problema delle formazioni sociali** che il professore ha citato in modo molto leggero dicendoci che qui il problema è la **natura delle formazioni sociali** e il problema dello scontro che ci potrebbe essere e c'è spesso tra il singolo e le formazioni sociali e qui l'elemento che dobbiamo ricordare è il problema della possibilità di uscire, di non far parte di formazioni sociali, quasi come se fossero (in passato, ora non è così) una possibilità di diritto di obiettare nei confronti della natura umana, del carattere antropologicamente sociale dell'uomo.