

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Pubblicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 2 -

A CURA DI GIAN PAOLO DOLSO

DIGNITÀ, EGUAGLIANZA E COSTITUZIONE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI TRIESTE

EUT

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE
Pubblicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 2 -

A CURA DI GIAN PAOLO DOLSO

DIGNITÀ, EGUAGLIANZA E COSTITUZIONE



Edizioni
Università
di Trieste

Il presente volume è stato finanziato con i Fondi di Ricerca di Ateneo dell'Università degli Studi di Trieste, anno 2016, nell'ambito del progetto "Eguaglianza e inclusione tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche", responsabile prof. Gian Paolo Dolso.

FINALITÀ E AMBITO

La collana si propone come documento editoriale per rendere note alla comunità scientifica le ricerche dei docenti di area giuridica appartenenti al Dipartimento, le ricerche di giovani studiosi in formazione, le ricerche che costituiscono l'esito di attività seminariali e convegnistiche.

GARANZIA SCIENTIFICA

La scientificità delle pubblicazioni è garantita da un Comitato Scientifico composto da studiosi che rappresentano le diverse aree del settore giuridico e che, in quanto tali, sono in grado di certificare l'innovazione degli esiti delle ricerche per le quali si propone l'edizione e l'approccio metodologico seguito. I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di procedure di doppio referaggio.

COMITATO SCIENTIFICO

Aebi-Müller Regina, Amadeo Stefano, Barberis Mauro Giuseppe, Barić Sanja, Bartole Sergio, Bianca Massimo, Cazzetta Giovanni, Cubeddu Maria Giovanna †, De Castro Camero Rosario, Ditrìch Lotario Benedetto, Dolso Gian Paolo, Ferrante Riccardo, Ferretti Paolo, Fiorentini Francesca, Fiorentini Mario, Gialuz Mitja, Giangaspero Paolo, Henrich Dieter, Marino Concetta, Maternini Maria, Menghini Luigi, Meruzzi Giovanni, Nunin Roberta, Ofner Helmut, Pacia Romana, Padovini Fabio, Peroni Francesco, Pittaro Paolo, Johannes Michael Rainer, Raiti Giovanni, Spickhoff Andreas, Stevanato Dario, Venchiarutti Angelo, Ziviz Patrizia, Zoz Maria Gabriella.

COMITATO DI REDAZIONE

Il Comitato di Redazione è composto dai seguenti professori: Amadeo Stefano, Bianca Massimo, Ferretti Paolo, Giangaspero Paolo, Padovini Fabio.

MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE

La collana, in linea con le politiche editoriali di EUT e dell'Università degli Studi di Trieste, prevede la pubblicazione online nella modalità ad accesso aperto, allo scopo di rendere liberamente disponibile la comunicazione scientifica. Accanto a questa modalità sono poi previste le più consuete pubblicazioni a stampa in tiratura limitata e/o su ordinazione degli autori.

COPYRIGHT

Tutte le pubblicazioni in formato digitale della collana vengono rilasciate con una licenza Creative Commons (CC BY-NC-SA 2.5 IT). Creative Commons 4.0 (BY-NC-ND).



La versione elettronica ad accesso aperto di questo volume è disponibile al link:
<https://www.openstarts.units.it/handle/10077/20272>



Opera sottoposta a peer review
secondo il protocollo UPI - University Press Italiane

EUT Edizioni Università di Trieste 2019

ISBN 978-88-5511-110-2 (print)

ISBN 978-88-5511-111-9 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

eut@units.it

<http://eut.units.it>

<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

INDICE

Introduzione, *Gian Paolo Dolso* 7

PARTE I

DIGNITÀ ED EGUAGLIANZA: PROBLEMI DEFINITORI

Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro
per il pieno sviluppo della persona umana, *Massimo Cavino* 11

Eguaglianza e differenza.
Variazioni su temi di Ferrajoli, *Mauro Barberis* 31

Contributo della Corte costituzionale e dei giudici comuni
all'elaborazione del concetto di "dignità", *Gian Paolo Dolso* 47

PARTE II

DIGNITÀ ED EGUAGLIANZA: RELAZIONI E CONNESSIONI

Eguaglianza e dignità umana, *Nicola Riva* 81

L'uguaglianza tra valutazione razionale
ed elaborazione cognitiva, *Nicola Muffato* 107

Dal pluralismo medievale all'uguaglianza dei moderni:
dissimmetrie tra storia e diritto, *Davide Rossi* 127

PARTE III
DIGNITÀ ED EGUAGLIANZA:
QUESTIONI DI IMPATTO

Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione, <i>Fabio Corvaja</i>	139
Dignità e lavoro dopo il c.d. decreto dignità: il caso della somministrazione di lavoro, <i>Maria Dolores Ferrara</i>	201
Dignità e tutela della sicurezza sul lavoro, tra principi costituzionali e problemi di effettività delle norme prevenzionistiche, <i>Roberta Nunin</i>	217
Conclusioni, <i>Paolo Giangaspero</i>	235

INTRODUZIONE

GIAN PAOLO DOLSO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Qualsiasi riflessione sull'idea di dignità della persona non può per definizione aspirare che a fornire una piccola tessera di un ampio mosaico che è impossibile da ricostruire *uno actu*. Quello che all'esito di un percorso di ricerca multidisciplinare si è cercato di fare è mettere a fuoco il concetto di dignità riguardandolo da più punti di vista. Come per altri concetti giuridici, basti pensare all'eguaglianza: non è inutile, anzi forse necessario, esaminare come essi vivono nei vari contesti in cui vengono correntemente impiegati. E così, come il principio di eguaglianza può assumere diverse sembianze quando utilizzato nei vari settori del diritto, così accade anche con riguardo al concetto di dignità umana, le cui declinazioni possono essere analogamente diversificate a seconda del settore del diritto nell'ambito del quale ci si muova. In quest'ottica è parso produrre un approccio appunto multidisciplinare che tentasse di cogliere le varie dimensioni di un concetto complesso sotto il profilo definitorio e sfaccettato con riguardo all'utilizzo operativo di esso.

La Costituzione italiana, al contrario di altre Carte contemporanee, non contiene una norma che espressamente si riferisca alla dignità dell'uomo, anche se in essa vi è un denso e non del tutto esplorato riferimento alla «pari dignità sociale» (art. 3, comma 1, Cost.). Non si può peraltro misconoscere che la dignità innerva tutta la prima parte della Costituzione: se questo dato è evidente già dalla lettura del testo, ed anche alla luce dei lavori preparatori della Costituzione, è la giurisprudenza, e non solo costituzionale, che si è incaricata

nel tempo di certificare la centralità e, talora, la decisività, della dignità umana nella nostra architettura costituzionale (si pensi, in via del tutto esemplificativa, da ultimo, all'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale). A tale giurisprudenza è utile (e forse imprescindibile) guardare, come in molti contributi del volume si fa, anche al fine di sciogliere i nodi defnitori che attengono proprio alla perimetrazione di un concetto così carico di significati eppure così sfuggente.

In questo ordine di idee i contributi raccolti nel volume tentano di dare alcune risposte sia nella prospettiva della individuazione del *proprium* dell'idea di dignità della persona sia nell'ottica operativa dei tracciati giurisprudenziali che a questa idea hanno sovente attinto per risolvere i casi più disparati ed anche i più difficili.

PARTE I
DIGNITÀ ED EGUAGLIANZA:
PROBLEMI DEFINITORI

DIGNITÀ E COSTITUZIONE: LA CENTRALITÀ DEL LAVORO PER IL PIENO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA

MASSIMO CAVINO
UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE

Sommario: 1. Dignità sociale, partecipazione e pieno sviluppo della persona. – 2. Il rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà. – 3. Centralità del dovere di lavorare e unitarietà del concetto di lavoro nella Costituzione. – 4. Il lavoro come azione politica orientata allo sviluppo della persona. – 5. Contro la necessità costituzionale del reddito di cittadinanza.

1. Dignità sociale, partecipazione e pieno sviluppo della persona

Diversamente dalla contemporanea GG tedesca¹ la Costituzione italiana non indica esplicitamente la dignità umana come principio fondamentale ispiratore dell'azione della Repubblica. Le disposizioni costituzionali che testualmente²richiamano il concetto

¹ Nel fraseggio della Costituzione tedesca la dignità umana rappresenta la premessa da cui discende il riconoscimento dei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo che ogni potere statale ha il dovere di difendere. Dispone infatti l'art. 1: «1) La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. 2) Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. 3) I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione come norme giuridiche immediate». Sulle vicende che hanno portato alla elaborazione di questa disposizione cfr. F. BERARDO, *“La dignità umana è intangibile”: il dibattito costituente sull'articolo 1 del Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 387 e ss.

² In forza di quanto dispone il primo comma dell'articolo 117 della Costituzione assumono il particolare valore di norme interposte le disposizioni dei trattati internazionali, quali la Carta di Nizza, che espressamente sanciscono

di dignità hanno, infatti, una particolare aggettivazione che lo situano nell'ambito dei rapporti economico-sociali: l'art. 3, comma 1, riconosce la pari «dignità sociale» dei cittadini, l'art. 36, comma 1, individua in una «esistenza libera e dignitosa» il contenuto minimo essenziale dei diritti del lavoratore, e della sua famiglia, che la retribuzione deve assicurare; la dignità umana è poi espressamente citata all'art. 41, comma 2, come limite alla libertà di iniziativa economica privata.

Le ragioni di questa forte caratterizzazione del concetto risiedono essenzialmente nella affermazione della natura di progetto di emancipazione sociale assunto dalla nostra Costituzione; progetto – di cui il secondo comma dell'art. 3 è sintesi paradigmatica – che rappresenta l'ordito sui cui è tessuta tutta la trama costituzionale. E tuttavia, o meglio, proprio perché la Costituzione disegna un progetto di promozione della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini, essa non può avere come orizzonte la sola partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del paese; diversamente il progetto si ridurrebbe ad una concezione di Stato totalitario. Questa, la partecipazione, è funzionale ad una concreta azione della Repubblica orientata al pieno sviluppo della persona umana. La Costituzione italiana assume, dunque, la difesa della dignità umana come principio supremo dell'ordinamento quando indica lo sviluppo della persona quale finalità ultima dell'azione della Repubblica.

Nelle riflessioni che seguono cercheremo di evidenziare le conseguenze normative prodotte dall'accoglimento del principio personalistico da parte della nostra Costituzione. Così prenderemo le mosse dal rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili, sanciti all'art. 2 della Costituzione, mostrando come esso quel principio rifletta. E vedremo poi che, tra i doveri inderogabili, il dovere di lavorare rappresenta la pietra angolare nella prospettiva di una ricostruzione normativa del concetto di dignità della persona.

il principio di tutela della dignità umana. Cfr. G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto*, 2011, 45 e ss., in particolare 49 e ss.

2. *Il rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*

Il progetto costituzionale si sostanzia di due elementi: il pieno sviluppo della persona umana rappresenta il fine; mentre l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese è il mezzo. Questo rapporto tra fine e mezzo stabilisce il punto di equilibrio tra diritti inviolabili e doveri inderogabili: diritti inviolabili possono infatti essere assunti come esplicitazioni pratiche, immagini normative, della complessità della persona umana. I doveri inderogabili possono essere assunti come esplicitazioni pratiche, anch'essi immagini normative, della complessità organizzativa della società. Ma se la complessità organizzativa, l'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, è finalizzata allo sviluppo della persona, allora anche il rapporto tra doveri e diritti non potrà che essere letto secondo la stessa logica funzionale. Ciò non può non produrre conseguenze anche sul piano strutturale, vale a dire sul modo in cui le norme che sanciscono diritti e doveri sono collocate nell'impianto costituzionale.

Rispetto a questo ultimo profilo dobbiamo ricordare che la dottrina costituzionalistica ha assunto posizioni differenti sulla interpretazione delle disposizioni costituzionali di cui all'art. 2 della Costituzione: se esse debbano essere intese come espressione di norme di apertura piuttosto che di chiusura, rispetto al catalogo dei diritti e dei doveri.

Come è noto, alla prima posizione ha aderito Augusto Barbera che, muovendo da una interpretazione aperta dell'art. 2 per quanto concerne i diritti, giungeva a sostenere che: «se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'articolo in commento si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri. Nella misura in cui sarà quindi possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà». In tale prospettiva il rapporto tra fine e mezzo in cui abbiamo ritenuto di individuare il progetto personalistico della no-

stra Costituzione è rovesciato: i doveri non vengono rappresentati come momento dell'organizzazione necessaria alla affermazione dei diritti ma piuttosto come un limite generale al loro godimento in cui si manifesta il «“rapporto di soggezione” del soggetto privato rispetto allo Stato»³.

Giorgio Lombardi ha criticato questa proposta interpretativa sottolineando che essa, nel sostenere che il catalogo dei doveri sia aperto quanto quello dei diritti, finisce col compromettere il confine tra clausola di doverosità e clausola di libertà senza giungere «ad una sorta di funzionalizzazione immanente dei diritti, perché con questo ci si limiterebbe ad aprire uno spazio “conformativo” al legislatore, risolvendo la doverosità in una apertura tendenzialmente illimitata al potere discrezionale del detentore momentaneo della

³ Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, 51 e ss. «Gli obblighi, o doveri, recepiti nella costituzione sembrano da costruire, dogmaticamente, come limiti generali delle situazioni soggettive di vantaggio, [...], in modo che tali situazioni ne risultano potenzialmente affievolite nel loro contenuto. Tali doveri, che sono imposti nell'interesse pubblico, rientrano infatti nel concetto del “rapporto di soggezione” del soggetto privato rispetto allo Stato [...]. Tale rapporto si concreta e si articola in una serie di doveri, aventi per oggetto un comportamento del soggetto privato, non soltanto negativo, ma talora anche positivo. Questo comportamento prescritto viene costruito mediante l'istituzione di rapporti di corrispondenza o di connessione fra le figure dell'esperienza giuridica. Tutte tali figure hanno peraltro, si tratti di doveri generali, o di doveri speciali, un minimo comune denominatore, che è il concetto fondamentale, espresso anche in forma di dovere specifico, del c.d. dovere di fedeltà al regime costituzionale vigente. Il preciso fondamento positivo di ciò si trova nell'art. 2 Cost.: il costituente ha infatti posto su di uno stesso piano i diritti inviolabili e i doveri “inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; esso ha voluto in tal modo, con ogni evidenza, costruire i doveri come limiti essenziali dei diritti, configurando in tal modo un concetto unitario, funzionale, del comportamento del soggetto privato nella vita costituzionale». Rispetto a questa posizione si ricordi l'invito alla cautela di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962⁶, p.887: «Molta cautela deve mettersi quando ci si richiama al dovere di fedeltà come fonte diretta di limitazioni alle situazioni di vantaggio dei cittadini; esso può piuttosto valere quale criterio di interpretazione di norme particolari onde poterne dedurre motivi circa la loro estensibilità in via di analogia».

maggioranza. Da un'attribuzione di competenza si passerebbe insensibilmente ad una frustrazione dello spazio di garanzia che la costituzione, invece, dovrebbe rappresentare, e da un fondamento di legittimità collegato al modo d'essere dell'obbligo politico, ci si ridurrebbe a mera legalità. La clausola di doverosità renderebbe operanti a vuoto (*leerlaufende*) i diritti che la costituzione, enunciandoli, vorrebbe, invece, garantire»⁴.

Secondo Lombardi l'impostazione criticata deve essere respinta «poiché il *proprium* dei doveri costituzionali, come del resto è caratteristica comune di tutte le situazioni limitative, è quello di una serie di precetti che la costituzione contiene per permettere la loro attuazione evitando il pericolo di una serie di interventi lasciati all'arbitrio del legislatore». E ciò lo porta a concludere per la posizione costituzionale «tendenzialmente illimitata» dei diritti e per la tipicità dei doveri⁵: la prestazione di doverosità descritta genericamente all'art. 2 Cost. «diviene determinabile soltanto in relazione alla puntuale individuazione di specifici e tassativi doveri [...]. La conseguenza è dunque che i doveri riconosciuti nella Costituzione sono quelli di cui agli art. 4, 30, 48, 52, 54 e 53»⁶.

Questa ricostruzione del rapporto strutturale tra diritti inviolabili e doveri inderogabili ci pare essere l'unica compatibile con il disegno costituzionale che abbiamo tratteggiato. Essa però comporta una serie di conseguenze sul piano strettamente normativo. Accolto il rapporto tra libertà e doverosità che essa configura, per il quale non esiste una clausola aperta di doverosità capace di confor-

⁴ G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 360.

⁵ Alla impostazione di Lombardi aderisce M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, in particolare 781.

La tipicità dei doveri costituzionali è invece argomento che ha portato A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990², 14, a sostenere la tesi, contraddetta dallo sviluppo della realtà costituzionale, della chiusura del catalogo dei diritti.

⁶ G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., 362 e s., *passim*. Con particolare riferimento al dovere di lavorare, su cui concentreremo le nostre riflessioni, cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 457.

mare in via generale i diritti perché i doveri costituzionali sono solo quelli stabiliti espressamente dalla Costituzione, questi ultimi devono essere concepiti *magis ut valeant*. Se cioè si deve respingere l'idea di una generale funzionalizzazione dei diritti come conseguenza di una lettura aperta del catalogo dei doveri, non si può d'altro canto negare la portata conformativa di quei doveri che sono stati l'oggetto di una precisa scelta costituente.

3. *Centralità del dovere di lavorare e unitarietà del concetto di lavoro nella Costituzione*

Se accettiamo l'assunto che i doveri rappresentano l'immagine normativa della complessità sociale, dobbiamo concludere che tra i doveri inderogabili di solidarietà sanciti dalla nostra Costituzione il lavoro occupa una posizione centrale. Nel dovere di lavorare, imposto dal secondo comma dell'art. 4 della Costituzione, si manifesta compiutamente quel rapporto funzionale tra la partecipazione alla vita politica, economica e sociale del paese e la tutela della dignità umana: la Repubblica cui è assegnato il compito di promuovere il pieno sviluppo della persona umana è fondata sul lavoro. La riflessione costituzionalistica è giunta ad affermare una concezione del lavoro che effettivamente gli riconosce quella centralità: i termini lavoro e lavoratori, nonché il riferimento a specifiche situazioni lavorative, compaiono in diverse disposizioni costituzionali, così che la dottrina fu originariamente impegnata nella identificazione di una concezione unitaria del fondamento stesso della nostra democrazia.

La riflessione sulla definizione del concetto di lavoro accolto dalla nostra Costituzione si è sviluppata, come è noto, intorno alla contrapposizione tra un significato ampio, comprensivo di ogni attività rivolta al progresso materiale o spirituale del paese, ed uno ristretto, che lo riduce alla prestazione d'opera in condizioni di subordinazione economica⁷. Per giungere ad una concezione unitaria

⁷ C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, 50 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, XXIII, 339 e ss.

del concetto di lavoro si è reso quindi necessario stabilire quale, tra i due significati, sia assiologicamente prevalente e qualifichi l'altro in termini di specialità. Com'era ovvio sono state proposte due soluzioni⁸fortemente influenzate dalla posizione pregiudiziale de-

⁸ Estranea all'una e all'altra è la posizione di Giuseppe Ugo Rescigno che prende le mosse da una sua definizione di lavoratori ricomprendendo nella categoria quanti «patiscono col proprio corpo un dispendio di energie fisiche e nervose al fine di procacciare a se stessi i mezzi necessari per la propria vita ed eventualmente per la vita di coloro che sono a loro carico» (*Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2009, 34). Non si tratta di una concezione del lavoro e dei lavoratori necessariamente collegata alla condizione di soggetti economicamente deboli (Rescigno vi riconduce i dirigenti al vertice delle grandi imprese), ma piuttosto molto vicina a quella propria dei fisici che per lavoro intendono il dispiego di energia. Alla luce di questa definizione Rescigno individua (*Costituzione come progetto apicale e generale, eguaglianza sostanziale, lavoro*, in A. D'ATENA, (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1062) come lavoratori quanti offrono la propria attività ad altri in cambio di una retribuzione (il lavoratore dipendente di cui all'art. 36 Cost.), i coltivatori diretti (artt. 44 e 47 Cost.), gli artigiani (art. 45 Cost.), gli imprenditori (art. 41 Cost.), i liberi professionisti (art. 33 Cost.). Giunge così ad escludere dall'ambito dei lavoratori alcune categorie di cittadini: a) le persone che non sono lavoratori ma che svolgono una attività che concorre al progresso materiale o spirituale del Paese (art. 4, comma 2, Cost.); b) i minorenni che ancora non lavorino, i pensionati, i disoccupati senza colpa e gli invalidi. A questi pare di poter aggiungere gli studenti maggiorenni. Questa interpretazione sistematica è però lacunosa perché non coinvolge nella attribuzione di senso alle diverse disposizioni costituzionali il secondo comma dell'articolo 3. Rispetto al quadro delineato da Rescigno, il fraseggio del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione risulta internamente incoerente perché, nell'utilizzare il termine lavoratori per indicare quanti devono poter partecipare alla organizzazione del Paese, escluderebbe le categorie sopra elencate violando il principio di uguaglianza. E Rescigno ne è consapevole; ma di fronte alla impossibilità di ricondurlo al proprio sistema finisce per stabilire (*Lavoro e Costituzione*, cit., 38) che esso sia il frutto di un errore del Costituente: «Mi libero subito del secondo comma dell'art. 3 (naturalmente per il solo aspetto che riguarda la parola «lavoratori» contenuta in tale testo). In questa disposizione la parola «lavoratori» non solo non dice secondo lettera «lavoratori dipendenti» (e cioè non tutti i lavoratori ma soltanto una parte, per quanto estesa), ma deve essere sostituita dalla parola «cittadini» (tutti i cittadini): basta leggere l'intera e complessa frase per capire che, se vi sono ostacoli di ordine economico e sociale che

gli interpreti: se propensi ad affermare la priorità del concetto di lavoro limitata alla posizione subordinata del prestatore d'opera, contrapposta al capitale, essi hanno stabilito una relazione stretta tra l'art. 1, comma 1, Cost., e il progetto di emancipazione sociale di cui al secondo comma dell'art. 3⁹; se orientati a concepire il lavoro come qualsivoglia attività diretta al progresso sociale del paese, essi hanno ricondotto il fondamento lavoristico della Repubblica al contenuto del secondo comma dell'art. 4 Cost., che pone in capo ai cittadini il dovere di agire in tal senso.

Così, tra i primi interpreti della Costituzione, Ugo Natoli prende le mosse dalla considerazione della natura del nuovo regime repub-

limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (e qui il testo dice proprio «cittadini»), e se la rimozione di tali ostacoli di fatto è necessaria per il pieno sviluppo della persona umana (e quindi di nuovo la frase parla di tutti i cittadini in quanto persone), la effettiva partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese di nuovo deve riguardare tutti i cittadini e non solo i lavoratori. Insomma o si tratta di un banale errore (il costituente anziché scrivere semplicemente «tutti» ha scritto «tutti i lavoratori»), o il testo indica una parte per indicare tutto l'insieme, o il costituente ha parlato dei lavoratori (tutti i lavoratori) pensando che questi sono i maggiormente impediti, senza però voler dire che gli altri non lavoratori non hanno diritto a partecipare, etc.; quale che sia la spiegazione della infelice dizione, l'interpretazione sistematica dell'intero testo costituzionale deve far concludere che tutti i cittadini debbono poter partecipare alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese (naturalmente ciascuno secondo le proprie capacità e il proprio impegno)».

⁹ C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca, Artt. 1-12*, Bologna, 1975, 11 e ss., in particolare 13, riflettendo sulle ragioni che hanno portato a respingere la formulazione dell'articolo 1 della Costituzione che avrebbe voluto l'Italia come "Repubblica di lavoratori" nota: «In sostanza il rigetto della formula "Repubblica di lavoratori" aveva obbedito all'intento di escludere un'interpretazione suscettibile di attribuire ai prestatori d'opera subordinati una posizione di classe escludente ogni altra, così da realizzare uno Stato uniclasse, ma non già di disconoscere la speciale posizione rivestita da costoro, per il fatto che il grandioso moto storico di emancipazione, di cui sono stati promotori e sono protagonisti, e che reca in germe una nuova concezione dei rapporti sociali, è ancora in fase di svolgimento, sicché, permanendo tuttora il loro stato di parziale assoggettamento di fronte ad altre classi, viene reso necessario l'impiego di appositi, speciali mezzi di tutela, indirizzati a correggerlo».

blicano¹⁰ per sostenere la prevalenza assiologica del “fatto lavoro” inteso come la situazione soggettiva del lavoratore subordinato. Ciò lo porta a concludere che «non può apparire dubbio che il significato del termine lavoro adoperato nell’art. 1, comma 1, sia da ricollegare piuttosto alla indicazione contenuta nell’art.3 comma 2, anziché alla generica nozione di attività socialmente utile delineata nell’art. 4 comma 2. Esso indica, perciò, non tanto questa attività (la cui previsione ad oggetto di un dovere di carattere generale, a ben guardare, rappresenta una delimitazione, che incide immedia-

¹⁰ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 62 e ss. rileva che in forza dell’articolo 1, comma 1, Cost., lo Stato «viene definito come “una repubblica democratica fondata sul lavoro”, sicché vengono messi in evidenza i caratteri generali della sua struttura organizzativa (repubblica) e politica (democrazia), mentre l’ultima specificazione (fondata sul lavoro) deve evidentemente servire a una ulteriore qualificazione di tale struttura [...]. Ora sembra indubbio che, dei due momenti strutturali appena accennati, quello che può essere interessato da tale qualificazione, è soltanto il secondo. Il primo, infatti, non è che espressione di una forma istituzionale, il cui contenuto sostanziale si determina in base al secondo. Ciò stesso vale a mettere in evidenza che il tipo di democrazia – val quanto dire, il tipo di regime – instaurato dalla Costituzione assume una particolare configurazione (s’intende sul piano dell’ordinamento giuridico) in relazione al fatto lavoro. Il quale viene prospettato dalla norma come il prevalente momento determinante del regime, in cui si organizza la struttura politica della Repubblica. Più volte è stato osservato come tale regime abbia per la sua origine storica e per il suo profilo giuridico sostanzialmente carattere misto. La formula dell’articolo 1 va, perciò, interpretata tenendo presenti i limiti naturali che ad essa sono imposti da questa realtà storica e giuridica: essa non può, quindi, essere intesa né come affermazione della rilevanza costituzionale del solo fatto lavoro, né come attribuzione della capacità sul piano costituzionale ai soli appartenenti alla classe lavoratrice. Non può allora far meraviglia che nella Costituzione stessa vi siano disposizioni e garanzie che sarebbero in evidente contrasto con una simile concezione. Il che, però, non significa neanche che la formula esaminata sia totalmente priva di valore, per lo meno attuale. Essa, al contrario, ha importanza fondamentale, perché, categoricamente, precisa la posizione di uno degli elementi componenti della struttura politica – cioè del regime – che è propria del nuovo ordinamento, e ciò all’evidente scopo di una più esatta delimitazione della posizione del o degli altri elementi che insieme a quello partecipano alla instaurazione della stessa struttura».

tamente sulla posizione costituzionale delle altre forze componenti il regime, di quelle, cioè, solitamente note come forze del privilegio economico) quanto, invece, quella particolare specificazione di tale attività in cui si concreta, il fatto lavoro»¹¹.

Sulla stessa posizione si colloca Luciano Micco: «Dire che è fondata sul lavoro, pur non smentendo che al lavoro in senso lato possa ridursi il contributo sociale di altre (rispetto agli *économiquement faibles*) fasce di soggetti, significa operare una scelta, acquisire, coerentemente con i fondamenti materiali del nostro assetto costituzionale, un determinato valore (che ha improntato peculiarmente di sé gli indirizzi direttivi, costituzionalmente fissati, dell'azione dello Stato) il quale appartiene ad una certa esperienza storica e non ad altre, e che anzi serve come valutazione della rilevanza costituzionale di queste ultime, a cui è storicamente estraneo, ma al quale esse sono normativamente ricondotte dalla nostra Carta»¹². Sarebbe quindi l'emancipazione delle classi sociali economicamente svantaggiate e «la funzione assegnata al lavoro come centro motore di mobilità sociale» l'aspetto positivo dell'art. 1 della Costituzione; e in questo senso si potrebbe immaginare che l'attribuzione di significato proceda dall'art. 3, comma 2, all'art. 1 e poi conclusivamente all'art. 4 della Costituzione¹³: i valori emancipatori del lavoro subordinato (art. 3, comma 2) fondano la Repubblica (art. 1) e diventano l'unità di misura per valutare il rilievo costituzionale delle altre forme di lavoro (art. 4, comma 2)¹⁴.

¹¹ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 64.

¹² L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, 161 e s.

¹³ L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale*, cit., 162.

¹⁴ F. MANCINI, *Lavoro e sindacati nella Costituzione*, in *Il Mulino*, 1975, 166 e s., vede nel secondo comma dell'art 4 la sintesi dell'accordo politico tra le «forze del lavoro e le forze del privilegio economico» (riprendendo la definizione di M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1949-1950, I, 1 e ss.): «Alla borghesia il movimento operaio garantisce i fondamenti del sistema capitalistico, le condizioni della sua sopravvivenza: vale a dire la libertà di iniziativa economica (art. 41), il diritto di proprietà (art. 42) e – col capoverso dell'art. 4, una norma a torto sottovalutata che, da un lato, mette in luce quanto di illuministico c'è ancora nell'ideologia borghese, dall'altro, porta

La seconda ipotesi di lettura stabilisce, come abbiamo detto, un collegamento diretto tra il contenuto dell'art. 1, comma 1, e quello dell'art. 4, comma 2. Da subito Carlo Esposito chiarisce che la concezione del lavoro accolta dal primo articolo della Costituzione repubblicana è ampia: «Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. Infine la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art.4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi»¹⁵.

È questa l'interpretazione che ha finito col prevalere. Fedele all'intenzione del Costituente, essa è coerente con l'impianto complessivo della Carta costituzionale di cui non contraddice il progetto di emancipazione sancito dal secondo comma dell'art. 3. Questo

l'adesione dell'ordinamento giuridico all'ethos della produttività – il dovere che incombe su ogni uomo di operare per il progresso. È molto: diciamo pure che è l'essenziale. Almeno a prima vista, tuttavia, sono imponenti anche le garanzie che il movimento operaio riceve in cambio. Giannini le classifica in tre gruppi: diretto, il primo, ad assicurare condizioni d'impiego minime e irrinunciabili ai *singoli lavoratori* subordinati (salario sufficiente, durata massima della giornata lavorativa, ferie e riposi settimanali, parità salariale tra uomo e donna, stabilità del posto ecc.); esigente, il secondo, una vasta opera di protezione sociale nei confronti degli stessi soggetti da parte delle pubbliche autorità (piena occupazione, assistenza, previdenza, istruzione professionale, tutela della salute); rivolto, il terzo, a coinvolgere non più i lavoratori come tali, ma le organizzazioni della *classe lavoratrice* nell'indirizzo politico generale».

¹⁵ C. ESPOSITO, *Commento all'art.1 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, e in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, da cui traggio la citazione a p.12.

infatti non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione *dei lavoratori* alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole. Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione *di tutti i lavoratori*, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica.

Sono quindi lavoratori non soltanto i prestatori d'opera dipendenti, ma anche gli imprenditori (artigiani e non), i liberi professionisti.

Ma lo sono senz'altro anche gli studenti, siano essi minorenni o maggiorenni, posto che lo studio costituisce una premessa al lavoro.

Sono lavoratori i disoccupati senza colpa, purché in cerca di occupazione, posto che la ricerca di occupazione è attività di per sé funzionale al raggiungimento delle finalità indicate dall'art. 4, comma 2, della Costituzione.

Devono poi essere compresi nella categoria anche i pensionati, che non possono e non devono essere considerati nella nostra società come popolazione inattiva, e che sono chiamati ad assolvere compiti di solidarietà sociale non necessariamente collegati alla logica del mercato del lavoro (sostegno alla famiglia, impegno nel volontariato, partecipazione politica etc.). E per quanto possa apparire provocatorio, devono essere considerati lavoratori anche i cittadini che traggono il loro reddito esclusivamente dal capitale. Secondo autorevole dottrina questi ultimi, la categoria dei *rentier*, dovrebbero essere esclusi dal diritto di partecipare alla organizzazione del Paese perché non producono beni o servizi per il mercato e la «loro disuguaglianza è pienamente gradita perché li rende ricchi senza necessità di dare nulla in cambio»¹⁶. Essi sono invece compresi nella definizione più ampia di lavoratori semplicemente perché non corrispondono alla descrizione di essi fornita che ri-

¹⁶ G.U. RESCIGNO, *Costituzione come progetto*, cit., 1064 e s.

mane ancorata alla concezione marxista della contrapposizione tra lavoro e capitale¹⁷.

L'immagine orwelliana del capitalista col cilindro, l'idea per cui il godimento della rendita del capitale possa prescindere da qualsivoglia organizzazione e attività, non corrisponde alla realtà delle cose. Non è possibile che la rendita del capitale si esaurisca nel mero consumo da parte del *rentier*, senza la produzione di effetti economici ulteriori, che ben possono, e quindi devono, essere orientati al progresso materiale e spirituale della società.

4. *Il lavoro come azione politica orientata allo sviluppo della persona*

Il concetto unitario di lavoro come “attiva partecipazione alla costruzione dell’Italia” giustifica la centralità costituzionale del dovere di lavorare poiché esso chiarisce che il lavoro è strumento di partecipazione economica, sociale, ma anche politica. Essa presuppone però una concezione etica del lavoro che deve essere precisata. Per coglierne pienamente le implicazioni non è sufficiente dire che essa non è limitata alla contrapposizione tra lavoro e capitale: occorre definirla.

Così è utile prendere le mosse dalla riflessione di Felice Battaglia che nel 1951 scriveva che «tra le due concezioni del lavoro che

¹⁷ RESCIGNO, coerentemente con le sue premesse ideologiche, giunge alla critica del programma costituzionale complessivo, *Costituzione come progetto*, cit., 1074 e s.: «Il programma costituzionale complessivo, come consegnato nell'intero testo, e prima ancora come è presente nella realtà legittimata dallo stesso testo, contempla sia l'eguaglianza e la partecipazione di tutti i lavoratori, sia la differenziazione senza limiti tra gli individui in termini di patrimonio e di reddito. Chi vince allora? Chi determina che cosa, quando, dove si produce, quali persone saranno assunte al lavoro, quali sono i livelli di reddito dei lavoratori, e quindi, indirettamente, quali consumi secondo le diverse categorie di reddito, chi domina nella produzione di quotidiani e spettacoli televisivi, e così via per tutte le questioni che comportano mercato e denaro (e cioè la stragrande maggioranza, e comunque quelle decisive per la vita quotidiana)? La risposta mi pare inevitabile e senza dubbi. Chi vuole davvero che vinca il lavoro, e non il capitale, deve chiedersi quale costituzione, e cioè quale società organizzata, è in grado di ottenere davvero questo risultato».

oggi si dividono il campo, quella idealistica e quella marxistica per cui il lavoro è attività compiuta dell'uomo in un mondo suscettivo di essere razionalizzato, e quella più problematica e critica, per cui il lavoro come l'uomo che lo esprime presenta tutte le antinomie e i contrasti di un'essenza duplice e ambigua, abbiamo mostrato di preferire quest'ultima¹⁸. Il lavoro viene concepito da Battaglia come manifestazione della personalità: «lavoro è ogni esplicitamento dello spirito, in quanto attività, siano i suoi fini meramente teoretici o altrimenti pratici. L'atto dello spirito che comunque intenda sé o le cose, che le cose ponga o trasformi, è lavoro»¹⁹. Con il lavoro ciascuno manifesta la sua «individualità profonda ed etica»; indica il posto che desidera occupare nel mondo: «il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita»²⁰.

¹⁸ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Bologna, 1951, 253.

¹⁹ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, cit., 173. Si vedano anche le riflessioni di V. POSSENTI, *Lavoro, "lavorismo", Otium*, in *Filosofia*, 1990, 140: «Solo l'uomo lavora, non gli animali. Sempre il lavoro, che porta il segno di una persona operante in una comunità, veicola un duplice significato: è mezzo necessario per il sostentamento della vita e l'utilità comune; è dispiegamento ed esplicazione del soggetto. Nel processo di lavoro non è possibile separare oggettivazione e soggettivazione».

²⁰ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, cit., 176. Per precisare il concetto, Battaglia lo pone in relazione con quello di gioco: «e allora si può pensare che il gioco sia l'attività del soggetto, in quanto, non impegnando tutto sé stesso, non valuti questa come espressione della sua individualità profonda ed etica, non prenda come si suol dire sul serio, mentre il lavoro è l'attitudine che impegna tutto l'essere nostro, epperò non possiamo non prenderla sul serio, espressione della nostra stessa personalità etica. Il gioco, vada bene o vada male, ci è indifferente: ci può dispiacere perdere una partita a tennis, ma in fondo non ci sentiamo menomati come soggetti morali nel perdere; il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita. [...] Comprendiamo ora come non ci sia lavoro che non si possa abbassare a gioco, gioco che non si possa elevare a lavoro: chi improvvisa dei versi in una serata in società per fare divertire una bella signora quegli gioca e non lavora, come lavora invece il poeta che segue alte immagini e le esprime; chi terzino destro o portiere in una squadra di calcio si travaglia e affina la sua forma in un sudato e metodico allenamento, quegli non

Muovendo da questa premessa possiamo pienamente comprendere il senso della concezione del lavoro come partecipazione, accolta dalla nostra Costituzione e le sue implicazioni personaliste. Quando fonda sul lavoro le istituzioni democratiche della Repubblica, e sancisce il dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società, la Costituzione repubblicana disegna l'orizzonte verso il quale deve svolgersi la personalità di ognuno. Essa impone ad ogni cittadino di scegliere il proprio posto nella costruzione della Repubblica.

Nel quadro della Costituzione repubblicana il lavoro è anche azione politica, è manifestazione pratica della cittadinanza. Il lavoro è atto politico perché la Costituzione, nella valutazione della eticità dei suoi fini particolari, impone di partecipare attivamente e consapevolmente ad un progetto politico, nel quale quegli stessi fini particolari si fondono in un orizzonte di senso generale. In questa prospettiva il lavoro non è soltanto proiezione della personalità del cittadino nella società; è manifestazione della volontà di mutamento, di progresso della società. Esso non può cioè esaurirsi in una attività interna alla società, che collochi il lavoratore in una specifica posizione, o gli consenta di salire o scendere i gradi di un ordine sociale comunque immutabile; ma piuttosto deve consistere nel perseguimento di finalità ad essa esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso, orientate, in fine, alla promozione del pieno sviluppo della persona umana.

gioca bensì lavora». Il gioco si distingue dal lavoro perché, mentre quest'ultimo è manifestazione della volontà di partecipare con pienezza alla vita della comunità, esso rappresenta l'esigenza di isolarsi da quella stessa comunità e dai vincoli doverosi che la partecipazione impone. Il gioco è «un'azione libera: conscia di non essere presa "sul serio" e situata al di fuori della vita consueta, che nondimeno può impossessarsi totalmente del giocatore: azione a cui in sé non è congiunto un interesse materiale, da cui non proviene vantaggio, che si compie entro un tempo e uno spazio definiti di proposito, che si svolge con ordine secondo date regole, e suscita rapporti sociali che facilmente si circondano di mistero o accentuano mediante travestimento la loro diversità dal mondo solito» J. HUIZINGA, *Homo ludens*, (1939), trad. it., Torino, 1946, 31.

5. *Contro la necessità costituzionale del reddito di cittadinanza*

Vera la centralità del dovere di lavorare non possono che essere respinte alcune recenti proposte che hanno sostenuto la necessità costituzionale del cosiddetto reddito di cittadinanza.

La premessa da cui esse muovono riposa su una lettura del primo comma dell'art. 4 della Costituzione che riconosce il diritto al lavoro: «il lavoro – il lavoro dignitoso – è insostituibile nella vita di un uomo: fonte non solo di sussistenza, ma anche di elevazione intellettuale e morale, di dignità, identità, socialità. [...] Tuttavia, quando non si può lavorare perché il lavoro non c'è, non si può – pur di non cadere nella trappola della resa al fallimento delle politiche occupazionali – far gravare per intero il fardello di quel fallimento sulle spalle dei cittadini che, senza loro colpa, sono rimasti tagliati fuori dall'occupazione (o da un'occupazione stabile) relegandoli nel “ghetto dei superflui”». In altri termini: se la Repubblica non riesce ad assicurare lavoro deve risarcire il cittadino con il reddito di cittadinanza²¹.

Ma tale lettura del primo comma dell'art. 4 della Costituzione è sicuramente sbagliata.

Fin dalla relazione al progetto di Costituzione, Ruini sottolineava che «l'affermazione del diritto al lavoro, e cioè ad una occupazione piena per tutti, ha dato luogo a dubbi da un punto di vista strettamente giuridico, in quanto non si tratta di un diritto già assicurato e provvisto di azione giudiziaria; ma la commissione ha ritenuto, e anche giuristi rigorosi hanno ammesso, che, trattandosi di un *diritto potenziale*, la Costituzione può indicarlo, come avviene in altri casi, perché il legislatore ne promuova l'attuazione, secondo l'impegno che la Repubblica nella Costituzione stessa si assume»²².

²¹ C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, 255. L'autrice (in particolare 251 e ss.) contesta quello che definisce “il tabù del lavoro” come argomento contrario al reddito di cittadinanza.

²² Per la ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente cfr. M. SALVATI, *Art. 4*, Carocci, Roma, 2017, 59 e ss., e, ancora assai utilmente, V. FALZONE,

Pertanto, che il diritto al lavoro, sancito dal primo comma dell'art. 4 della Costituzione, non rappresenti il fondamento per positive²³ pretese individuali ad ottenere un posto di lavoro è chiaro fin da subito. Contrastano con una lettura di questo tipo ragioni di carattere materiale ma, evidentemente, anche ragioni di carattere politico-costituzionale che discendono dal modello economico scelto dai costituenti.

Non è compito della Repubblica creare lavoro, ma promuovere le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale capace di rendere effettivo il diritto al lavoro per tutti²⁴. Questo

F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Colombo, Roma, 1949, 26 e ss.

²³ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, Vol. IV, Roma, 1953, 81, sottolinea come il diritto al lavoro «tende a garantire una delle libertà personali e quindi assume un contenuto negativo, di pretesa all'astensione da ogni intervento esteriore diretto ad impedire l'esplicamento di un'attività lavorativa o la scelta e il modo di esercizio della medesima (salvo per quest'ultimo punto i divieti di ordine pubblico) ed ha una estensione generale, riferendosi a tutti i cittadini». Per quanto concerne il contenuto positivo del diritto al lavoro Mortati afferma che si sostanzia «nella pretesa ad ottenere lavoro, oppure a che siano suscitate occasioni di lavoro. [...] Esso [...] si concreta nella pretesa ad un'occupazione che presenti il duplice carattere di essere insieme retribuita e continuativa o stabile, e ciò perché se l'occupazione fosse saltuaria e intermittente assumerebbe un carattere aleatorio che lascerebbe insoddisfatta la pretesa. Ora presupposto necessario perché il diritto così inteso trovi realizzazione è l'esistenza di un meccanismo regolatore dell'offerta e della domanda di lavoro, in modo da adeguare costantemente, almeno entro un certo grado di approssimazione, l'una all'altra: o, in altri termini l'esistenza di un'organizzazione o impresa produttiva di beni e servizi, capace di retribuire il lavoro in essa impiegato ed idonea a procedere con la necessaria tempestività alla modificazione dell'entità e direzione della produzione in corrispondenza alla richiesta dei beni e servizi medesimi. Allo stesso tempo occorre altresì postulare una certa fungibilità e adattabilità del lavoro, tale da renderlo capace di passare da uno ad altro impiego per adeguarsi alle oscillazioni della domanda».

²⁴ È questa la lettura che la giurisprudenza costituzionale fornisce fin da subito. Si veda la sentenza n. 78 del 1958 della Corte costituzionale in tema di imponibile di mano d'opera nelle aziende agricole che fornisce una interpretazione dell'articolo 41 Cost.: «Nel secondo comma sono posti

non significa che iniziative legislative di sostegno al reddito siano di per sé incompatibili con il progetto costituzionale che abbiamo cercato di tratteggiare.

Quel che è certo è che esse non sono costituzionalmente necessarie, e che pertanto i soggetti politici che se ne fanno portatori hanno la piena responsabilità dei risultati che esse possono conse-

limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata: essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in senso collettivo, essa non può comunque recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini o che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori). Dispone il terzo comma del citato articolo che siano determinati programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Non gioverebbe, a sostegno di tesi opposta a quella che viene dalla Corte accolta nella presente sentenza, invocare la locuzione costituzionale per ravvisare in essa l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera. Nel terzo comma, invero, la Corte ravvisa la possibilità di norme idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi di retti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale, e di creare, come è auspicabile, una situazione tale che possa naturalmente determinare fruttuoso assorbimento di mano d'opera. Non può pertanto la Corte riconoscere la legittimità di norme le quali, anziché informate a una generale visione nelle prospettate direzioni, siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo. L'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste». Sul punto cfr. però LUCIANO VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, 75 e ss. che sottolinea come «Le “condizioni” che rendono effettivo il diritto al lavoro sono infatti anzitutto di ordine economico, ma possono essere anche di ordine giuridico e di conseguenza tra esse vanno ricomprese le previsioni contenute non solo nelle norme che garantiscono o facilitano l'accesso al lavoro di particolari categorie protette, come quelle della legge 2 aprile 1968, n. 482, ma anche nelle norme che vietano ogni discriminazione nell'accesso al lavoro, come l'art. 15 dello statuto dei lavoratori, o nelle norme che sono volte a promuovere un'equa ripartizione delle occasioni di lavoro, come quelle contenute nella legge n. 264

guire, o, piuttosto, dei risultati che non potranno essere raggiunti per il mancato investimento in politiche produttive delle risorse destinate al mero sostegno del reddito.

del 1949». In effetti la promozione delle condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro non può non esplicarsi che sul piano giuridico normativo. Particolarmente interessante è, da questo punto di vista, la sentenza n. 49 del 2000 della Corte costituzionale con la quale essa ha dichiarato inammissibile un referendum abrogativo della legge n. 877 del 1973, recante la disciplina del lavoro a domicilio. La Corte ha affermato, guardando al parametro fornito dall'art. 35 Cost., che: «Va evidenziato come il lavoro a domicilio, avuto riguardo sia al luogo ed alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che ai criteri di retribuzione, costituisca una di quelle forme speciali di lavoro che la Repubblica, secondo quanto dispone l'art. 35 della Costituzione, deve tutelare. La doverosità, espressa da tale precetto, di una tutela del lavoro non già generica ed indistinta, ma articolata e coerente con la specificità delle varie forme (ed applicazioni) del lavoro si pone, dunque, alla base di quella disciplina speciale del lavoro a domicilio, già introdotta dal legislatore con la legge n. 264 del 1958, (poi sostituita appunto dalla legge n. 877 del 1973) e che la proposta referendaria vorrebbe ora abrogare, così eliminando una specifica e diretta attuazione di un principio costituzionale. I modi e le forme dell'attuazione della tutela costituzionale sono ovviamente rimessi alla discrezionalità del legislatore, cosicché le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato. Esse, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento (si veda, sul punto, con specifico riferimento all'abrogazione referendaria, la sentenza n. 35 del 1997, nonché le sentenze n. 134 del 1994 e n. 106 del 1992). Tale limite si oppone all'abrogazione della vigente normativa di tutela speciale del lavoro a domicilio e determina l'inammissibilità della proposta referendaria».

EGUAGLIANZA E DIFFERENZA. VARIAZIONI SU TEMI DI FERRAJOLI

MAURO BARBERIS
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

SOMMARIO: 1. Il modello standard dell'eguaglianza. – 2. La versione di Ferrajoli. – 3. Le possibili evoluzioni del modello.

1. *Il modello standard dell'eguaglianza*

La globalizzazione ha prodotto l'uscita di molti paesi extra-occidentali dal sottosviluppo, ma anche, in Occidente, l'impoverimento dei ceti medi a favore di quelli più alti, e un vertiginoso aumento delle disuguaglianze. A questo processo, le varie sinistre liberal occidentali hanno spesso reagito in modo flebile ed equivoco, specie in considerazione delle nuove modalità comunicative imposte dai social media. Hanno cioè riaffermato l'eguale dignità delle minoranze discriminate, ma trascurato le diseguaglianze che colpiscono le maggioranze impoverite.

Globalizzazione, aumento delle diseguaglianze e sviluppo dei social media hanno così concorso a produrre quella sorta di rivolta dei penultimi contro gli ultimi che sono gli odierni populismi, sovranismi e fondamentalismi. Questi prevalgono elettoralmente e nei sondaggi proprio perché si oppongono, più credibilmente delle sinistre liberal, alla retorica neoliberale dell'austerità e dei conti in ordine: benché poi tali movimenti spesso siano ancora più inegualitari e succubi del neoliberalismo della sinistra liberal.

Su questo sfondo si colloca l'ultima fatica di Luigi Ferrajoli, il volume intitolato *Manifesto per l'eguaglianza* (2018, d'ora in poi MU),

cui è seguita una seconda edizione rivista (2019). Mi sono già occupato della prima edizione di questo libro insieme con *Teoria e pratica dell'eguaglianza* (2018, d'ora in poi TP), curato da Fabrizio Mastromartino¹, in un lavoro precedente di cui questo riprende poco più della struttura². Il lavoro precedente ha però prodotto alcuni equivoci, come a volte accade anche ad amici che discutono fra loro da anni: equivoci che qui cerco di diradare.

In particolare, le mie osservazioni circa la necessità di integrare il modello dei rapporti eguaglianza-differenza delineato da Ferrajoli con contributi multidisciplinari ulteriori, come quelli proposti nel *reading* curato da Mastromartino, ha prodotto l'impressione che volessi criticare frontalmente MU o, peggio ancora, che non condivessi quel modello. Ciò ha prodotto una replica, che Luigi mi ha gentilmente anticipato³. Una contro-replica sarebbe stucchevole; qui, dunque, piuttosto, preferisco procedere così.

Riformulerò le mie osservazioni come variazioni su temi di Ferrajoli, pensandoli come una versione di quello che chiamerò *modello standard dell'eguaglianza*. L'operazione compiuta da MU, infatti, parte dai due commi dell'art. 3 Cost. it., sui principi di eguaglianza formale e sostanziale, riformulati da Ferrajoli in termini di tutela delle differenze e dell'eguaglianza in senso stretto. Così riformulati, peraltro, e al di là della terminologia, i due principi entrano in relazioni simili ai principi detti dell'eguale libertà e di differenza nella teoria della giustizia di John Rawls⁴.

¹ L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'eguaglianza*, Roma-Bari 2018 (da cui si cita) e 2019; F. MASTROMARTINO (a cura di), *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica*, Roma 2018.

² M. BARBERIS, *Eguaglianza, differenza, omologazione*, in *Ragion pratica*, 2018, 51, pp. 531 ss.

³ L. FERRAJOLI, *Dissensi e fraintendimenti in tema di eguaglianza. Una risposta a Mauro Barberis*, in corso di stampa per *Ragion pratica*, 2019.

⁴ La cui prima formulazione è notoriamente J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano 1982, specie pp. 66-110. Relazioni simili, non identiche: Rawls parla di un ordine lessicografico, a sua volta simile ma non identico a un ordine gerarchico; Ferrajoli invece concepisce i due principi come rispettivamente regolativi e direttivi, nel senso che vedremo.

In entrambi i casi, almeno, teorie rispettivamente dell'eguaglianza e della giustizia, per altri versi molto distanti, esprimono una stessa idea di fondo, paradigmatica dell'attuale cultura politica liberal, e proprio per questo oggetto dell'attacco dei vari populismi. L'idea è che, almeno concettualmente, prima vengano le differenze, le libertà, la dignità, e solo poi l'eguaglianza economica, o piuttosto la lotta alle disuguaglianze tipiche della globalizzazione neoliberale: anche se proprio quest'ultima resta il principale bersaglio polemico di MU, forse il più politico dei libri di Ferrajoli.

Credo che questo modello standard possa ancora essere difeso, però aggiornandolo all'evoluzione dei sistemi costituzionali occidentali. Questi non hanno solo risposto, a loro modo, alle catastrofi umanitarie del Novecento, prima fra tutte la Shoah; hanno anche avviato al vicolo cieco imboccato dalla riflessione etico-normativa novecentesca. Questa si è rivelata incapace, in tutte le sue varianti meta-etica, consequenzialistica e deontologica, di rispondere alle sfide novecentesche: rappresentate, a livello metaetico, da emotivismo, soggettivismo, pluralismo dei valori, a livello normativo da problemi come l'aumento delle disuguaglianze⁵.

Il nuovo costituzionalismo post-bellico, le sue dichiarazioni dei diritti, e infine strumenti quali i controlli di eguaglianza, di ragionevolezza e di proporzionalità, elaborati dalle giurisprudenze delle grandi corti costituzionali e internazionali, hanno risposto con strumenti giuridici ai grandi problemi lasciati aperti dall'etica novecentesca. Di fatto, lo stesso Rawls e Ronald Dworkin hanno finito per considerare la Corte suprema degli Stati Uniti, se non le corti costituzionali in genere, come «paradigma della ragione pubblica» e «foro dei principi»⁶, chiamati a risolvere i problemi sociali lasciati aperti dall'etica normativa.

⁵ Sviluppo qui un'idea implicita in M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche anti-terrorismo*, Bologna, 2017, specie 31 ss.

⁶ Così, rispettivamente, J. RAWLS, *Political Liberalism* (1993), trad. it., *Liberalismo politico* Milano 1994, 198-204 e R. DWORKIN, *A Matter of Principle* (1985), trad. it. *Questioni di principio*, Milano, 1990, 83-86.

Dubito che Ferrajoli, fedele all'eredità illuministica, positivista e democratica, e ostile a ogni produzione di diritto da parte dei giudici⁷, possa concordare con questa mia ricostruzione, sicuramente viziata ancora, per lui, dallo strano vizio talvolta chiamato neo-costituzionalismo. Potrà forse ammettere, però, che proprio come lui si muove nella prospettiva aperta dall'art. 3 Cost. it., così alcuni dei migliori contributi giuridici sull'eguaglianza vengono da autori, come Robert Alexy⁸, i quali, a ben vedere, non fanno altro che generalizzare tesi della giurisprudenza costituzionale tedesca.

2. *La versione di Ferrajoli*

Conforme alle sue opzioni teoriche e ideologiche, Ferrajoli non attinge alla giurisprudenza costituzionale ma direttamente alla formulazione dell'art. 3 Cost. it. Meno ancora, se possibile, guarda alle interpretazioni giudiziali dell'omologo art. 3 del *Grundgesetz* tedesco, interpretazioni sedimentate nelle giurisprudenze prima tedesca, poi comunitaria e internazionale. Nella Prefazione a MU, invece, opera la seguente sistemazione, cui aggiungo una numerazione per poter commentare analiticamente i sei punti numerati, più un settimo, relativo alla giustizia.

«Il principio di eguaglianza è 1) il principio politico dal quale, direttamente o indirettamente, sono derivabili tutti gli altri principi e valori politici. 2) Esso equivale all'eguale valore associato a tutte le differenze di identità e al disvalore associato alle disuguaglianze nelle condizioni materiali di vita; 3) si identifica con l'universalismo dei diritti fondamentali, siano essi politici o civili o di libertà o sociali; 4) è il principio costitutivo delle forme e, insieme, della sostanza della democrazia; 5) forma la base della dignità delle persone [...]; 6) è perfino un fattore indispensabile di uno sviluppo economico equilibrato e sostenibile [...]» (MU: ix).

⁷ Cfr. da ultimo L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.

⁸ Penso soprattutto al magistrale R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2016, specie 422 ss.

2.1. L'eguaglianza sarebbe dunque il principio dal quale, direttamente o indirettamente, sono derivabili tutti gli altri principi costituzionali. Certamente lo diventa nelle ridefinizioni di "eguaglianza", "diritti", "democrazia", e simili fornite da Ferrajoli: tutte collegate sistematicamente fra loro proprio al fine di attribuire all'eguaglianza, come da lui ridefinita, il ruolo di principio politico unico e ultimo. Naturalmente, altre definizioni e sistemazioni sono sempre possibili: ogni definizione, occorre qui ricordare, è pur sempre un'interpretazione.

Sia "definizione" sia "interpretazione", infatti, indicano attribuzioni di significato, rispettivamente a termini ed enunciati: con le ulteriori connessioni determinate dal fatto che un termine ha significato solo nel contesto di un enunciato, e che né definizioni né interpretazioni sono mai del tutto arbitrarie. La definizione-interpretazione dei principi costituzionali operata da Ferrajoli, peraltro, suona convincente per una ragione da lui sottaciuta: il principio di eguaglianza formale è il parametro più impiegato dalla Corte costituzionale italiana nel controllo di costituzionalità delle leggi.

Al prossimo punto vedremo quali tratti attribuisca all'eguaglianza la ridefinizione proposta da Ferrajoli. Qui basti notare che assumere l'eguaglianza come principio supremo è tipico delle dottrine della giustizia *liberal*⁹. Queste si opponevano alle dottrine *libertarian* e si oppongono tuttora alla cultura di governo neoliberale proprio per lo spazio che attribuiscono all'eguaglianza: concepandola come virtù sovrana, *à la* Dworkin¹⁰, oppure, *à la* Rawls, tutelando libertà e diritti alla condizione che siano egualmente distribuiti fra le persone.

Se si partisse da una definizione più prossima a quella lessicale, invece, "eguaglianza" indicherebbe molti principi diversi: eguaglianza semplice, formale, sostanziale, proporzionale, di risultato,

⁹ Così N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, 1994.

¹⁰ Così sin dal titolo in R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (2000), trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, Milano, 2002.

di opportunità, e così avanti¹¹. Tali principi sarebbero sempre virtualmente confliggenti fra loro e con principi ancora differenti, come dignità, libertà, giustizia... A ben vedere, l'opposizione fra pluralismo e monismo dei valori, su cui Ferrajoli e io abbiamo discusso in passato, si riduce proprio a questo: all'adozione di strategie definitorie diverse.

Qui si può forse aggiungere che l'eguaglianza appare sovra-ordinata ad altri principi costituzionali per una ragione ulteriore a quella già addotta, e che forse la spiega. Che il principio di eguaglianza (formale) sia il parametro più impiegato nella giurisprudenza costituzionale italiana e forse europea, in altri termini, non dipende da ragioni ideologiche bensì logiche. Esso viene usato sistematicamente da tale giurisprudenza non come diritto ma come meta-diritto, ossia come criterio di controllo dell'eguale distribuzione degli altri diritti¹².

2.2. In realtà, come mi fa notare nella sua replica, anche Ferrajoli distingue almeno due sensi di "eguaglianza", definendo lo stesso termine, cumulativamente o per congiunzione, sia come «eguale valore associato a tutte le differenze d'identità» sia come «[eguale] disvalore associato alle disuguaglianze nelle condizioni materiali di vita». La prima parte della definizione, ispirata all'art. 3 c. 1 Cost., viene da lui applicata alle differenze; la seconda parte, ispirata all'art. 3 c. 2 Cost., all'eguaglianza in senso stretto.

La formulazione del primo principio, derivante dal decennale confronto dell'autore con il "pensiero della differenza" femminile¹³, è davvero originale, e merita qualche ulteriore commento. Comune a tutti gli usi di "eguaglianza", normalmente, è una relazione di somiglianza fra (almeno) due enti distinti, ossia non identici, in base a un criterio di rilevanza che li lega. Dalla Rivoluzione francese, se

¹¹ Cfr. almeno S. GOSEPATH, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, voce *Equality* (2007), <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>, sito consultato il 04/07/2019.

¹² Così R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*. Madrid, 2013, specie 256.

¹³ Cfr. in particolare L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?* (1993), ora in Ead., *Filosofia e critica del diritto*, Torino 1994.

non da quella cristiana, umani fattualmente diversi sono stati considerati normativamente uguali in ragione di un'unica somiglianza rilevante: la loro comune umanità. Tutte le tradizionali differenze di rango, di genere, di razza, di censo, hanno progressivamente perso rilevanza e s'è presunto che tutti gli umani debbano essere trattati ugualmente, salvo giustificare eventuali trattamenti diversi¹⁴.

Invece, Ferrajoli riformula il principio di eguaglianza formale, o liberale, a partire dalle differenze: come «eguale valore associato a tutte le differenze di identità», fra le quali si presume vietata ogni discriminazione. Per converso, egli riformula il principio di eguaglianza sostanziale nei termini dell'eguale «disvalore associato alle disuguaglianze nelle condizioni materiali di vita». Lato liberale e lato sociale della medaglia sono formulati asimmetricamente: tutte le differenze di identità sono sacre e vanne tutelate, mentre non tutte le disuguaglianze possono essere eliminate: dettare norme, dopotutto, equivale a distinguere caso da caso.

La formulazione unitaria del principio di eguaglianza da parte di Ferrajoli, peraltro, non deve far pensare a una sua unicità. Al contrario, i principi sono almeno due: si potrebbe chiamarli eguaglianza in senso lato, nei casi dell'eguale libertà di Rawls e dell'eguaglianza formale nella nostra Costituzione, e in senso stretto, nei casi del principio di differenza di Rawls e dell'eguaglianza sostanziale. Terminologia che però rischierebbe di produrre nuovi equivoci, ulteriori a quelli prodotti dalla terminologia rawlsiana, che inverte i rapporti fra eguaglianza e differenza.

Sin qui comunque, al di là della terminologia, c'è pieno accordo fra Ferrajoli e il sottoscritto. Il dissenso inizia quando si sostiene, come ho sempre fatto, che i due principi sono non solo diversi, ma sempre virtualmente in conflitto fra loro. Detto altrimenti, il principio di eguaglianza formale fissa la regola – tutti gli esseri umani sono uguali e vanno trattati ugualmente, astraendo dalle differenze – mentre il principio di eguaglianza sostanziale introduce possibili

¹⁴ Così, puntualmente, F. POGGI, Francesca, *Diversi per diritto. Le disuguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 15/2, 2015: 7 ss.

eccezioni: consentendo al legislatore di derogare all'eguale trattamento a favore dei meno avvantaggiati¹⁵.

Che questa sia la relazione fra i due principi credo sia difficilmente discutibile. Lo stesso Ferrajoli, dopotutto, distingue fra principi regolativi, applicabili come regole, e principi meramente direttivi, rimessi alla discrezionalità del legislatore: e se c'è un caso cui questa distinzione si applica, sono proprio i rapporti fra eguaglianza formale e sostanziale. Si potrebbe discutere, semmai, se un rapporto da regola a eccezione consapevolmente introdotto dal costituente possa ancora chiamarsi un caso di conflitto. A mio parere sì, a parere di Ferrajoli no: ma qui la disputa rischia di diventare di nuovo definitoria, se non puramente verbale.

2.3. Per Ferrajoli vi è un nesso strettissimo fra eguaglianza e diritti. L'eguaglianza «s'identifica con l'universalismo dei diritti fondamentali, siano essi politici o civili o di libertà o sociali», è sempre un'*égalité en droits*: «è tramite i diritti [...] che viene garantita l'eguaglianza» (MU, 5). Occorre inoltre sottolineare l'universalismo dei diritti: il criterio di Ferrajoli per distinguere i diritti fondamentali da tutti gli altri. I diritti fondamentali, secondo lui, sono caratterizzati proprio dalla loro universalità: dalla loro attribuzione eguale, cioè universale, a tutti (gli esseri umani, i cittadini, quanti sono dotati di capacità giuridica...) ¹⁶.

I diritti fondamentali, nella loro attribuzione a tutti, si opporrebbero ai diritti patrimoniali, attribuiti ai soli proprietari. La proprietà stessa potrebbe considerarsi un diritto fondamentale solo nel senso che tutti hanno il diritto a divenire proprietari; una volta divenuti tali, peraltro, i proprietari godrebbero di diritti meramente patrimoniali, spettanti non a tutti ma solo a loro. Distinzione, secondo Ferrajoli, puramente formale, basata solo sul ricorso al quantificatore universale "tutti".

Ora, tutti i diritti fondamentali sono forse attribuiti universalmente, ma non tutti i diritti attribuiti universalmente sono fondamentali: non lo sarebbe, ad esempio, il diritto attribuito a tutti di

¹⁵ Così R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, cit., 264 ss.

¹⁶ Così L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari, 2001, 5 ss.

praticare il *surfing* a Malibu. Dietro al criterio dell'universalità, allora, sospetto se ne celi un altro: quello dell'indisponibilità dei diritti fondamentali. Detto questo, sul fatto che diritti disponibili, come quelli patrimoniali, cedano nel conflitto con diritti indisponibili, ossia fondamentali, lui e io saremmo d'accordo. E dico saremmo solo perché Ferrajoli, avendo risolto in sede di definizione (anche) tale conflitto, rifiuta (nuovamente) di considerarlo tale.

L'unica cosa certa è che le alternative alla ridefinizione dei diritti fondamentali in termini di universalità non sono migliori di essa. I *Grundrechte* di Alexy, ad esempio, sono semplicemente i diritti costituzionali, attribuiti dalla *Grundgesetz*. Fra questi, le costituzioni stesse spesso distinguono principi fondamentali e non fondamentali; anche ammettendo che ciò valga anche per i diritti, sospetto che l'esclusione della proprietà dai diritti fondamentali sia una proiezione della *sedes materiae* in cui la nostra Costituzione colloca la proprietà. Secondo un altro criterio ancora, potrebbero considerarsi fondamentali i diritti-principi che ne fondano altri e non sono fondati da nessuno: ma anche questo solleva problemi.

A parte l'assimilazione diritti-principi, infatti, la gerarchia di entrambi, tanto secondo Alexy quanto secondo Guastini, è mobile, fissata solo dai bilanciamenti costituzionali. L'unica soluzione per distinguere i diritti-principi fondamentali dagli altri, allora, diviene quella, vagamente disperata, che ho recentemente proposto: sulla base dei bilanciamenti effettivamente compiuti dalle Corti, ammettere che ci sono diritti-principi, come l'eguaglianza, *più* fondamentali di altri, quantitativamente¹⁷. Per non parlare del fatto che qui "fondamentale" diviene sinonimo di "supremo": espressione che, nella nostra giurisprudenza costituzionale, significa tanto "resistente alla revisione costituzionale" quanto "suscettibile" di fornire contro-limiti al diritto comunitario¹⁸.

¹⁷ Cfr. M. BARBERIS, *Tres aproximaciones a los derechos fundamentales*, Prologo a M. MALDONADO MUÑOZ, *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual*, Lima, 2018, 15-19

¹⁸ Qui è giocoforza rinviare a P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015. Ma su tutto il problema

2.4. Per Ferrajoli, inoltre, l'eguaglianza è «il principio costitutivo delle forme e, insieme, della sostanza della democrazia». Ossia, come si afferma in un passaggio omesso nella citazione, l'eguaglianza «è alla base della sovranità popolare». Ora, le nozioni di *égalité, souveraineté du peuple* (o della *nation*) e democrazia sono certo collegate sin dall'Ottantanove, e formano alcuni dei principi fondamentali della Costituzione italiana (cfr. anche TP, 27). Ma, ancora una volta, presentano connessioni logiche, concettuali, tali da coniugarsi in una concezione coerente dell'eguaglianza?

Il fatto è che proprio il principio democratico della sovranità del popolo, nella sua duplice accezione esterna, internazionale, e interna, costituzionale, rappresenta la fonte inesauribile di tutti i possibili attentati all'eguaglianza. La sovranità esterna, intanto, permette di privilegiare i cittadini sui non cittadini, restringendo l'eguaglianza ai soli cittadini, come farebbe lo stesso art. 3, c. 1 Cost secondo un'interpretazione letterale: e ciò in ragione della stessa ambiguità di «popolo», che sin dal latino *populus* non ha mai indicato solo la popolazione stanziata su un territorio, ma comunità più ristrette ed esclusive: di etnia, di lingua, di cultura, di ricchezza...

Lo stesso può peraltro dirsi, a maggior ragione, della sovranità interna, costituzionale, sovra-interpretata dai populistici come la legittimazione di qualsiasi volontà il “popolo” di volta in volta esprima. Tale sovra-interpretazione, però, ignora la distinzione fra *titolarità* ed *esercizio* della sovranità, quest'ultimo subordinato a forme e limiti stabiliti dalla Costituzione. Ora, “eguaglianza” può essere ridefinita in due modi, connettendola o a diritti, separazione dei poteri e altre garanzie antimaggioritarie, o alla democrazia, alla sovranità esterna e interna, al principio di maggioranza e simili. Ma tenere insieme le due cose è fonte d'infiniti equivoci.

2.5. Secondo Ferrajoli, ancora, l'eguaglianza «forma la base della dignità delle persone solo perché “persone”». Il nesso fra eguaglianza e dignità, in effetti, è molto più stretto di quello con la democrazia; ma in che senso di “eguaglianza”? L'eguaglianza formale, la prima

del carattere fondamentale dei diritti-principi, ora, cfr. più sistematicamente G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*. Bologna, 2017, 107 ss.

parte della formulazione di Ferrajoli, è davvero così strettamente associata alla dignità – tutte le identità hanno eguale valore, sono degne di eguale considerazione e rispetto – da farle ritenere indistinguibili. Se mai ci fosse un principio fondamentale unico e ultimo, forse, sarebbe proprio questo: l'eguale dignità di tutte le persone.

Ma l'eguaglianza sostanziale? Intanto, l'unica formulazione esplicita della dignità umana da parte della nostra Costituzione si ha proprio nell'art. 3 c. 1, a proposito dell'eguaglianza formale: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge». Poi, e soprattutto, nella stessa formulazione di Ferrajoli, mentre l'eguaglianza formale attribuisce eguale valore a tutte le differenze, l'eguaglianza sostanziale non impone di eliminare tutte le disuguaglianze: l'asimmetria segnalata sopra.

Il principio direttivo dell'eguaglianza sostanziale, insomma, è subordinato al principio regolativo dell'eguaglianza formale anche in questo: perseguire l'eguaglianza sostanziale può violare non solo l'eguaglianza formale, ma anche la dignità, in tutti i sensi che possiamo attribuire a questa parola. Forse, interpretando sistematicamente i due commi, come fa Ferrajoli, si potrebbe persino trovare un criterio, sia pure quantitativo e labilissimo, per individuare le ineguaglianze da eliminare: quelle così gravi da attentare alla stessa eguale dignità delle persone.

2.6. Infine, per Ferrajoli l'eguaglianza è «un fattore indispensabile di uno sviluppo economico equilibrato e sostenibile». Pure qui, verrebbe da obiettare: non necessariamente. Basta pensare alle grandi aree extra-occidentali uscite dal sottosviluppo, come India o Cina, dove proprio l'uscita dalla povertà di larghi settori della popolazione ha prodotto uno sviluppo squilibrato e insostenibile, con rischi per l'ecologia dell'intero pianeta. È merito di lavori come quello sui *commons* di Elinor Ostrom l'aver presentato modelli di sviluppo alternativi: non generalizzabili, però¹⁹.

¹⁹ E. OSTROM, trad. it. *Governing the Commons* (1990), trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, e il mio *Benicomuni: l'eresia e l'abracadabra*, in P. FERRETTI, M. FIORENTINI, D. ROSSI (a cura di), *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, Trieste 2017: 163 ss.

Il modello standard dell'eguaglianza, che Ferrajoli condivide con le teorie della giustizia, ha l'ambizione di dare indicazioni anche su molti temi del genere: che sono peraltro empirici, nel senso che richiedono indagini specializzate e di taglio prevalentemente esplicativo, così sfuggendo all'approccio prevalentemente concettuale e normativo del modello standard. Facciamo solo qualche esempio, attingendo all'indice del libro di Ferrajoli.

Il terzo capitolo tratta delle crescenti disuguaglianze economiche: ammettendo che la globalizzazione del mercato ha aumentato il benessere aggregato dell'umanità, senza però riuscire a distribuirlo meglio (MU 75). Il quinto parla del lavoro, invocando una «restaurazione delle garanzie dei diritti fondamentali dei lavoratori nei confronti dei datori di lavoro» (MU 156). Il sesto è dedicato al reddito minimo garantito, che secondo Ferrajoli andrebbe assicurato a tutti come garanzia del lavoro «oltre che del non lavoro» (MU 252). Il capitolo settimo, infine, si occupa delle migrazioni: nuova frontiera dell'eguaglianza globale, con i migranti nel ruolo di «popolo costituente di un nuovo ordine mondiale» (MU, 175).

Proprio su questi temi, d'altronde, l'approccio normativo-concettuale all'eguaglianza tipico del modello standard non solo distorce le stesse dimensioni concettuali e normative dei fenomeni raffigurati – occultando le alternative definitorie e i conseguenti conflitti, ignorando l'interpretazione costituzionale e simili – ma si rivela disarmata di fronte alla varietà e complessità dei fenomeni che affronta. La migliore filosofia del diritto e/o politica concepibile non potrà mai, da sola, fornire soluzioni per problemi che ormai richiedono saperi scientifici infinitamente più specializzati.

2.7. Anche nella seconda edizione del libro, infine, Ferrajoli trascura i rapporti fra eguaglianza e giustizia, limitandosi ad aggiungere, dopo il punto 3 (cfr. *supra*, 2.3), il seguente inciso: l'eguaglianza «è il principio sottostante a tutte le diverse concezioni della giustizia». Ciò si spiega, forse, con il dichiarato positivismo giuridico di Ferrajoli, che qui si combina con la pretesa di fornire – non una teoria della giustizia, ma solo – una teoria giuridica, nella quale “giustizia” può significare, al massimo, giurisdizione (ordinaria, amministrativa, costituzionale...).

Nondimeno, non occorre essere giusnaturalisti per osservare che anche tutti gli altri sensi di “giustizia” – correttiva, equitativa, distributiva... – sono giuridicamente rilevanti; la teoria della giustizia *distributiva*, in particolare, oggetto della teoria della giustizia, è maledettamente importante per l’eguaglianza nello stato costituzionale. Pure qui c’è un modello standard, comune a filosofi del diritto e teorici della giustizia, risalente ad Aristotele ma rivitalizzato nel secolo scorso da autori diversissimi come Chaïm Perelman, Alf Ross, Herbert Hart e lo stesso Rawls.

Secondo questo modello, l’eguaglianza costituisce il nucleo, il concetto stesso di giustizia, poi specificato diversamente dalle differenti concezioni o formule di giustizia – a ciascuno secondo i meriti, o secondo i bisogni, o secondo il mercato... – le quali fissano cosa conti per eguale/diverso ai fini distributivi. In questo senso, anche la giurisprudenza costituzionale o internazionale sull’eguaglianza fornisce fatalmente, benché implicitamente, teorie della giustizia: ma lo fa dal basso, confrontandosi con casi eticamente sensibili e spesso anticipando gli interventi del legislatore²⁰.

Se proprio deve trovarsi un limite al modello standard dell’eguaglianza, questo è proprio il suo apriorismo: la tendenza a risolvere questioni pratiche sulla base di ridefinizioni o principi precostituiti. Eppure il metodo che lo ispira, l’equilibrio riflessivo, dovrebbe immunizzarlo da questo rischio. In Rawls, infatti, il *reflective equilibrium* richiede espressamente il confronto fra casi e principi. In Ferrajoli, invece, il metodo riflessivo resta implicito: benché tutto il sistema assiomatico di *Principia Iuris*²¹, come Luigi talvolta ammette, nasca proprio così, da un decennale lavoro di aggiustamento reciproco fra assiomi e conseguenze. Proprio di qui, forse, occorre ripartire.

²⁰ Cfr. A. PISANÒ, *Crisi della legge e litigation strategy. Corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016.

²¹ Il riferimento è ovviamente a L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007, tre vol.

3. *Le possibili evoluzioni del modello*

Un modello aggiornato dell'eguaglianza, come qualsiasi altra parte della filosofia etica (morale, politica, giuridica, economica...), può forse costruirsi usando lo stesso metodo esplicitamente o implicitamente adottato dal modello standard – l'equilibrio riflessivo – ma: 1) esplicitandolo; 2) ampliando il contenuto empirico del modello; 3) relativizzandone le conclusioni. Lo vediamo rapidamente qui di seguito, utilizzando, ove necessario, spunti provenienti dal *reading* di Mastromartino citato sopra.

3.1. Benché *reflective equilibrium* sia espressione coniata da Rawls, e usata soprattutto entro le teorie della giustizia, il concetto si trova già in un altro grande del Novecento: Willard V. O. Quine. Già nella sua critica della distinzione analitico/empirico, e poi nella sua proposta di una filosofia “naturalizzata”, egli paragona le teorie a campi di forze in equilibrio, che toccano l'esperienza solo ai margini²². Detto altrimenti, fatti nuovi, ricostruiti da nuove proposizioni empiriche, determinano nuovi equilibri all'interno della teoria, e possono persino indurre a cambiare le proposizioni analitiche fornite in partenza.

Le idee di Quine sono state estese da Brian Leiter, forse il maggiore autore giusrealista vivente, alla teoria dell'*adjudication*²³: ma forse possono esserlo all'intera teoria/filosofia del diritto, e comunque alla teoria dell'eguaglianza. Anche qui, infatti, una base empirica e un apparato concettuale stanno in equilibrio riflessivo fra loro. In modo solo più evidente che nella stessa teoria/filosofia della scienza, peraltro, qui a determinare gli equilibri fra proposizioni empiriche e analitiche concorrono anche norme o valori: domande o esigenze pratiche, cui la teoria cerca risposta²⁴.

²² Cfr. W. V. O. QUINE, *Two Dogmas of Empiricism* (1951), trad. it. in ID., *Il problema del significato*, Roma, 1966, specie p. 40, e ID., *Epistemology Naturalized*, in *Ontological Relativity and Other Essays*, New York 1969.

²³ Così B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal Philosophy*, Oxford, 2007.

²⁴ La stessa teoria del diritto e della democrazia di Ferrajoli, d'altronde, si presenta come un modello di scienza giuridica che integra dogmatica giuridica,

Una teoria/filosofia dell'eguaglianza aggiornata rispetto al modello liberal standard, dunque, potrebbe configurarsi come l'equilibrio riflessivo – ognuno dei diversi equilibri riflessivi – raggiungibili fra esigenze di giustizia (norme, valori), un apparato concettuale fornito delle ridefinizioni di termini come “eguaglianza”, usati da costituenti e trattati internazionali, e una base empirica rappresentata soprattutto ma non esclusivamente, come vediamo subito, dalle soluzioni a casi giudiziari fornite in particolare dalla giurisprudenza costituzionale e internazionale.

3.2. La base empirica di una teoria dell'eguaglianza non può essere rappresentata esclusivamente da decisioni giudiziali perché queste, in una prospettiva realistica e pragmatica, sono soprattutto soluzioni a problemi pratici: sicché occorre conoscere i fatti (sociali, politici, economici...) che richiedono tali risposte. Qualcuno riconoscerà qui, il metodo suggerito da Giovanni Tarello in *La sociologia nella giurisprudenza* (1974): dati sociologici, politologici, economici, e simili, sono indispensabili al giurista per fare il suo mestiere, che è dare soluzioni a problemi pratici²⁵.

Qui soccorrono molti dei contributi forniti dagli studiosi di varie discipline al *reading* di Mastromartino: su eguaglianza e *lavoro* (Federico Sorrentino); su eguaglianza e *promozione sociale* (Gianpaolo Fontana, Nicola Riva, Massimo Baldini); su *eguaglianza, mercato e neoliberalismo* (Elena Granaglia); sugli odierni nemici dell'eguaglianza (dei quali parla lo stesso Ferrajoli). Qui Luigi connette eguaglianza, libertà e sinistra, limitandosi a rinviare ai valori costituzionali. Ma forse, a proposito della sinistra, avrebbe potuto spendere un suo vecchio slogan, e ridefinire “sinistra” in termini di legge del più debole.

3.3. Parlando di relativizzazione della teoria dell'eguaglianza, infine, non mi riferisco solo al fatto che già concepire la teoria come il prodotto di un equilibrio riflessivo implica il suo carattere mutevole, relativo al cambio dei componenti e delle relazioni fra di essi. Mi riferisco anche a quanto sostiene Gianfrancesco Zanetti in

teoria del diritto, filosofia della giustizia e sociologia giuridica: cfr. ID., *Principia iuris*, cit., vol. 1: 39-43.

²⁵ G. TARELLO, *La sociologia nella giurisprudenza*, in *Sociologia del diritto*, 1974, I, 40 ss.

Eguaglianza liberale, uno dei saggi raccolti in TP, nei termini di un paradosso dell'eguaglianza.

«La formulazione dell'eguaglianza deve normativamente concepirsi come universale e *top down*, perché un'eguaglianza che programmaticamente e arbitrariamente escludesse un gruppo non sarebbe più eguaglianza. Ogni formulazione di eguaglianza normativa, tuttavia, si origina *bottom up* da una situazione di discriminazioni e diseguaglianze situate, [e] per questo motivo l'universalità che essa invoca è necessariamente provvisoria» (TP, p. 23, corsivo aggiunto).

Detto altrimenti, nulla ci assicura, come sembra postulare il modello standard dell'eguaglianza, che la storia si avvicini davvero all'asintoto dell'*égalité*. Periodi di regresso o di vera e propria reazione, come quello che stiamo vivendo, ci ricordano invece che le teorie dell'eguaglianza sono il prodotto, e anche lo strumento, di lotte contro concrete situazioni d'ingiustizia e di diseguaglianza. Una teoria, si direbbe guardando a come va il mondo, nella quale il contributo dei giuristi è e resta decisivo.

PER UNA DEFINIZIONE DEL CONCETTO DI “DIGNITÀ”. ITINERARI GIURISPRUDENZIALI

GIAN PAOLO DOLSO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

SOMMARIO: 1. La dignità dell'uomo nel contesto della Costituzione. – 2. Indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale. – 3. Indicazioni dalla giurisprudenza comune. – 4. Spunti di riflessione.

1. *La dignità dell'uomo nel contesto della Costituzione*

Come è risaputo, il concetto di “dignità”, pur non trovando una posizione di assoluta centralità nella Costituzione italiana, al contrario di quanto si verifica in altre Carte contemporanee, nondimeno compare in numerose disposizioni costituzionali¹. In alcune di

¹ Per tutti valga l'esempio della Costituzione di Bonn, secondo cui «la tutela della dignità dell'uomo è intangibile» e secondo cui «è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla» (art. 1 del *Grundgesetz*): sul punto, da ultimo, F. BERNANDO, “*La dignità umana è intangibile*”: il dibattito costituente sull'art. 1 del *Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2006, 387 ss. Significativa al riguardo anche la Costituzione della Spagna (cfr. in particolare l'art. 10) e la Costituzione del Portogallo (in particolare l'art. 1). Ulteriori riferimenti, anche di rito comparato, in F. FERNANDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010. In alcune Costituzioni è esplicito il nesso tra tutela della dignità e, più in generale, tutela dei diritti, e forma di Stato, nella misura in cui tale tutela rientra tra i compiti ineludibili dello Stato: ad esempio la Costituzione tedesca dispone, all'art. 1, comma 3: «i diritti fondamentali che di seguito sono enunciati vincolano il Potere legislativo, il Potere esecutivo e i Tribunali in quanto diritto immediatamente applicabile»; in senso analogo l'art. 1 della Costituzione

esse ciò avviene in modo esplicito, mentre in altri casi il riferimento alla dignità non è diretto ma appare tuttavia inequivocabile; in altri casi, infine, il nesso tra testo costituzionale e dignità umana rimane allo stato latente e può essere svelato solo in via interpretativa². È del resto la stessa Corte costituzionale che non ha mancato, in varie occasioni, di rimarcare il legame tra diritti inviolabili dell'uomo e dignità della persona³.

Si tratta di aspetti su cui la dottrina si è spesso soffermata, soprattutto negli ultimi anni. Ci si può quindi limitare a ricordare che nel testo costituzionale la dignità della persona compare, come noto, espressamente in tre occasioni. In primo luogo *sub specie*

spagnola. Pur non comprendendo disposizioni analoghe nella Costituzione italiana, in certi casi la Corte costituzionale ha avuto modo di adottare un punto di vista molto simile a quello riscontrato nelle citate Carte: occupandosi, ad esempio, di libertà e segretezza delle comunicazioni, dopo aver ricompreso tale diritto tra quelli che sono implicati nella tutela della dignità umana, soggiunge che «in base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente», raccordando in tal modo la tutela dei diritti inviolabili, inestricabilmente legati alla dignità umana, alla forma di Stato “democratica” (Corte cost., sent. n. 366 del 1991).

² Per un recente inquadramento dottrinale della questione, e per ulteriori riferimenti sul punto, si può rinviare ad A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto ad avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)* in www.consultaonline.it, 2018; per un inquadramento, sia interno che sovranazionale, della dignità umana, si rinvia al denso contributo di A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiorum non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA, *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Bari, 2019, 219 ss. Sul punto cfr. anche N. RIVA, *Eguaglianza e dignità umana*, in questo *Volume*, spec. 48 ss.

³ Esplicitamente, nel senso indicato, Corte cost., sent. n. 188 del 1999 e, con particolare riferimento alla situazione di detenzione, Corte cost., sent. n. 26 del 1999. Ancora più pregnante è quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 293 del 2000, i cui si statuisce, più in generale, che «quello della dignità della persona umana è [...] valore costituzionale che *permea di sé il diritto positivo* [...]» (mio il corsivo). In dottrina, sul punto, tra gli altri e per ulteriori riferimenti, A. PIROZZOLI, *Dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 1785 ss.

di “pari dignità sociale” secondo la pregnante espressione di cui all’art. 3, comma 1 Cost. Questa prima epifania della dignità assume caratteri generali, le cui potenzialità non sono state forse del tutto esplorate dalla dottrina giuridica e nemmeno particolarmente sfruttate dalla giurisprudenza⁴. Le altre due occasioni in cui compare un riferimento alla dignità hanno portata più circoscritta e gravitano attorno al mondo del lavoro. Secondo l’art. 36 Cost., il lavoratore ha diritto ad una retribuzione che gli assicuri una «esistenza libera e dignitosa». L’art. 41, comma 2, Cost., prevede, dal canto suo, che l’iniziativa economica non possa svolgersi in modo da recare danno «alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana»⁵.

Come si accennava, in alcune altre norme della Costituzione il riferimento alla dignità, seppure non formalmente presente, appare difficilmente scindibile dal testo della norma. L’art. 27, comma 3 introduce un tassativo divieto di pene che consistano in trattamenti «contrari al senso di umanità». In un ordine di idee in qualche misura simile la Costituzione, nell’ambito della disciplina del diritto alla salute, ammette, in certi casi, trattamenti sanitari obbligatori rinviando la disciplina di essi alla legge, legge che però «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, comma 2 Cost.). Se la dignità, al netto delle infinite sfumature definitorie, attiene, e non può non attenersi, al *pro-*

⁴ Significativa eccezione, in dottrina, è costituita dal denso contributo di G. FERRARA, “*La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*”, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, 1089 ss. In giurisprudenza, tra i pochi casi in cui la formula in esame ha trovato accoglienza, vi è la sent. n. 494 del 2002, ove si trova scritto, con riguardo alla discriminazione subita, in relazione al divieto di esperire azioni di accertamento di paternità, dai cosiddetti «figli incestuosi», che tale divieto determina «la violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all’art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazione legislative basate su condizioni personali e sociali, è evidente».

⁵ Sul nesso tra lavoro e dignità, da ultimo, cfr. G. M. FLICK, *Lavoro, dignità, Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2/2018. In relazione al rapporto tra dignità e lavoro cfr., tra le tante, Corte cost., sent. n. 390 del 1999. Sul punto si veda il ricco contributo di M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in questo *Volume*, 11 ss.

primum della persona intesa come essere umano, è difficile revocare in dubbio che nei due frangenti accennati le due disposizioni non possano non rimandare al concetto di dignità dell'uomo, così come del resto osservato dalla prevalente dottrina, che ha messo sovente l'accento sul fenomeno appena descritto.

Nell'ambito di altre norme costituzionali, compaiono ancora riferimenti che, se pure con maggiore impegno interpretativo, esprimono un qualche nesso, più o meno diretto, più o meno univoco, con la dignità della persona. In primo luogo è interessante quanto previsto dall'art. 13 Cost. in materia di libertà personale, ove si mette al bando ogni forma di «violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà». Il riferimento a tale norma aveva in tempi remoti condotto la Corte costituzionale ad opinare che la libertà tutelata non fosse solo quella strettamente fisica, che costituisce il nucleo di protezione dell'art. 13, ma anche quella morale. In particolare si era statuito che alcune misure, in particolare di prevenzione, che avessero attitudine a determinare un fenomeno che venne designato come «degradazione giuridica», pur non incidendo direttamente sulla libertà della persona intesa in senso fisico, determinassero nondimeno una vulnerazione dell'art. 13 Cost.

Si tratta di un fenomeno che dalla stessa Corte costituzionale viene ricondotto alla dignità nella misura in cui degradazione giuridica ricorre quando «il provvedimento di menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona» risulta tale da potere essere equiparato ad una situazione di violazione del principio dell'*habeas corpus* propriamente detto⁶. Se tale fenomeno, di de-

⁶ Così Corte cost., sent. n. 68 del 1964; «l'ammonizione – si sostiene nella pronuncia – [...] si risolve in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose, magari designati come tali dalla pubblica voce, vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità». In dottrina già in precedenza si era osservato che apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali di taluni soggetti danno luogo a “degradazione giuridica” quando si traducano in un «accertamento di minorata socialità» dei destinatari dei provvedimenti in parola, accertamento in grado di «influenzare la loro capacità generale e la loro dignità»: così C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, *Giur. cost.*

gradazione, impinge sulla persona come essere umano, è evidente che esso non può non avere a che fare con la dignità, patrimonio appunto di ogni persona umana⁷. Del resto a ragionare così, ogni diritto costituzionale, almeno nel suo nucleo essenziale, in quanto inestricabilmente legato all’essere umano in quanto tale, coinvolge, in un nesso di mutua implicazione, la dignità dell’uomo, così come del resto la stessa Corte costituzionale, e la prevalente dottrina, non hanno mancato di riconoscere in diverse occasioni⁸.

Vi sono ancora alcune altre norme costituzionali che, in qualche misura, sembrano fare riferimento, pur in via indiretta, alla dignità dell’uomo⁹. Alcune di esse recano, sottotraccia, un richiamo a diverse forme di “discriminazione”, pur di varia matrice, le quali di per sé impingono sulla dignità della persona, anche alla luce della formula costituzionale di cui all’art. 3, comma 1, che ragiona di «pari dignità sociale»¹⁰. In primo luogo la Costituzione prescrive che nessuno possa essere privato, «per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome» (art. 22 Cost.). Pur essendo condivisibile l’opinione secondo cui tale divieto non si esaurisca con riguardo alle ragioni di carattere politico espressamente menzionate dalla norma, è evidente che tale privazione (si potrebbe dire soprattutto) per motivi politici, si traduce in una discriminazione e quindi in una *deminutio* della persona destinataria del provvedimento

1960, 688. Il punto è evidenziato anche da A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia* 1962, 129 ss. Sul nesso tra “degradazione” della persona e dignità della stessa cfr. anche G. AMATO, Art. 13, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1977, 47 ss.

⁷ Rimarca il nesso della norma in parola, e pure dell’art. 27, comma 2, Cost., con la dignità umana, A. RUGGERI, *op. cit.*, 6.

⁸ Emblematica, in tale prospettiva, Corte cost., sent. n. 388 del 1999.

⁹ Sui riferimenti in qualche misura impliciti alla dignità si intrattiene anche M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 3130 ss.; cfr. in tale prospettiva anche G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010, 9.

¹⁰ Ciò ad esempio può verificarsi nell’ambito del lavoro: sul punto Corte cost., sentt. nn. 44 del 1965 e 81 del 1969.

to che non può non avere ricadute sulla sua dignità¹¹. Al riguardo la Corte costituzionale non ha mancato, ad esempio, di qualificare il diritto al nome, inteso come elemento di identificazione della persona, alla stregua di una «parte essenziale ed irrinunciabile della personalità»¹². Si tratta di una impostazione certamente estensibile alla capacità giuridica e alla cittadinanza: in riferimento a quest'ultima, e ad inediti problemi di revoca di essa, si sono profilati aspetti di contrasto con la Costituzione anche nella prospettiva della tutela della dignità delle persone¹³.

Nello stesso insieme di definizione parrebbe potersi ricondurre la prescrizione, dettata in materia di famiglia, relativa alla «egualianza morale e giuridica dei coniugi» (art. 29, comma 2, Cost.): una posizione di prevalenza di un coniuge sull'altro, a diverso titolo peraltro riconosciuta dalla legge antecedentemente alla riforma

¹¹ Nel senso indicato, con riguardo all'art. 22 Cost., cfr. M. RUOTOLO, cit., 3138, 3139, nota 49.

¹² Così Corte cost., sent. n. 13 del 1994: è chiaro che la qualificazione del diritto al nome come parte essenziale e irrinunciabile della personalità chiama in causa il concetto di dignità, tenuto anche conto che lo stesso diritto al nome viene dalla Corte ancorato al diritto all'identità persona (il «diritto ad essere sé stesso»), «indipendentemente dalla condizione personale e sociale del soggetto», elemento quest'ultimo che rimanda alla «pari dignità sociale» di cui all'art. 3, comma 1 Cost.

¹³ Sul provvedimento a cui si è fatto riferimento nel testo cfr. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui possibili profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113 / 2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in "Federalismi.it", n. 22/2018, 13; ma sul punto anche A. MITROTTI, *Il rovesciamento di prospettiva sulla misura di revoca della cittadinanza nel "dibattuto" Decreto sicurezza "Salvini"*, in AIC, *Osservatorio costituzionale*, 1-2. 2019. Non è al riguardo senza significato ricordare che la Corte costituzionale ebbe a dichiarare, con la sentenza n. 87 del 1975, incostituzionale la norma secondo cui la donna potesse perdere la cittadinanza italiana (anche automaticamente) per il fatto stesso del matrimonio con cittadino straniero, a prescindere dalla sua volontà. La disposizione (di cui all'art. 10 della legge n. 555 del 1912) traeva alimento da una concezione della donna caratterizzata da una giuridica minorità rispetto uomo (come persona non avente la completa capacità giuridica): si tratta di una concezione che non risponde certo, come la Corte ha lasciato intendere, ai principi costituzionali e soprattutto al principio di pari dignità sociale e a quello di uguaglianza avanti alla legge.

del diritto di famiglia, dà luogo ad una discriminazione che, come tale, tocca la dignità della persona, incrinando anche la «pari dignità sociale» dei cittadini solennemente affermata nell’art. 3, comma 1 Cost.¹⁴. In ambito ancora diverso, infine, si rinvencono norme la cui *ratio* sembra ancora riposare sulla necessità di evitare discriminazioni odiose, perché basate sul sesso o sulla minore età, situazioni che al contrario postulano, secondo il disegno costituzionale, una tutela particolarmente rafforzata. Il riferimento, in particolare, è all’art. 37, comma 1, Cost., secondo cui «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore», e al comma 3 dello stesso articolo, secondo cui lo stesso principio viene affermato in riferimento al lavoratore minore di età¹⁵.

Nella prospettiva coltivata, si potrebbe ancora fare riferimento ad una ulteriore norma costituzionale sul cui sfondo sembra emergere la necessità di salvaguardare la persona umana e la sua dignità. Se nelle norme appena citate trapela una particolare sensibilità della Costituzione per situazioni che, anche per ragioni storiche, erano connotate da una “debolezza” delle categorie di soggetti presi in esame, soggetti a rischio di discriminazione, su varie basi operate, lo stesso paradigma sembra essere sotteso – in modo più recondito – alla norma costituzionale che si occupa di previdenza e di assistenza sociale, in definitiva alla norma chiave in tema di “sicurezza sociale” l’art. 38 Cost. La norma si occupa di lavoratori che, per motivi di salute, non siano in grado di svolgere una attività lavorativa, di modo che si prescrive che ad essi vengano «assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» (art. 38, comma 2, Cost.). Si tratta di soggetti deboli, a rischio di discriminazione e di emarginazione sociale, di modo che le provvidenze erogate sono funzionali a preservarne in

¹⁴ Riferimenti nel senso indicato già in G. SILVESTRI, *Brevi note sull’eguaglianza morale dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 75 ss. Sui rapporti tra divieto di discriminazioni e dignità umana cfr. il ricco contributo di F. CORVAJA, *Quanto uguali? Cittadini e stranieri tra principio di eguaglianza e divieto di discriminazione*, in questo *Volume*, 139 ss.

¹⁵ Sulle interazioni tra “lavoro” e “dignità” cfr. G. M. FLICK, cit., *passim*.

definitiva la dignità, che sarebbe altrimenti pregiudicata dalla situazione in cui il cittadino può versare quando inabile al lavoro¹⁶.

Non è poi da trascurare che il riferimento alla dignità umana è stato dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che dalla dottrina, utilizzato variamente nel tempo nella prospettiva del riconoscimento di diritti che non trovano espresso riconoscimento in Costituzione se non attraverso la clausola generale di riconoscimento dei diritti inviolabili ai sensi dell'art. 2 Cost.¹⁷

Se quello appena sommariamente tratteggiato è il quadro costituzionale, riguardato in una prospettiva “statica”, quello che in dottrina si è tentato di fare nei contributi che affrontano il tema della dignità umana, è di verificare con quali modalità operative le indicazioni (anche implicitamente) contenute in Costituzione siano state utilizzate nella prassi, in un'ottica appunto “dinamica”, soprattutto ad opera della giurisprudenza¹⁸. Non ci si può certo in questa sede cimentare nella ricostruzione a tappeto di tale giurisprudenza. Pare nondimeno utile tentare di rintracciare, nella giurisprudenza, alcune indicazioni riguardanti il tema della dignità umana per cercare di comprendere se emergono linee interpretative rilevanti anche rispetto alle impostazioni più risalenti. A tale riguardo si volgerà lo sguardo dapprima alla giurisprudenza della Corte costituzionale, considerando anche le pronunce più datate e, di poi, a quella dei giudici comuni, limitandosi invero – in via esemplificativa – a talune pronunce adottate in tempi recenti dalla Corte di cassazione.

¹⁶ Un nesso tra prestazioni assistenziali e dignità umana è ad esempio indicato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 346 del 1989.

¹⁷ In questo senso A. RUGGERI, *op. cit.*, 4 ss. Sull'utilizzo “operativo” del concetto di dignità nella individuazione dei “nuovi diritti” si vedano diversi e significativi spunti in F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, spec. 48 ss. e 107 ss.

¹⁸ In questa direttrice si è mossa la gran parte della dottrina giuridica che del tema si è occupata: in via esemplificativa cfr. la rassegna, che comprende anche indicazioni di *hard cases* tratti da ordinamenti diversi, proposta da M. RUOTOLO, *cit.*, 3143 ss.

2. Indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale

Non mancano, nella giurisprudenza costituzionale, i riferimenti alla dignità dell'uomo¹⁹. Di norma si tratta di riferimenti funzionali a fornire il quadro costituzionale di alcuni diritti contemplati in Costituzione, esplicando in tale modo il richiamo alla dignità un ruolo rafforzativo nella configurazione del diritto in parola. In altre, più rare, occasioni, la dignità viene evocata al fine di dare sostanza a diritti che, pur definiti come “inviolabili”, non trovano espresso diritto di cittadinanza, come tali, nella Carta costituzionale (di “nuovi” diritti si è infatti ragionato)²⁰.

Un riferimento alla dignità nel primo senso si rinviene, ad esempio, in un caso in cui la Corte, ragionando di libertà e segretezza delle comunicazioni, una volta ricondotto tale diritto al «nucleo essenziale dei valori di personalità» lo qualifica come «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»²¹. In senso del tutto analogo si muove la Corte in un'altra occasione in cui la libertà di coscienza, le cui matrici sono individuate negli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione, viene declinata alla stregua di un «aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2»²². In altra occasione, in modo molto pregnante, la Corte correla in modo quasi inestricabile la libertà di coscienza con la dignità umana in un rapporto di reciproco condizionamento²³.

¹⁹ Sul punto già A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 3, 1999, 343 ss.

²⁰ M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3130 ss.

²¹ Così, in modo molto significativo, Corte cost., sent. n. 366 del 1991.

²² In questo senso Corte cost., sent. n. 334 del 1996 e sent. 252 del 2001, preceduta peraltro dalle sentenze nn. 509 del 2000, 309 del 1999, 267 del 1998.

²³ Corte cost., sent. n. 467 del 1991, che, con riguardo alla «libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione)» significativamente constata che «la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale

Fermo restando che si tornerà sul diritto alla salute, si può rilevare, nell'ordine di idee adottato, che, anche con riferimento a tale diritto, si registra un utilizzo del concetto di "dignità umana" in funzione di rafforzamento e/o perimetrazione del diritto stesso: in diverse occasioni la Corte ha osservato che «un nucleo irriducibile del diritto alla salute» è «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»²⁴.

In alcuni casi accade anche che la dignità dell'uomo assuma nel ragionamento della Corte una funzione di supporto nella delineazione di diritti che non risultano espressamente menzionati in Costituzione ma che da essa vengono desunti in via appunto interpretativa. In una risalente decisione la Corte, in un caso riguardante l'impugnazione, da parte delle Province autonome, di una legge dello Stato relativa alla disciplina dell'acquisto della prima casa da parte dei lavoratori dipendenti, facendo leva sull'art. 47 Cost., delineava un inedito "diritto all'abitazione"²⁵. Si tratta di un

della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressi dalla costituzione italiana».

²⁴ Così la sent. 252 del 2001, preceduta peraltro dalle sentenze nn. 509 del 2000, 309 del 1999, 267 del 1998. Si tratta del resto di un approccio che la Corte continuerà a coltivare anche successivamente alle pronunce citate: cfr., ad esempio, Corte cost., sent. n. 111 del 2005 e sent. n. 162 del 2007. È un caso emblematico in cui il Giudice delle leggi ha, in via esemplificativa, illustrato cosa si intende per "nucleo essenziale" di un diritto, concretizzando quanto in altre occasioni affermato in via generale, ad esempio ragionando dei limiti alla revisione costituzionale o dei limiti alla penetrazione nell'ordinamento interno di norme che originano da ordinamenti esterni (i cosiddetti "controlimiti").

²⁵ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 217 del 1988, in cui la Corte rigetta i dubbi delle Province legittimando l'intervento dello Stato in materia considerato che il diritto di abitazione costituisce un «diritto sociale fondamentale del cittadino, specificamente garantito dall'art. 47, cpv., Cost., attraverso un impegno concorrente del complesso dei poteri pubblici rientranti nel concetto

diritto che non compare, *ut sic*, in Costituzione, ma che dal tessuto costituzionale viene ricavato in via interpretativa anche con riferimento alla dignità umana. In questi termini conclude la Corte: «creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all’abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l’immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso»²⁶.

In altro caso un riferimento, pur non del tutto esplicito, alla dignità, è dalla Corte utilizzato per dare un fondamento ancora più solido al diritto all’identità personale, pur saldamente radicato sull’art. 2 Cost.²⁷. Premesso che tale diritto si identifica con il “diritto ad essere sé stesso”, la Corte precisa ulteriormente che «l’identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»²⁸. Nel caso la Corte sembra richiamare il concetto di pari “dignità sociale”, concetto invero molto poco frequentato dalla giurisprudenza costituzionale, anche se dal ricco potenziale, in definitiva ancora da scoprire²⁹. Un significativo utilizzo di tale concetto si rinviene ad esempio in

di Repubblica, e quindi anche dello Stato». Già alcuni spunti, invero, erano rintracciabili nella sent. n. 49 del 1987.

²⁶ Ancora Corte cost., sent. n. 217 del 1988. Ed è da rimarcare che tale concetto viene ribadito, anche in altri contesti, dalla Corte, con riguardo ad esempio alla «sfera intima della coscienza individuale» la quale viene declinata come «il riflesso giuridico più profondo dell’idea universale della dignità umana» (così, con una espressione densa di significati, Corte cost., sent. n. 467 del 1991).

²⁷ Corte cost., sent. n. 13 del 1994.

²⁸ Ancora Corte cost., sent. n. 23 del 1994. Un cenno alle condizioni personali o sociali compare anche nella già citata sent. n. 13 del 1994 con riferimento al diritto all’identità personale ma, implicitamente, al valore della persona in quanto tale e quindi alla sua dignità.

²⁹ Sul punto però cfr. la significativa eccezione di G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., 1089 ss.

una nota sentenza relativa al divieto di indagini sulla paternità dei figli incestuosi: nel caso la Corte, ragionando di una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, aveva rilevato «la violazione del diritto a uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»³⁰.

In talune situazioni la Corte non impiega il riferimento alla dignità per individuare diritti “nuovi” ma piuttosto per mettere in luce aspetti latenti di posizioni giuridiche soggettive pur conosciute e tutelate dall'ordinamento. È quanto accade, ad esempio, con riferimento al diritto alla salute, di cui la Corte, in una particolare situazione relativa alla possibilità di richiedere l'effettuazione del test HIV ai pubblici dipendenti che praticino professioni sanitarie, mette in luce profili in qualche misura inediti. Nel caso viene chiarito che i limiti ai trattamenti sanitari, che l'art. 32 Cost. individua nel rispetto della persona umana, hanno a che fare con la dignità della persona³¹. Non solo: la Corte precisa soprattutto che il rispetto della dignità della persona «comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato», ulteriormente spiegando che la tutela della riservatezza è «necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione»³². Dal rispetto della persona umana, e quindi della digni-

³⁰ Si tratta della sent. n. 494 del 2002, la quale conclude osservando che “non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto”. Nel caso, per vero, anche alla luce del tessuto della motivazione, pare che la Corte intenda fare riferimento a quello che in dottrina è stato individuato come il “nucleo forte” dell'eguaglianza, inteso essenzialmente come divieto di distinzioni *ratione subiecti*: in questo senso A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 20 ss.

³¹ Corte cost., sent. n. 218 del 1994. Che il rispetto della persona umana evocato dall'art. 32 Cost. abbia a che fare con la dignità della persona è affermato anche nella sent. n. 238 del 1996, in relazione alle condizioni della praticabilità del prelievo ematico coattivo.

³² Così Corte cost., sent. n. 218 del 1994.

tà della persona, in relazione ai trattamenti sanitari, discende quindi direttamente un diritto alla riservatezza sulle condizioni di salute, vieppiù da tutelare nel caso, come quello di cui la Corte nell’occasione si occupa, in cui la conoscenza dello stato di salute può dare la stura a fenomeni di discriminazione. Come si vede, dunque, il concetto di dignità è impiegato per riconoscere, accanto al diritto alla salute nelle sue note declinazioni, anche un diritto alla riservatezza sullo stato di salute, non direttamente desumibile dall’art. 32 Cost. se non leggendolo *in unum* con il necessario rispetto della dignità dell’uomo, necessariamente inficiato dalla impropria circolazione di notizie sulle condizioni di salute, da evitare in particolare con riguardo a patologie a forte rischio di discriminazione.

In altri casi ancora, a testimonianza della varietà della giurisprudenza costituzionale, la dignità è evocata come valore in sé o come un valore strettamente correlato alla tutela dei diritti della persona. In una pronuncia su un caso tutto sommato bagatellare, relativo all’art. 528 del codice penale, che punisce l’utilizzazione di «stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti avvenimenti realmente verificatisi o anche solo immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale e l’ordine familiare, o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti», la Corte a più riprese evoca, a precisazione della fattispecie *de qua*, la dignità della persona. In primo luogo le caratteristiche della pubblicazione di scritti devono risultare lesivi della «dignità di ogni esser umano, e perciò avvertibile dall’intera collettività». Muovendo dal presupposto che la libertà di manifestazione del pensiero costituisce “valore cardine” dell’ordinamento, la Corte precisa che una limitazione di essa si rivela conforme a Costituzione in quanto nel caso «concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana», con ciò delimitando la portata della fattispecie di reato in senso conforme a Costituzione³³. In questa prospettiva la Corte sostiene ancora che «la descrizione dell’elemento materiale del fatto-reato, indubbiamente caratterizzato dal riferimento a con-

³³ Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 293 del 2000. In precedenza, in tema, cfr. anche la sent. n. 368 del 1992.

cetti elastici, trova nella tutela della dignità umana il suo limite, sì che appare escluso il pericolo di arbitrarie dilatazioni della fattispecie»; quello della dignità della persona umana – conclude sul punto la Corte – è un «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo»: stando così le cose, nel caso in esame tale valore «deve dunque incidere sull’interpretazione di quella parte della disposizione che evoca il comune sentimento della morale»³⁴. Sembra che la dignità dell’uomo, utilizzata come un valore in sé, divenga oggetto di bilanciamento, nel caso per giunta con un principio fondamentale dell’ordinamento, e su tale diritto finisca per prevalere se è vero, come la Corte attesta, che trattasi di valore che permea di sé il diritto positivo³⁵. Quindi valore di elevatissimo rango, di cui non si precisano i contorni, che è tuttavia soggetto alle ordinarie operazioni di bilanciamento che la Corte correntemente pratica³⁶.

Altre volte la dignità umana viene inquadrata, in senso più generale, nella cornice della tutela dei diritti della persona, e ad essi correlata. In tale prospettiva, in un caso non particolarmente denso di significati, che si segnala per un significativo riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ancorato nella fattispecie all’art. 11 della Costituzione, la Corte coglie l’occasione per affermare in modo solenne che «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione»; si tratta di diritti, prosegue la Corte, oggetto di “generale riconoscimento” da parte dell’art. 2 della Costituzione, e che sono «sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla

³⁴ Così sent. n. 293 del 2000.

³⁵ Sul punto cfr. G. BARCELLONA, *La forma dell’acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in “*Rivista AIC*”, 1/2018, 23, che al riguardo ragiona di una “protezione asimmetrica” che può derivare a seguito dell’impiego del principio della dignità umana nelle operazioni di bilanciamento.

³⁶ Si tratta di un approccio abbastanza correntemente praticato, soprattutto in taluni ambiti, anche dalla Cassazione: tra le tante Cass., sent. n. 13549 del 2008, n. 13549, in cui espressamente si statuisce che, nel caso, l’esercizio del diritto di critica «è da ritenersi prevalente rispetto al bene della dignità personale, pure tutelato dalla Costituzione agli artt. 2 e 32».

dignità della persona»³⁷. In senso analogo la pronuncia sopra citata che inquadra la dignità della persona umana alla stregua di un «valore che permea di sé il diritto positivo»³⁸.

Anche in casi in cui la dignità non viene menzionata in modo esplicito, appare sovente evidente che ad essa la Corte sembra riferirsi con riguardo alla relazione tra la dignità e la tutela dei diritti. Ciò sembra ad esempio accadere nel caso in cui il diritto al nome, come espressione dell'identità personale, viene pure declinato dalla Corte alla stregua di una «parte essenziale ed irrinunciabile della personalità» con un riferimento, nemmeno troppo recondito, alla dignità umana³⁹. Nella medesima prospettiva in una fattispecie avente ad oggetto la tutela dei diritti della persona disabile, la Corte osserva come una violazione dei diritti si pone in casi consimili in contrasto «sia con l'art. 3 sia con l'art. 2 della Costituzione, ledendo più in generale il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana», salvaguardando quindi, si potrebbe aggiungere, la dignità di ogni persona⁴⁰. Ancora un riferimento implicito, anche se chiaro, sembra accompagnare la dichiarazione di illegittimità della norma che vietava il riconoscimento giudiziale dei figli “incestuosi”: nell'occasione la Corte, richiamato il principio di eguaglianza come pari dignità sociale, ha

³⁷ Si tratta della sent. n. 388 del 1999; interessante sembra ricordare che la pronuncia in esame, con riguardo ai diritti della persona, constata che, «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione», a rimarcare, antecedentemente al riconoscimento dello *status* delle fonti internazionali ad opera della nuova versione dell'art. 117 Cost., che la lettura dei diritti contempla, naturalmente si potrebbe dire, una compenetrazione e tra fonti interne e sovranazionali.

³⁸ Ancora Corte cost., sent. n. 293 del 2000.

³⁹ Così sentenza n. 13 del 1994.

⁴⁰ Nel senso indicato, con riferimento chiaro, anche se implicito, alla dignità della persona umana, Corte cost., sent. n. 167 del 1999. Con riguardo ancora alle persone disabili e alla tutela di esse, che si traduce in tutela della loro dignità di persone, cfr. pure la sent. n. 167 del 1991

modo di precisare che il «riconoscimento formale dello *status filiationis*» costituisce «elemento costitutivo dell'identità personale», in conformità con il «principio personalistico» accolto dalla nostra Costituzione⁴¹.

Se è vero che la dignità non ha uno spazio molto appariscente nella giurisprudenza costituzionale, rari sono anche i tentativi di attribuire ad essa un significato che non si esaurisca in una mera enunciazione dal sapore tautologico, che dà per presupposta una nozione che per vero non è stata oggetto di soverchi sforzi di elaborazione. Pochi, quindi, i tentativi in questo senso esperiti dalla giurisprudenza. Nei non frequenti spunti forniti pare emergere un nesso stretto tra dignità umana e libertà di coscienza: nella misura in cui viene riconosciuta all'uomo in quanto tale, essa, intesa appunto come «sfera intima della coscienza individuale», deve essere considerata come «il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana»⁴². Senza pure definire in modo diretto la dignità umana, la stessa è stata anche, in diverse occasioni, dalla Corte ritenuta strettamente implicata nella tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni, intesa come proiezione di uno spazio intimo nel contesto dell'esplicazione del diritto di comunicazione. Quindi diritto alla riservatezza delle comunicazioni

⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 494 del 2002. Da ricordare in questa prospettiva un caso molto risalente in cui la Corte, con riguardo al procedimento di ricovero coattivo del soggetto affetto da malattie mentali: in riferimento al provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza si osserva che non vi è «alcuna norma dalla quale si desuma che l'autorità predetta possa agire in disprezzo della persona dell'infermo, mentre è insito nel citato art. 32 che il trattamento di un infermo deve esser ispirato al massimo riguardo», con ciò alludendo al rispetto della persona dell'infermo e in definitiva alla sua dignità: così Corte cost., sent. n. 74 del 1968, che nel caso censura la normativa in esame sotto il significativo profilo della carenza di previsione di un diritto di difesa da parte dell'infermo.

⁴² Il riferimento è alla già citata sent. n. 467 del 1991. Sul nesso, per vero, tra dignità umana e libertà di coscienza, legata, come la Corte appena citata conferma, alla «libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici [...] o della propria fede religiosa», si veda l'impostazione di F. MODUGNO, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, op. cit., spec. 22 ss.

letto come fortemente interconnesso con la dignità della persona⁴³. In qualche misura libertà e soprattutto segretezza delle comunicazioni intese come proiezioni all'esterno di quella sfera di libertà di coscienza che sembra poter essere declinata alla stregua di una precondizione della dignità umana: si tratta di una sfera di libertà che, quando si proietta fuori di sé, implica una protezione della sfera intima della persona (riservatezza e/o privacy) nel suo spazio vitale (libertà di domicilio) e nell'attività di interazione con gli altri, che si declina *in primis* come libertà di comunicazione. Tali concetti sono stati chiaramente espressi dalla Corte quando ha affermato che «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'art. 15 della Costituzione come diritto inviolabile»: sulla base di tale premessa, ancora più significativamente, la Corte ha rimarcato «la stretta attinenza di tale diritto al nucleo essenziale dei valori di personalità, che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»⁴⁴.

⁴³ Oltre alla già citata sent. n. 366 del 1991, in altra occasione la Corte ha ribadito che le speciali garanzie previste dall'ordinamento a tutela della segretezza e della libertà di comunicazione «rispondono all'esigenza costituzionale per la quale l'inderogabile dovere di prevenire e di reprimere reati deve essere svolto nel più assoluto rispetto di particolari cautele dirette a tutelare un bene, l'invulnerabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni, strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali (art. 2 della Costituzione)»: così Corte cost., sent. n. 81 del 1993, che prosegue osservando che «il particolare rigore delle garanzie previste [...] intende far fronte alla formidabile capacità intrusiva posseduta dai mezzi tecnici usualmente adoperati per l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche, al fine di salvaguardare l'invulnerabile dignità dell'uomo da irreversibili e irrimediabili lesioni».

⁴⁴ Così, in un passaggio gravido di significati, Corte cost., sent. n. 366 del 1991, che per vero sul punto richiama pure la sent. n. 34 del 1974. Aggiunge sul punto la Corte che «in base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo

Quindi gli elementi per una perimetrazione del concetto di dignità dell'uomo sono in definitiva abbastanza labili e in effetti la giurisprudenza non pare più che tanto propensa a particolari sforzi definitivi. Uno spunto forse è rinvenibile sulla base di antiche pronunce che, occupandosi della legittimità costituzionale delle misure di prevenzione e, in particolare, della loro riconducibilità all'art. 13 Cost., ebbero a ragionare della libertà personale, *rectius* della sua violazione, in termini di "degradazione". Con particolare riferimento alla misura dell'ammonizione la Corte, muovendo dalla considerazione secondo cui la regolazione dell'istituto in parola comporta una restrizione della libertà personale, constatata che l'ammonizione, «attraverso le disposizioni che la regolano, si risolve in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose [...] vengano a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità»⁴⁵.

Muovendo quindi da una lettura congiunta dell'art. 2, dell'art. 3, di cui si rimarca il richiamo alla «pari dignità sociale», e dell'art. 13 della Costituzione, la Corte individua una declinazione abbastanza inedita della libertà personale di norma ricondotta all'alveo del tradizionale diritto di *habeas corpus*, per attingere ad un concetto, quello di degradazione giuridica, che pare consistere in una negazione della dignità della persona, proprio in quanto i contenuti del provvedimento inficiano il valore della persona in quanto persona, la sua essenza, che non può non avere a che fare con la dignità di

contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente».

⁴⁵ Si tratta della nota pronuncia n. 11 del 1956. In un passaggio di un'altra densa sentenza, in tema di rimpatrio obbligatorio, con riguardo proprio al concetto di "degradazione giuridica", la Corte ha spiegato che, affinché tale situazioni si delinea, «occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio di *habeas corpus*»: così, significativamente, Corte cost., sent. n. 69 del 1964.

essa. Che vi sia uno stringente nesso tra la degradazione giuridica di cui ragiona la Corte e la lesione della dignità dell'uomo, è dimostrato da una di poco successiva pronuncia relativa alle norme che avevano abolito la prostituzione⁴⁶.

Anche in un recente e discusso caso, in cui la dignità dell'uomo costituisce indubbiamente il filo conduttore della trama della motivazione, se la Corte non apporta decisivi elementi di novità in relazione alla definizione del concetto, va nondimeno segnalata la posizione centrale della dignità della persona e la particolare declinazione che essa assume nel contesto delle argomentazioni svolte⁴⁷. Se è vero che la Corte non dispiega particolari sforzi definitivi, la motivazione ci consegna alcuni elementi di indubbio interesse ai nostri fini. In primo luogo va osservato che nella quasi totalità dei riferimenti al concetto di dignità, la Corte accoglie una prospettiva squisitamente soggettiva, nel senso che la dignità, nel caso, è quella situazione che il soggetto percepisce come tale. In uno dei diversi passaggi della decisione ove si assume tale punto di vista, la Corte allude alla modalità – ad oggi consentita – di porre fine alla propria esistenza che la persona, da cui la vicenda trae origine, «reputava non dignitosa», in quanto non conforme alla «propria visione della dignità del morire» e alla «propria idea di morte dignitosa»⁴⁸. Si tratta di una impostazione piuttosto inedita nel panorama della pur non ricca giurisprudenza costituzionale. Non si tratta per vero di un dato che si presta ad una univoca lettura. Da una parte esso può in qualche misura suonare come conferma della difficoltà di

⁴⁶ In riferimento a quella normativa (la legge 20 febbraio 1958, n. 75), la Corte osserva che «particolari ragioni di tutela della dignità umana hanno indotto il legislatore ad abolire la regolamentazione della prostituzione, la registrazione, il tesseramento e qualsiasi altra degradante qualificazione sorveglianza sulle donne che esercitano la prostituzione» (Corte cost., sent. n. 44 del 1964).

⁴⁷ Il riferimento è all'ord. n. 207 del 2018. Su questa importante pronuncia cfr., almeno, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2008. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* e C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, entrambi in *Quaderni Cost.*, n. 3, 2019, 531 ss.

⁴⁸ Le citazioni sono tratte dall'ord. n. 207 del 2018.

trovare una definizione “oggettiva” di un concetto così sfuggente, anche se così essenziale; dall’altra parte si potrebbe pure ipotizzare che la definizione di dignità risponde a criteri soggettivi legati al valore della singola persona nella sua irripetibilità, di modo che la dignità riflette il concetto che ognuno ha del suo essere persona.

Un altro dato di interesse della pronuncia costituisce nel fatto che la Corte pare dare per scontato che anche la dignità della persona, declinata nel caso in senso marcatamente soggettivo, può essere oggetto di bilanciamento. Lo si desume, *a contrario*, dal passo in cui la Corte, rilevato che, «nello specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce [...] per limitare la libertà di autodeterminazione del malato [...] senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che della ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»⁴⁹.

In effetti, anche in conformità dell’impostazione generalmente seguita dalla Corte, non vi sono preclusioni a bilanciare i vari diritti costituzionali non esclusa, almeno da quello che trapela dal citato passo della motivazione, la dignità della persona o, si potrebbe forse aggiungere, per lo meno la dignità della persona declinata, come nel caso, in senso eminentemente soggettivo. La Corte ha da tempo rifiutato l’idea di una possibile «illimitata espansione» di uno tra i diritti costituzionalmente tutelati, «che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁵⁰. Occorre, invece, secondo la Corte, garantire

⁴⁹ Ancora Corte cost., ord. n. 207 del 2018. Anzi è la stessa dignità dell’uomo che potrebbe fungere da argine all’espansione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti: in questo senso, F. FERNANDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell’ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, cit., 23.

⁵⁰ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 85 del 2013. Nell’occasione la Corte spiega che «la qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa [...] che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto».

«un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»⁵¹. Se però la dignità viene concepita – come anche accade, alla stregua di una “sommatoria” di tutti i diritti, un principio che tutti li compendia, non sembra nemmeno pensabile o concepibile un bilanciamento di essa⁵². Diversamente si potrebbe invece ipotizzare un contemperamento laddove della dignità venisse in gioco una versione, per così dire, soggettivizzata, come appunto avviene nell’ordinanza “Cappato”.

3. *Indicazioni dalla giurisprudenza comune*

Oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, altre ulteriori indicazioni possono essere ricavate dalla giurisprudenza comune. Vari sono gli ambiti in cui la dignità della persona dispiega un ruolo significativo: nel presente contesto ci si limiterà ad accennare alcuni spunti giurisprudenziali che ruotano attorno alla tutela del diritto alla salute e alle sue declinazioni, arricchite appunto facendo uso del concetto di dignità umana.

Un significativo esempio di intervento, in qualche misura creativo, riguarda una particolarissima accezione del danno alla persona, individuato nel campo della responsabilità medica. Si tratta di un danno conseguente ad una situazione di ritardo di diagnosi di patologia ad esito certamente infausto. Pur in assenza di nesso di causalità tra errore medico ed evento morte (non evitabile anche a seguito di interventi tempestivi ed appropriati) e pur senza necessità di fornire specifica prova in ordine alle scelte di vita diverse che il paziente avrebbe adottato se fosse stato consapevole della patologia, il risarcimento del danno va riconosciuto per avere il ritardo di diagnosi inciso sulle scelte di vita del paziente, che avrebbero potuto essere semplicemente “diverse”. Di «diritto di determinarsi

⁵¹ Ancora Corte cost., sent. n. 85 del 2013.

⁵² Questa prospettiva è illustrata da F. FERNANDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell’ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, cit., 13 ss. Ma sul punto cfr. anche G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Archivio Rivista Aic*, 2008.

liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto» ragiona la Cassazione ancorando in definitiva la possibilità di tale scelta di autodeterminazione individuale alla tutela della dignità di ogni persona⁵³. Ed è proprio sulla dignità umana, strettamente correlata al principio di autodeterminazione, che il diritto al risarcimento del danno trova salda radice⁵⁴. La decisione, facendo ampio riferimento ai principi costituzionali che governano la materia, si presenta come attuativa di principi costituzionali. Di certo schiude scenari che la giurisprudenza pregressa non aveva (ancora) svelato. Fornisce inoltre elementi per futuri giudizi: pur ancorato ad una fattispecie da contorni definiti e specifici, la pronuncia distilla una inedita declinazione del danno non patrimoniale, del resto di creazione eminentemente giurisprudenziale⁵⁵.

⁵³ Si tratta di Cass., sent. n. 7260 del 2018. Rimarcando la distanza rispetto alla figura della “perdita di *chances*”, il Supremo Collegio nell’occasione precisa che nel caso il danno consiste nella «perdita diretta di un bene reale, certo (sul piano sostanziale) ed effettivo, non configurabile alla stregua di un *quantum* [...] di possibilità di un evento favorevole [...] ma apprezzabile con immediatezza quale correlato del diritto di determinarsi liberamente, nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto».

⁵⁴ La sottrazione, quindi, della potestà di scegliere a causa del «velo di ignoranza illecitamente indotto dalla colpevole condotta dei medici», impinge sul «valore supremo della dignità della persona in questa [...] ulteriore dimensione prospettica» conculcando il «diritto del paziente di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali» (le citazioni sono tratte da Cass., n. 7260 del 2018).

⁵⁵ Si tratta di un processo lungo e complesso compiuto per lo più dalla giurisprudenza comune e rispetto al quale la Corte costituzionale è rimasta piuttosto ai margini, tranne poche, anche se significative eccezioni. Basti por mente, in relazione ad esempio al vasto capitolo del danno da morte, al problema del suo radicamento e della sua trasmissibilità, *iure proprio* o *iure hereditario*, al fatto che la Corte costituzionale è intervenuta una sola volta in materia, condizionando tuttavia il successivo sviluppo della materia: cfr. Corte cost., sent. n. 372 del 1994. In relazione invece al danno esistenziale la Corte costituzionale ha avallato in qualche misura il corso della giurisprudenza con la sentenza n. 233 del 2003.

Due sembrano i profili da rimarcare in modo particolare in riferimento alla densa pronuncia appena menzionata, anche in controtela con le acquisizioni della giurisprudenza costituzionale. In primo luogo la posizione giuridica che nel caso appare primariamente lesa è costituita dal principio di autodeterminazione, il «diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali»: si tratta di una «specifica forma dell'autodeterminazione individuale» che consente alla persona di «avere specifica percezione del sé quale soggetto responsabile, e non mero oggetto passivo della propria esperienza esistenziale»⁵⁶. Si tratta di una impostazione che manifesta più di qualche assonanza con la libertà di coscienza che in più occasioni la Corte costituzionale ha messo in correlazione con la dignità della persona, anche in considerazione del fatto che la libertà di coscienza ha poi attitudine a propagarsi fuori di sé traducendosi in protezione di quella sfera di intimità che circonda l'individuo e che a sua volta si manifesta nella tutela della riservatezza, della *privacy*, della libertà e segretezza delle comunicazioni⁵⁷.

Tra queste proiezioni esterne di quella intangibile libertà di coscienza, inestricabilmente legata alla libertà della persona, sembra trovare idonea collocazione la libertà di autodeterminazione, e in particolare quella «specifica forma dell'autodeterminazione individuale», «che si esplica nella particolare condizione della vita affetta da patologie ad esito certamente infausto», situazione che si connette a sua volta al «valore supremo della dignità della persona in questa sua ulteriore dimensione prospettica»⁵⁸. Quindi una sorta di tracciato che, in continuità con suggestioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, sembra schiudere nuove prospettive che

⁵⁶ Ancora Cass., sent. n. 7260 del 2018.

⁵⁷ Sulla libertà di coscienza trova pure radice e tutela la libertà di religione. Al riguardo la Corte ha sottolineato che gli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione tutelano il diritto e la libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa, presentandosi tutte queste posizioni giuridiche soggettive come altrettante espressioni della dignità della persona umana: sul punto, Corte cost., sent. n. 117 del 1979.

⁵⁸ Cass., sent. n. 7260 del 2018.

potrebbero ambire a dilatarsi anche oltre il particolarissimo ambito ove sono germogliate.

Il secondo elemento di interesse risiede nel fatto che la declinazione di dignità della persona che la Cassazione accoglie appare in certi passaggi assumere connotazioni non solo soggettive, contrariamente a quanto sarebbe forse stato lecito attendersi in un simile contesto. In un passaggio della pronuncia, ad esempio, si rimarca il fatto che, nel caso, il “velo di ignoranza” creato preclude «la stessa decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico [...] in attesa della fine» secondo scelte che “appartengono ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle alternative esistenziali” di ciascuno. Di una dignità non declinata in una accezione meramente soggettiva sembra ragionare la Corte quando ancora la particolare forma di autodeterminazione che viene in casi consimili lesa, al «valore supremo della dignità della persona in questa sua ulteriore dimensione prospettica»⁵⁹. Quindi nelle situazioni simili a quella da cui la Cassazione muove, si delinea un concetto di dignità che, lungi dall’essere oggetto di declinazioni condizionate da opzioni soggettive, appartiene al patrimonio di ogni persona che in quelle situazioni venga a trovarsi. La dignità in tali casi consiste proprio nella obliterazione, irreversibile, dello spettro di scelte possibili, e molto diversificate tra di loro, che ad ogni soggetto spettano. La Cassazione al riguardo pare contribuire, sulla scorta della particolare fisionomia del caso, a dare anche un contenuto sostanziale alla dignità della persona, consistente appunto nella possibilità di operare scelte, queste sì molto personali e soggettive, e a non vedersi di converso preclusa la possibilità di compiere tali scelte a prescindere dall’epilogo della vicenda che, per quanto ineluttabile, proprio per le ragioni illustrate implica l’illiceità del comportamento che la possibilità di tali scelte abbia (per colpa) precluso.

La centralità del diritto di autodeterminazione si desume anche dalla progressiva evoluzione che la giurisprudenza ha registrato

⁵⁹ Le citazioni sono ancora tratte da Cass., sent. n. 7260 del 2018.

in relazione alla definizione dei contorni del consenso informato, come condizione di legittimità di ogni intervento medico chirurgico. La mancata acquisizione del consenso, o la prestazione di un consenso non informato, determina una lesione diretta del diritto di autodeterminazione, vulnerando in modo indiretto anche la dignità della persona⁶⁰.

In un'altra traiettoria conosciuta dalla tormentata storia del risarcimento del danno alla salute è da tempo venuto in evidenza il problema del danno da morte, oggetto di continua elaborazione da parte della giurisprudenza. Senza ripercorrere ovviamente l'evoluzione della giurisprudenza, si può solo accennare al fatto che da tempo la Cassazione, al fine di riconoscere in capo al soggetto deceduto in seguito all'evento il diritto al risarcimento del danno *iure proprio*, fa leva sul lasso di tempo trascorso tra l'evento stesso e la morte. In relazione a tale lasso di tempo, la Cassazione ha da ultimo riconosciuto che non conta tanto il dato quantitativo quanto quello qualitativo che in realtà appare decisivo quando appunto «la persona sia rimasta manifestamente lucida nello *spatium temporis* tra la lesione e la morte»; in tali casi, in cui appunto la lucidità della persona, pur in un lasso di tempo limitato, sia dimostrata, «non si vede sulla base di quale fondamento possa negarsi, senza violare pure il diritto alla dignità della persona umana (art. 2 Cost.), la risarcibilità del danno non patrimoniale, che sussiste allora ineludibilmente sia sotto il profilo *stricto sensu* biologico sia sotto il profilo psicologico morale»⁶¹. È interessante osservare che la Corte sembra ancorare il

⁶⁰ Tra le più recenti, cfr. Cass., sent. n. 7248 del 23 marzo 2018. Un'altra recente decisione si segnala per il fatto che la prestazione del consenso è espressamente correlato dalla Corte alla dignità della persona: in questo senso, molto significativamente, Cass., sent. n. 901 del 2018: se il paziente, «a causa del totale deficit di informazione», «non è posto in condizione di assentire al trattamento», nei suoi confronti «si consuma una lesione di quella dignità che connota nei momenti cruciali –la sofferenza fisica e/o psichica- la sua esistenza».

⁶¹ Così Cass., sent. n. 26727 del 2018. La Corte conclude dunque riconoscendo il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale rappresentato dall'agonia della persona «sia sotto il profilo strettamente biologico sia sotto il

diritto al risarcimento, soprattutto in caso di sofferenza così intensa, alla dignità stessa dell'uomo: non è giammai sostenibile, si rileva in proposito, «che la sofferenza umana possa essere un elemento giuridicamente irrilevante»⁶². Si tratta quindi di un risvolto particolare della dignità umana, che reclama il diritto al risarcimento ogni qual volta una sofferenza venga inferta alla persona.

Si tratta per vero di un cammino che la giurisprudenza di legittimità ha percorso da tempo. La sofferenza umana deve essere sempre risarcita; in tal senso l'ultimo approdo della giurisprudenza conferma, anche al netto di talune incertezze degli anni passati, la necessaria risarcibilità del danno morale. Anche il danno di tipo “esistenziale” appare strettamente correlato alla dignità della persona⁶³. Pure con riguardo ad un altro *topos* delle problematiche legate al danno alla persona, *id est* le istanze di “personalizzazione” del danno al di là del cosiddetto sistema “tabellare”, la Cassazione ha avuto modo di precisare che vanno tenuti presenti, da una parte, i profili che attengono alla «specifica e particolare sofferenza interiore patita dalla vittima dell'illecito», e, dall'altra, della «sofferenza derivante dallo sconvolgimento delle abitudini di vita del soggetto danneggiato che siano ricollegabili [...] alla lesione di interessi che assumano consistenza sul piano del disegno costituzionale della vita della persona»⁶⁴.

È interessante osservare che un riferimento, nemmeno tanto recondito, alla dignità dell'uomo, come valore che reclama una forma di risarcimento, sembra costituire il sostrato di entrambe le declinazioni che il danno alla persona conosce, e che da ultimo sono state scolpite dalla Cassazione, distinguendosi al riguardo un «aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale)» e un danno di natura «dinamico relazionale (destinato a incidere in senso peggior-

profilo psicologico-morale», come diritto insorto in capo al soggetto «quando era dotato di capacità giuridica, e pertanto trasmesso *jure hereditatis*».

⁶² Ancora Cass. sent. n. 26727 del 2018

⁶³ Così, tra le altre, Cass., sent. n. 2228 del 2017, che conferma sul punto il percorso seguito dai giudici di merito.

⁶⁴ Così Cass. sent., n. 21939 del settembre 2017.

rativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto)»⁶⁵. Il danno quindi alla persona, sia che si proietti all'interno di essa, e che si traduca quindi in sofferenza intima, sia che si proietti al di fuori di essa, in rapporto con il mondo esterno, e che quindi determini un impoverimento della qualità della vita, tocca l'essere persona nella sua individualità di uomo, incidendo di conseguenza sulla stessa dignità dell'uomo⁶⁶: si tratta di un approdo in qualche misura irreversibile in ragione del fatto che non è immaginabile, atteso lo statuto costituzionale della dignità, che una lesione di essa possa non dare luogo a qualche forma di compensazione o risarcimento⁶⁷.

4. *Spunti di riflessione*

Solo alcuni cenni conclusivi alla luce delle indicazioni che dalla giurisprudenza emergono in ordine alla definizione e all'utilizzo del concetto di dignità umana. Come si è già rilevato, gli spunti utili ad una perimetrazione del concetto non sono molti, anche in ragione del fatto che la dignità non solo in certi casi è impiegata solo

⁶⁵ In tale senso, da ultimo, Cass., sent. n. 2788 del 2019. Anche prima tuttavia di tale sistemazione la Cassazione, appunto nel tentativo di dare ordine alle varie poste di danno che ruotano attorno al danno alla persona, non di rado aveva insistito, con vari accenti, sul concetto di dignità della persona: così, ad esempio, Cass., sent. n. 1361 del 2014, anche con riguardo a quella particolare e discussa tipologia di danno che è il danno “parentale”.

⁶⁶ La Cassazione allude alla necessità che la «sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto» debba essere risarcita; quando viene evocata la «centralità della persona», unitamente al principio di «integralità del risarcimento del valore uomo», è chiaro che la *dignità* è inevitabilmente – per definizione si potrebbe dire – coinvolta, anche se non sempre espressamente evocata: così Cassazione, sent. n. 901 del 2018, in cui significativamente si constata, annullando la relativa statuizione del giudice di merito, che il risarcimento accordato, in quella fase del giudizio, in misura «solo meramente simbolica», è stato – illegittimamente – riconosciuto in misura «addirittura offensiva per la dignità della persona».

⁶⁷ Che vi sia un collegamento tra esigenze risarcitorie e lesione di interessi legati all'essere persona, alla sua essenza, e quindi alla dignità della stessa, talora solo implicitamente evocata, è un dato ricorrente in giurisprudenza: tra le tante Cass., sent. n. 2386 del 2008.

scopo di meglio definire altri diritti costituzionali, ma anche perché le Corti rifuggono in genere da tentativi definitivi soprattutto in ragione della polisemia che da sempre connota un concetto quale quello di dignità⁶⁸.

Ma proprio dall'osservazione dell'uso giurisprudenziale di questo concetto, visto in una prospettiva "dinamica", si possono ricavare indicazioni relative anche ad una sua più precisa qualificazione e definizione. Al netto di affermazioni di carattere generale, che raccordano la dignità della persona con la tutela, in generale, dei diritti di cui la persona è titolare, la giurisprudenza costituzionale sembrerebbe aver in qualche misura accreditato una nozione di dignità che muove da una considerazione della sfera più intima della persona, in particolare dalla sua libertà di coscienza. Se questo pare il nucleo originario ed irriducibile della dignità, essa conosce una lievitazione nella misura in cui si propaga ai diritti che più sono connessi alla sfera più intima e riposta della persona: di qui i nessi con la libertà e segretezza delle comunicazioni e i riferimenti alla riservatezza, soprattutto rispetto a dati sensibili della persona quali la salute. Pur nella esiguità dei riferimenti espliciti, tale proiezione esterna di un carattere essenzialmente intrinseco della persona appare del resto in sintonia con quanto previsto dall'art. 3 Cost. che non a caso ragiona di "pari dignità sociale", di modo che nemmeno sarebbe possibile limitare la dignità a un valore interno, intimo, della persona disgiungendolo dalla dimensione sociale dell'individuo.

Rispetto a questo quadro, la recente pronuncia della Consulta in tema di aiuto al suicidio potrebbe non apparire del tutto in asse⁶⁹. L'articolata motivazione dell'ordinanza si muove tra due poli: l'insistito riferimento alla specificità e alla particolarità della situazione da cui il giudizio prende le mosse, da una parte, e il peso assegnato

⁶⁸ Sulla non agevole definizione del concetto di dignità della persona cfr., da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 129 ss., che si sofferma sull'utilizzo del concetto di dignità dell'uomo nell'ambito delle operazioni argomentative dei giuristi e dei giudici in particolare; sul punto anche G. BARCELONA, *La forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, cit.

⁶⁹ Il riferimento è a Corte cost., ord. n. 207 del 2018.

al concetto di dignità della persona declinato in senso “soggettivo”, dall’altra: di una “personale” idea di dignità ragiona a più riprese la Corte nel corso della motivazione. Si tratta per vero di una accezione di non facile decodificazione: quello che si può dire è che essa non potrebbe in ogni caso portare ad obliterare una accezione “oggettiva” di dignità della persona, concetto presupposto dall’ordinamento e dato per scontato anche dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale.

Dirimente, tra l’altro, al riguardo una decisione relativa ad una previsione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, la legge n. 40 del 2004⁷⁰. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma che prevede un assoluto divieto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione, la Corte, richiamati i numerosi precedenti in materia, rigetta la questione non solo rimarcando la divisione sul punto della comunità scientifica, dei giuristi, e della stessa società civile, ma richiamando quel filone di giurisprudenza che ha riconosciuto la “dignità dell’embrione”⁷¹. Nella decisione in esame l’embrione viene qualificato come “entità che ha in sé il principio della vita”, costituendo quindi “un valore di rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.”⁷². È evidente che nel caso l’accezione di dignità accolta non può non essere oggettiva e dipende da considerazioni che del tutto prescindono da una prospettiva soggettiva. È interessante osservare che nel caso, pur constatato che la sorte degli embrioni soprannumerari è quella della loro “naturale estinzione”, la Corte rimarca che “il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “*in nuce*”) non dovrebbe consentire di equiparare l’“uccidere” al “lasciar morire”. Si tratta di una prospettiva assai distante se non opposta da quella coltivata nel caso “Cappato”. Ciò è da ascrivere, con tutta probabi-

⁷⁰ Si tratta della sentenza della Corte cost., n. 84 del 2016. Pur con specifico riguardo all’art. 41, c. 2, Cost., la Corte ha recentemente avuto modo di ribadire che il concetto di dignità va inteso in senso “oggettivo”: così Corte cost., sent. n. 141 del 2019, in relazione alla legge “Merlin”.

⁷¹ Corte cost., sent. n. 229 del 2015.

⁷² Così la sent. n. 84 del 2016, sulle orme della sent. n. 229 del 2015.

lità, proprio alla diversa prospettiva assunta, nell'un caso oggettiva, necessariamente oggettiva, e nell'altro marcatamente soggettiva.

Ma l'accezione squisitamente soggettiva della dignità, che pure non esclude la prospettiva oggettiva, in realtà si coniuga con la libertà di autodeterminazione del soggetto, davvero centrale nel caso "Cappato". La libertà di autodeterminazione viene talora declinata in modo talmente intenso, ma non inedito del resto, da congiungersi con il rispetto della dignità della persona⁷³. Che tale nesso sia stretto, di mutua implicazione, è dimostrato dai più recenti sviluppi della giurisprudenza comune in materia di danno alla persona. In un caso, che segna forse la frontiera più avanzata della tutela della persona in ambito civilistico, la Cassazione ha avuto modo, come si è ricordato, di evidenziare che il diritto a conoscere la propria situazione di salute, in modo da poter assumere scelte consapevoli pur in una situazione sicuramente compromessa, costituisce una situazione tutelata in quanto (e solo in quanto, verrebbe da dire) in quei casi il diritto che risulta compromesso non è la salute della persona in quanto tale, ma proprio la sua dignità⁷⁴. Anche la prova inoppugnabile che la diagnosi tempestiva, e quindi la conoscenza tempestiva della propria situazione di salute, per nulla avrebbe inciso sull'*exitus*, non esclude che l'aver sottratto alla persona la conoscenza della propria situazione clinica e quindi l'aver precluso una scelta tra alternative possibili non impinge sul diritto alla salute ma appunto sulla dignità della persona e sul suo diritto a rapportarsi in modo consapevole con l'esito finale di un processo morboso irreversibile.

Tutto quanto osservato sta a dimostrare come non sia agevole definire il concetto di dignità della persona né perimetrarlo in

⁷³ Il nesso tra dignità della persona e autodeterminazione della persona stessa trova eco nella giurisprudenza di diversi Tribunali costituzionali: per ulteriori riferimenti, F. FERNANDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, cit., 9, che richiama una sentenza della Corte costituzionale tedesca e una pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo.

⁷⁴ Il riferimento è a Cass., sent. n. 7260 del 2018.

modo preciso. Quello che è certo è che la Costituzione, che pure non ha enunciato in modo enfatico il principio di dignità della persona, al contrario di altre Carte costituzionali, lo ha nondimeno inserito in alcune norme esplicitamente, mentre è chiaramente sotteso ad altre pur se non espressamente menzionato. Forse non era necessaria una dichiarazione di principio, proprio perché la dignità è in sostanza un modo di essere della persona, che si esprime in quel principio personalista che è uno dei capisaldi della Costituzione, come la Corte costituzionale insegna. La giurisprudenza ha fatto uso del concetto di dignità senza che tale utilizzo si traducesse in una dottrina, ammesso che ciò sia possibile e/o desiderabile.

Nella varietà dei casi della vita, che fanno indirettamente da sfondo ai giudizi costituzionali, e che più direttamente reclamano una soluzione di fronte ai giudici comuni, anche di legittimità, la dignità è stata impiegata in modi diversi, ma tutti accumulati da un unico denominatore: quello di riconoscere che quando si chiama in campo la dignità si ragiona in definitiva dell'essenza dell'essere umano. Ma come sono molteplici gli aspetti della persona che via via vengono in considerazione, così sono diverse le sfaccettature che la dignità assume nelle varie occasioni, accomunate peraltro dal fatto che il richiamo ad essa ha di norma nella sostanza arricchito il corredo di diritti che la persona porta con sé⁷⁵.

⁷⁵ È interessante al riguardo osservare che la Corte costituzionale, nell'ord. n. 207 del 2018, osserva ad un certo punto che la salvaguardia della dignità della persona nel caso in quella decisione affrontato non va a detrimento di alcun altro interesse costituzionalmente rilevante e quindi si traduce, in definitiva, in una espansione dei diritti della persona.

PARTE II
DIGNITÀ ED EGUAGLIANZA:
RELAZIONI E CONNESSIONI

EGUAGLIANZA E DIGNITÀ UMANA

NICOLA RIVA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Sommario: 1. Quattro idee (più una) di eguaglianza. – 2. L’eguaglianza di base o fondamentale. – 3. L’eguaglianza di trattamento. – 4. L’eguaglianza di opportunità. – 4.1. La dimensione liberale dell’eguaglianza di opportunità. – 4.2. La dimensione democratica dell’eguaglianza di opportunità. – 4.3. La dimensione solidale dell’eguaglianza di opportunità. – 5. L’eguaglianza giuridica. – 6. L’eguaglianza e l’idea di dignità umana.

1. *Quattro idee (più una) di eguaglianza*

L’eguaglianza è uno dei valori costitutivi del costituzionalismo liberalsocialdemocratico contemporaneo. Per l’autorappresentazione ideologica delle nostre comunità politiche – e per la loro legittimazione – l’eguaglianza è seconda solo alla libertà e, forse, neppure a essa: è possibile sostenere, infatti, che la libertà assuma valore politico solo in quanto “eguale libertà” e, dunque, in quanto essa stessa forma dell’eguaglianza: eguaglianza formale¹ o eguaglianza sostanziale, a seconda di come si intenda la libertà.

¹ L’espressione “eguaglianza formale” è ambigua. Sui suoi molti significati alternativi (e sulle varie interpretazioni della coppia eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale) si veda L. GIANFORMAGGIO, *L’eguaglianza e le norme*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1997, 373-406, poi in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli e T. Pitch, Bologna, 2005, 125-161. Nella letteratura in lingua italiana pochi contributi all’analisi dell’idea di eguaglianza e dei suoi usi nei discorsi politici e giuridici sono rilevanti tanto quanto quelli di Letizia Gianformaggio.

Almeno quattro diverse idee riconducibili all'eguaglianza fanno parte della cultura politica pubblica delle nostre comunità politiche e trovano espressione nelle loro carte costituzionali: (a) l'idea dell'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini; (b) l'idea che, in virtù di una tale eguaglianza, tutti i cittadini o tutti i cittadini residenti nella medesima regione o località abbiano diritto a un eguale trattamento da parte dei soggetti pubblici (lo Stato e le altre organizzazioni investite di autorità politica che operano a livello nazionale, regionale o locale); (c) l'idea che tra i compiti dei soggetti pubblici vi sia quello di garantire tra tutti i cittadini una qualche forma di eguaglianza di opportunità; e (d) l'idea dell'eguaglianza giuridica di tutti i cittadini in quanto cittadini e persone e nelle licenze, nei diritti, nei poteri e nei doveri associati a quegli status².

In questo saggio analizzerò le quattro idee di eguaglianza appena indicate, proponendone delle interpretazioni che, pur senza fare riferimento a uno specifico ordinamento giuridico o alla cultura politica pubblica di una specifica comunità politica, mi sembrano cogliere il significato che a quelle idee viene attribuito all'interno del costituzionalismo liberalsocialdemocratico contemporaneo. Nel paragrafo conclusivo svolgerò qualche considerazione sul rapporto tra quelle quattro diverse idee di eguaglianza e l'idea di dignità umana.

2. L'eguaglianza di base o fondamentale

La prima delle idee di eguaglianza che ho elencato in apertura è l'idea di eguaglianza di base o fondamentale. Si tratta del tipo di eguaglianza a cui ci si riferisce quando, in genere all'inizio di un testo costituzionale, si sostiene che tutti i cittadini sono eguali. È possibile interpretare una tale affermazione come un atto performativo, con il quale viene attribuito un eguale status giuridico a tutti i cittadini,

² A quelle quattro idee se ne aggiunge spesso una quinta, sulla quale, tuttavia, non mi soffermerò in questo contributo: (e) l'idea che sia compito dei soggetti pubblici operare al fine di contenere il livello delle diseguaglianze, in particolare di quelle economiche.

vale a dire come un'affermazione che, pur avendo forma descrittiva, in realtà non descrive nulla, bensì prescrive ai propri destinatari (i soggetti pubblici e gli stessi cittadini quando interagiscono non come soggetti privati ma nel loro ruolo di membri di una stessa comunità politica) di considerare tutti i cittadini come fondamentalmente eguali, a prescindere dal loro essere o meno eguali sotto altri profili. Se la si intende in questo modo l'eguaglianza di base o fondamentale altro non è se non una forma dell'eguaglianza giuridica (v. paragrafo 5). Alternativamente, è possibile interpretare l'eguaglianza di base o fondamentale come un'eguaglianza pre-giuridica: eguaglianza in un qualche status morale, che giustifica l'attribuzione a tutti i cittadini di un eguale status giuridico.

L'idea che l'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini rimandi a una dimensione morale dell'eguaglianza, che precede il diritto e di cui il diritto dovrebbe tener conto, al punto che un ordinamento giuridico che non lo facesse potrebbe essere giudicato ingiusto, sembra oggi l'interpretazione più comune. Più precisamente l'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini sarebbe il risultato del combinarsi dell'idea dell'eguaglianza morale di tutti gli esseri umani o di tutte le persone (idea che a livello del diritto internazionale è alla base dell'idea dei diritti umani) con l'idea che l'appartenenza alla stessa comunità politica costituisca un fatto moralmente significativo, al punto che chi esercita l'autorità per conto di quella comunità sarebbe moralmente giustificato, entro certi limiti, come quelli posti dalla garanzia dei diritti umani, nell'operare una distinzione tra appartenenti (cittadini) e non appartenenti (stranieri, inclusi gli stranieri residenti).

Non vi è, tuttavia, alcun consenso in merito alla "natura" dell'eguaglianza morale di tutti gli esseri umani o di tutte le persone. Si può pensare che una tale eguaglianza debba dipendere da una qualche proprietà fattuale condivisa da tutti gli esseri umani o da tutte le persone e che appaia dotata di rilevanza morale. Ma quale potrebbe essere quella proprietà? C'è chi ritiene che essa vada identificata con l'appartenenza alla specie umana. Ma cosa rende quella specie speciale? Cosa la rende speciale – si intende – a parte

il fatto che è la nostra specie, fatto che, se assunto a fondamento della morale, le conferirebbe un carattere di faziosità (“specismo”) che poco le si addice? Il cristianesimo e altre posizioni religiose hanno identificato ciò che rende gli esseri umani eguali e al tempo stesso speciali nel loro essere stati creati tali da Dio o nel presunto possesso di una qualche proprietà distintiva, come un’anima immortale. Ma se si prescinde da quel tipo di prospettiva, come pare necessario fare nel contesto di comunità pluralistiche e in buona parte secolarizzate, è difficile individuare una proprietà condivisa da tutti – e soli – gli esseri umani.

Sul versante secolare la base dell’eguaglianza morale di tutti gli esseri umani o di tutte le persone è stata a volte individuata nella razionalità, nella consapevolezza di sé o nella capacità di maturare l’una e/o l’altra. Queste identificazioni, tuttavia, sono problematiche, a meno che non si sia pronti a escludere dal novero degli eguali tutti gli esseri umani che non sono (ancora o più) dotati o che non potranno mai essere dotati di quelle proprietà. Una soluzione in grado di rendere conto dell’idea dell’eguaglianza morale di tutti gli esseri umani o di tutte le persone, senza dipendere da assunti religiosi, è quella che identifica il presupposto di quell’eguaglianza nel fatto di essere capaci di certe forme di benessere e/o di malessere o, più precisamente, in quella capacità, combinata a una condizione di vulnerabilità alle azioni altrui. Tuttavia, almeno nelle sue interpretazioni più inclusive, quelle in grado di includere nel novero degli eguali anche gli esseri umani capaci solamente delle forme più elementari di benessere e di malessere (quali sono il piacere e la sofferenza fisica), l’adozione di questo criterio dovrebbe indurci a ripensare il nostro atteggiamento verso i membri di altre specie, nella misura in cui essi si dimostrano capaci delle stesse forme di benessere e malessere ed egualmente vulnerabili alle nostre azioni. Ci si potrebbe poi domandare se una tale soluzione, nel salvaguardare l’idea dell’eguaglianza morale di tutti gli esseri umani (inclusi quelli che non sono e/o non saranno mai persone) e, addirittura, nell’estendere quell’eguaglianza oltre i confini della specie umana, non finisca per trascurare differenze moralmente significative tra le specie e tra gli esseri umani.

Quella della fondazione morale dell'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini non è, tuttavia, l'unica possibilità. Una soluzione alternativa è quella che vede in quell'eguaglianza una condizione necessaria, affinché in particolari circostanze si possa dare e conservare stabilmente un ordine sociale: una condizione contingentemente necessaria della credenza nella sua legittimità e, dunque, della sua stabilità. Dopotutto, assumere l'eguaglianza di base o fondamentale di tutte le persone e impegnarsi a trattarle come eguali (a prescindere dal loro essere o meno tali in qualche rispetto) sembra essere un valido punto di partenza per chiunque voglia giustificare un progetto politico a un insieme di persone in assenza di un consenso tra di loro circa la validità di un criterio in grado di legittimare una qualche gerarchia sociale³. Da questo punto di vista ciò che accomuna tutti i cittadini è la condizione politica dell'essere soggetti alla stessa autorità politica che avanza nei loro confronti una pretesa di legittimità.

Non deve stupire, alla luce di una tale considerazione, il fatto che l'idea dell'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini si sia affermata sul piano politico a mano a mano che si è infranto il consenso attorno a quelle visioni del mondo, religiose e non religiose, che hanno per molto tempo legittimato le gerarchie tradizionali tra le persone, tra i sessi e tra le etnie. L'eguaglianza è l'opzione di *default* che si impone come punto di partenza per la costruzione di un ordine sociale, nel momento in cui viene a mancare ogni possibile giustificazione condivisa della gerarchia⁴. Ciò a

³ Come riconosciuto già da Thomas Hobbes quando nel *Leviathan* scrive: «se la natura ha fatto gli uomini uguali, questa uguaglianza dev'essere riconosciuta; oppure, se li ha fatti disuguali, questa uguaglianza dev'essere parimenti riconosciuta, poiché gli uomini, ritenendosi uguali, non entreranno in uno stato di pace se non a uguali condizioni. Quindi pongo questa come nona legge di natura: *ognuno deve riconoscere l'altro come uguale a sé per natura*». Si veda T. HOBBS, *Leviathan*, London, 1651, cap. 15 (la citazione è tratta dall'ed. italiana a cura di A. Pacchi, *Leviatano*, Roma-Bari, 1989, 125).

⁴ Si noti che la credenza nella giustificazione delle gerarchie sociali non presuppone per forza la credenza in gerarchie morali delle quali le gerarchie sociali dovrebbero essere un riflesso, benché la credenza che le gerarchie

prescindere dalla possibilità o meno di individuare un fondamento indipendente per quell'eguaglianza.

È facile spiegare come possa maturare un consenso intorno all'idea politica dell'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini. Essa sarà generalmente, ma non necessariamente (v. nota 4), l'opzione favorita da tutti coloro che, per ragioni diverse, basate sulle rispettive visioni del mondo, sostengono l'eguaglianza morale di tutte le persone. Ma su quell'opzione potrebbero convergere, qualora ritenessero che l'istituzione di un ordine sociale sia comunque preferibile al disordine, anche tutti coloro che, pur non

sociali siano il riflesso di gerarchie morali possa rendere le gerarchie sociali più accettabili. Così, nel terzo libro della *Repubblica*, Platone attribuisce a Socrate l'idea che, per indurre i cittadini della polis ideale ad accettare il proprio posto all'interno di un ordine sociale gerarchico funzionale alla promozione del bene della polis nel suo complesso, si dovrebbe raccontare loro il mito fenicio dei metalli, secondo il quale i cittadini sarebbero destinati sin dalla nascita e in virtù della loro costituzione a un particolare ruolo sociale. È significativo il fatto che Platone attraverso Socrate qualifichi quel mito come una "nobile menzogna", riconoscendo con ciò come l'idea di una diversità naturale dei cittadini, più che una verità, sia una finzione utile a rendere accettabile un ordine sociale gerarchico. Benché non si possa assumere che il punto di vista che Platone attribuisce a Socrate fosse tipico della grecità – e in effetti Aristotele, decisamente più ortodosso e "conservatore" di Platone, nel primo libro della *Politica*, teorizza la diversità naturale tra gli esseri umani – l'idea dell'eguaglianza morale di tutti gli esseri umani (o, almeno, di tutti gli uomini bianchi) non è estranea al mondo antico e medievale. Si trova tanto nello stoicismo quanto nel cristianesimo sin dalle sue origini. Ma in entrambe quelle tradizioni, la credenza nell'eguaglianza morale degli esseri umani (o degli uomini bianchi) è convissuta a lungo con la convinzione che gerarchie sociali stabili, come quelle tipiche delle società premoderne, fossero inevitabili e necessarie al mantenimento dell'ordine sociale e/o alla promozione del bene comune. Non è dunque sufficiente credere che gli esseri umani siano moralmente eguali per ritenere che essi debbano esserlo anche socialmente. Quello che sostengo nel testo è che ciò non sia neppure necessario: che l'idea politica dell'eguaglianza di base e fondamentale degli esseri umani può convivere con l'idea che gli esseri umani non siano moralmente eguali. Più della diffusione dell'idea dell'eguaglianza morale degli esseri umani ciò che ha contribuito all'emergere dell'idea politica dell'eguaglianza di base o fondamentale di tutti gli esseri umani sono il diffondersi dell'individualismo e di una visione dinamica della società.

essendo convinti dell'eguaglianza morale di tutte le persone, non riescono a mettersi d'accordo su di un criterio capace di fondare una qualche gerarchia morale tra le persone⁵ o riconoscono come, quand'anche possibile, un tale accordo non sarebbe sufficiente a legittimare un ordine sociale gerarchico⁶. È poi assai probabile che nel tempo l'abitudine a vivere in un ordine sociale che tratta tutti i cittadini come politicamente eguali, favorisca la diffusione dell'idea che essi siano anche moralmente eguali⁷.

Un vantaggio di questa soluzione è che essa sembra in grado di rendere conto del perché l'eguaglianza di base o fondamentale è predicata dei soli cittadini. Ciò dipende dal fatto che la questione della legittimità di un ordine sociale e dell'autorità dalla quale esso dipende rileva innanzitutto per le persone che sono chiamate a obbedire a quell'autorità. In questa prospettiva, si pongono, tuttavia, due problemi. Il primo problema è quello della legittimità dell'autorità di uno Stato nazionale (e delle altre autorità che operano a

⁵ La concezione meramente politica dell'eguaglianza di base o fondamentale tra tutti i cittadini che ho proposto in questo capoverso è debitrice nei confronti di alcune delle idee introdotte da John Rawls in J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993 (edizioni rivedute e ampliate, ivi 1996 e 2003). Non intendo con ciò suggerire che la posizione che ho descritto coincida con quella dello stesso Rawls. Certamente essa mira a rendere conto dell'idea di eguaglianza di base o fondamentale come idea politica indipendente (*freestanding*), la cui validità non dipende da alcuna visione morale "comprensiva" e che può essere oggetto di un ampio consenso (per intersezione o come *modus vivendi*) tra persone che hanno visioni morali comprensive differenti.

⁶ Ci si potrebbe, infatti, chiedere perché un accordo su di una gerarchia morale tra le persone dovrebbe indurre coloro che sono collocati in quella gerarchia in una posizione inferiore ad accettare un ordine sociale che li tratti come inferiori. Non vi è alcun passaggio obbligato dall'accettazione di una gerarchia morale a quella di una gerarchia sociale, in particolare per coloro che dalla gerarchia sociale verrebbero penalizzati.

⁷ D'altronde, spesso, trattare le persone come eguali - ad esempio, garantendo loro le stesse opportunità di accedere a beni e servizi - le rende di fatto eguali o, quantomeno, riduce le diseguaglianze tra le persone nella misura in cui quelle diseguaglianze sono il prodotto delle istituzioni sociali. Sul punto si veda G. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologna, 2015, 39-44.

livello territorialmente circoscritto) nei confronti dei non cittadini, e in particolare di quei non cittadini che sono chiamati a obbedire a quell'autorità: quelli che risiedono sul territorio dello Stato e quelli che quello Stato pretende di poter legittimamente escludere dal proprio territorio. Questo problema rimanda alla legittimità dell'ordine e del diritto internazionale e, in particolare, delle norme che conferiscono agli Stati il potere di controllare l'accesso al proprio territorio e di adottare politiche migratorie restrittive. Il secondo problema è quello dell'estensione dell'eguaglianza anche a quegli esseri umani e, in prospettiva, non umani che non sono e non saranno mai in grado di porre la questione della legittimità, un'estensione che, quando viene fatta, difficilmente può essere spiegata senza fare riferimento a considerazioni d'ordine puramente morale.

Questa interpretazione "politica" dell'eguaglianza di base o fondamentale concepisce una tale eguaglianza come un costrutto giuridico. In ciò essa è simile alla sua interpretazione in termini di un eguale status giuridico. Diversamente da quell'interpretazione, tuttavia, questa interpretazione "politica" dell'eguaglianza di base o fondamentale fa di quel costrutto qualcosa di necessario, seppur contingentemente: qualcosa che qualsiasi ordinamento giuridico in grado di garantire un ordine sociale data l'assenza di certe circostanze culturali deve per forza includere.

Un'ultima considerazione sull'idea di eguaglianza di base o fondamentale. Quell'idea risulta molto più accettabile quando circoscritta all'ambito del diritto che quando elevata a principio morale generale. Molti dei nostri giudizi morali più saldi sono in effetti incompatibili con l'idea di un'eguaglianza di base o fondamentale di tutte le persone. Noi riteniamo di avere diritti e doveri morali speciali nei confronti di persone con le quali siamo legati da relazioni familiari e/o affettive e quei diritti e doveri non ci appaiono né derivabili da diritti e doveri morali generali, che abbiamo nei confronti di tutte le persone, né ammissibili solamente nella misura in cui sono compatibili con i nostri diritti e doveri morali generali. Sugerire che essi lo siano suona quasi offensivo per il valore delle relazioni dalle quali quei diritti e quei doveri scaturiscono. Mentre

in ambito giuridico è possibile sostenere che i nostri diritti e doveri speciali siano subordinati ai nostri diritti e doveri generali – i diritti e doveri che derivano da un esercizio di autonomia individuale ai diritti e doveri fondamentali –, in ambito morale sembra valere l'esatto contrario: i nostri diritti e doveri speciali sembrano avere per noi la priorità sui nostri diritti e doveri generali.

3. *L'eguaglianza di trattamento*

L'idea dell'eguaglianza di base o fondamentale di tutti i cittadini è strettamente legata alla seconda idea di eguaglianza che è possibile ritrovare nella cultura politica pubblica delle nostre comunità politiche: l'idea che tutti i cittadini abbiano diritto a un eguale trattamento da parte dei soggetti pubblici. Ma cosa implica un tale diritto?

Si potrebbe sostenere che l'eguaglianza di trattamento tra i cittadini sarebbe realizzata, se i diversi organi pubblici (la magistratura, la polizia, la pubblica amministrazione ecc.) si comportassero nello stesso modo nei confronti di tutti i cittadini e fornissero a tutti loro le stesse risorse e gli stessi servizi, senza operare la minima distinzione. Tuttavia, sebbene l'eguaglianza di trattamento richieda talvolta precisamente ciò, quella sembra essere più l'eccezione che la norma. Ritenere che gli organi pubblici non possano operare alcuna distinzione tra i cittadini sarebbe semplicemente assurdo. Fa parte del compito di molti organi pubblici proprio quello di operare delle distinzioni tra le persone, distinzioni in base alle quali le persone vengono poi trattate diversamente. Così, ad esempio, la magistratura ha il compito di distinguere i rei dagli innocenti, che saranno poi soggetti a un diverso trattamento: i rei saranno puniti, gli innocenti no.

Si potrebbe allora sostenere che l'eguaglianza di trattamento sarebbe realizzata, se tutti i cittadini venissero valutati in ogni circostanza secondo gli stessi criteri generali. Questa interpretazione appare più plausibile e sembrerebbe corrispondere a una delle possibili declinazioni dell'idea dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte al diritto (o, più imprecisamente, “di fronte alla legge”). Le

norme giuridiche sarebbero quei criteri generali, che si applicano a tutti i cittadini (e più in generale a tutte le persone soggette all'autorità di uno specifico ordinamento giuridico), in base ai quali essi dovrebbero essere giudicati in maniera imparziale. Ma è proprio vero che le norme giuridiche sono criteri di quel tipo? Ciò dipende, almeno in parte, da come si interpretano alcune delle distinzioni che le norme giuridiche operano. Norme che si applicano solamente ai maggiorenni o alle donne sono norme generali che si applicano a tutte le persone e prescrivono all'interprete di operare una distinzione in base all'età o al sesso o norme generali che si applicano solo ai maggiorenni o alle donne? Ha senso dire che una norma che stabilisce che le donne possano andare in pensione cinque anni prima degli uomini si applichi anche agli uomini, allo stesso modo di una norma che prescrive o vieta una certa condotta di cui sia le donne sia gli uomini sono capaci? Dal punto di vista dell'eguaglianza di trattamento, ha senso trattare le distinzioni relative all'insieme dei soggetti cui le norme si applicano allo stesso modo in cui si trattano le distinzioni che servono a definire la fattispecie disciplinata da una norma? La mia opinione è che ciò non abbia senso e che in realtà i cittadini non siano tutti eguali di fronte al diritto, neppure da un punto di vista formale (va da sé che non lo sono da un punto di vista sostanziale).

Vi è, tuttavia, un'altra possibile interpretazione dell'idea di eguaglianza di trattamento di tutti i cittadini che non richiede che lo stesso insieme di norme si applichi a tutti i cittadini. A questa diversa interpretazione possono essere ricondotte quelle norme che stabiliscono che il legislatore e tutti i soggetti pubblici che su sua delega godono di una qualche discrezionalità nell'esercizio delle loro funzioni non possano operare delle distinzioni tra le persone sulla base di una serie di caratteri, come il sesso, l'etnia ecc., o, in una forma più debole, che essi possano operare simili distinzioni solo in casi eccezionali nei quali quelle distinzioni appaiano fortemente giustificate. È comune trovare norme di questo tipo nei testi costituzionali, nelle cosiddette clausole antidiscriminatorie. Esse non escludono ogni possibile distinzione tra le persone, ma solo alcune,

sulla base dell'idea che le distinzioni che esse escludono non siano mai o quasi mai giustificabili e/o sulla base della consapevolezza storica del fatto che distinzioni di quel tipo sono state spesso fatte senza alcuna valida giustificazione.

Le clausole antidiscriminatorie, tuttavia, per potere essere ricondotte all'idea di eguaglianza di trattamento, devono essere considerate come un caso particolare di un principio più generale. Quel principio stabilisce che il legislatore nell'esercizio delle proprie facoltà debba essere imparziale. Cosa ciò significhi è ovviamente controverso. Ed è probabilmente questa la ragione per cui i tentativi di formulare in termini astratti quel principio si trovano più facilmente nella letteratura filosofica e teorico-politica che nei testi giuridici. Secondo Jeremy Bentham, ad esempio, l'imparzialità richiede che il legislatore attribuisca la stessa importanza, lo stesso "peso", alla felicità di ogni persona nel calcolare ciò che promette di massimizzare la felicità sociale⁸. Secondo, l'interpretazione liberale di Ronald Dworkin, invece, l'imparzialità richiede che il legislatore manifesti eguale riguardo ed eguale rispetto nei confronti di tutti i cittadini, dove, in estrema sintesi, l'eguale riguardo impone al legislatore di attribuire eguale valore alla vita (intesa non in senso biologico, ma in un senso biografico, come "vita da vivere") di tutte le persone e l'eguale rispetto impone al legislatore di mantenersi neutrale rispetto alle loro diverse concezioni sostanziali della vita buona⁹.

⁸ Si veda J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789.

⁹ Dworkin è andato sviluppando quest'interpretazione dell'eguaglianza di trattamento (e del diritto fondamentale all'eguaglianza di trattamento) nel corso della sua intera opera. L'idea si trova già in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1977, in particolare cap. 12, e in R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (MA), 1985, in particolare capp. 8-9, e viene poi pienamente sviluppata in R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, Cambridge (MA), 2000, e in R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA), 2011. Simile a quella di Dworkin è l'interpretazione del principio di eguaglianza proposta da Luigi Ferrajoli in L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018, secondo

L'interpretazione dell'eguaglianza di trattamento come imparzialità non impedisce al legislatore di operare delle distinzioni tra i cittadini: esso limita il tipo di distinzioni tra i cittadini che possono essere operate, stabilendo che le distinzioni operate debbano potere essere giustificate in base ad argomenti che, idealmente, possano essere accettati da tutti i cittadini. Nell'interpretazione di Bentham, ciò richiede che le distinzioni operate possano essere plausibilmente presentate come necessarie a massimizzare una funzione della felicità sociale in cui la felicità di ogni persona pesa quanto quella di ogni altra. Nell'interpretazione di Dworkin, ciò richiede che le distinzioni operate possano essere ragionevolmente presentate come compatibili con i principi dell'eguale riguardo e dell'eguale rispetto per tutte le persone o addirittura necessarie per l'attuazione di quei principi. Così, ad esempio, se il principio dell'eguale riguardo per tutte le persone richiede un impegno dei soggetti pubblici volto, nei limiti del possibile, a garantire a tutte le persone eguali possibilità di perseguire i medesimi obiettivi nella vita allo stesso costo e con le stesse probabilità di successo, l'attuazione di quel principio imporrà di tener conto delle differenze tra i bisogni delle persone, le loro abilità e le risorse di cui esse dispongono, così come del fatto che a causa della diffusione di pregiudizi e ostilità, gli appartenenti ad alcuni gruppi sociali possono incontrare maggiori difficoltà a raggiungere certi obiettivi rispetto agli appartenenti ad altri gruppi sociali. Tutto ciò, può richiedere norme giuridiche differenziate per gli appartenenti a gruppi sociali diversi e l'adozione di politiche sensibili alle differenze.

Il principio che prescrive l'imparzialità nella produzione del diritto e che corrisponde a una possibile interpretazione dell'idea di eguaglianza di trattamento di tutti i cittadini non va confuso con il principio di imparzialità nell'applicazione del diritto. Il primo principio si rivolge al legislatore, il secondo agli organi pubblici che hanno il compito di applicare il diritto, stabilendo che essi non possano operare distinzioni tra le persone diverse da quelle previste dal diritto stesso. La garanzia dell'imparzialità nell'applicazione

cui quel principio richiede l'eguale rispetto per le differenze, vale a dire per le diverse identità delle persone, e la riduzione delle diseguaglianze materiali.

del diritto è una tutela contro l'arbitrarietà di chi ha il compito di applicare il diritto, ma non tutela contro norme del diritto che operano distinzioni che possono essere ritenute ingiuste, perché non imparziali. Norme del diritto dal contenuto sessista, razzista, classista, ecc. possono essere applicate in modo imparziale, conformemente al principio dell'imparzialità nell'applicazione del diritto pur non essendo compatibili con il principio dell'imparzialità nella produzione del diritto. Laddove il diritto operi delle distinzioni tra i cittadini – distinzioni che come si è detto possono ben essere compatibili con il principio dell'imparzialità nella produzione del diritto – al punto che insiemi di norme in parte diversi si applicano a diversi insiemi di cittadini, il principio dell'imparzialità nell'applicazione del diritto non può dirsi, propriamente un'interpretazione dell'idea di eguaglianza di trattamento di tutti i cittadini. In quelle circostanze, infatti, non tutti i cittadini verrebbero trattati egualmente, ma solo quelli ai quali si applica lo stesso insieme di norme.

Come nel caso dell'eguaglianza di base e fondamentale, e a maggior ragione, l'eguaglianza di trattamento, intesa come principio che prescrive l'imparzialità, è un principio che ha senso come principio politico, molto meno come principio morale che dovrebbe guidare le scelte e le azioni delle singole persone private. Si può, infatti, sostenere che le persone abbiano un diritto morale a essere parziali – parziali nei confronti di se stesse e delle persone loro care – e che un ordinamento giuridico che non riconoscesse loro un tale diritto, garantendo alle persone ampi spazi di libertà privata entro i quali poter agire dando la precedenza ai propri interessi e a quelli dei loro cari, sarebbe un ordinamento giuridico non solo ingiusto, ma oppressivo al punto da risultare disumano. Ciò non significa che il diritto non possa mai vietare ai privati certe forme di discriminazione, in particolare quando i privati esercitano delle funzioni alle quali corrispondono importanti interessi collettivi e/o quando il reiterarsi di certe condotte discriminatorie ai danni degli appartenenti a certi gruppi sociali non appare giustificato da alcun interesse reale, pubblico o privato, bensì il prodotto della diffusione di pregiudizi e ostilità nei confronti di quei gruppi sociali.

4. *L'eguaglianza di opportunità*

È facile, partendo dall'idea di eguaglianza di trattamento, per cui i soggetti pubblici devono mostrarsi imparziali nei confronti di tutti i cittadini, arrivare all'idea di eguaglianza di opportunità. Quell'idea fornisce una risposta parziale al problema politico fondamentale entro comunità politiche che assegnano a tutti i loro membri un eguale status fondamentale e un diritto fondamentale all'eguaglianza di trattamento: problema che consiste nello stabilire cosa persone che si riconoscono come eguali nel loro essere concittadini si devono reciprocamente. Secondo l'idea di eguaglianza di opportunità, per essere minimamente giusta, una comunità politica dovrebbe assicurare a tutti i cittadini un insieme di opportunità considerate fondamentali; ciò, senza distinzioni di sesso, etnia, provenienza e luogo di residenza, estrazione familiare, opinioni (politiche, religiose ecc.) e condizioni lavorative ed economiche.

L'eguaglianza di opportunità è una forma di eguaglianza sostanziale: dipende da ciò che le persone sono effettivamente in grado di fare, ottenere, divenire. Come tale, l'eguaglianza di opportunità si distingue da altre forme di eguaglianza: dall'eguaglianza formale, che sussiste tra due o più soggetti titolari di uno stesso status e/o di eguali licenze, diritti, poteri e doveri (v. paragrafo 5), e dall'eguaglianza di trattamento (v. paragrafo 3), che è una forma di eguaglianza procedurale. L'eguaglianza di opportunità è spesso contrapposta, inoltre, ad altre forme di eguaglianza sostanziale e, in particolare, all'eguaglianza dei risultati effettivi, benché una tale contrapposizione sia per certi versi fuorviante¹⁰.

Il consenso generale che riscuote l'idea di eguaglianza di opportunità dipende in parte dalla sua vaghezza. Esso si dissolve non appena si inizia a specificare quell'idea, rispondendo a una serie di questioni cui deve dare risposta ogni concezione dell'eguaglianza di opportunità che ambisca a guidare l'azione dei soggetti pubblici incaricati di assicurare la sua attuazione: quali sono le opportunità

¹⁰ Si veda N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, in AA.VV., *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, a cura di F. Mastromartino, Roma, 2018, 105-138, paragrafo 5.

di cui tutti i cittadini dovrebbero godere egualmente? In quale momento delle loro vite i cittadini dovrebbero godere di eguali opportunità? E ancora: è compatibile con l'idea di eguaglianza di opportunità la pretesa che per beneficiare di un'opportunità i soggetti che ne sono titolari debbano (nei limiti del possibile) adempiere a un qualche obbligo sociale?

Inoltre, il compito di specificare l'idea di eguaglianza di opportunità è complicato dall'ambiguità del termine "opportunità". Affermare che una persona ha l'opportunità di fare, ottenere o divenire qualcosa, infatti, può significare due cose ben distinte. Può significare che vi è una qualche probabilità che quella persona riesca a fare, ottenere o divenire ciò cui l'opportunità si riferisce (opportunità come *chance*) o, alternativamente, può significare che quella persona si trova nella condizione di poter certamente fare, ottenere o divenire ciò cui l'opportunità si riferisce, purché lo voglia (opportunità come opzione)¹¹. Questa ambiguità del termine "opportunità", che dipende dal fatto che esso può indicare due concetti distinti, condiziona l'idea di eguaglianza di opportunità, ed è alla base della distinzione tra concezioni competitive e concezioni non competitive della stessa idea.

Riprendendo un'analisi che ho svolto altrove¹², suggerisco che l'idea di eguaglianza di opportunità distintiva del costituzionalismo liberalsocialdemocratico sia un'idea complessa, scomponibile in una pluralità di principi ciascuno dei quali prescrive l'eguaglianza con riferimento a un particolare insieme di opportunità. Essa risulta dalla sedimentazione di almeno tre differenti tradizioni politiche: quella liberale, quella democratica e quella solidaristica.

¹¹ Sulla distinzione tra opportunità come *chances* ed opportunità come opzioni e le rispettive concezioni dell'eguaglianza delle opportunità si vedano N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, Roma, 2011, cap. 2, paragrafo 4; N. RIVA, *Equal Chances and Equal Options: Two Conceptions of Equality of Opportunity*, in "Ratio Juris", 28 (2), 2015, 293-306; N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, in *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, cit., 105-138, paragrafo 2.

¹² Si veda N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, in *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, cit., paragrafo 4.

4.1. *La dimensione liberale dell'eguaglianza di opportunità*

L'idea di eguaglianza di opportunità è strettamente legata alla tradizione liberale: la componente liberale dell'idea ne costituisce il nucleo sul quale si sono nel tempo innestate le altre componenti. Quella del liberalismo è una tradizione del pensiero politico secolare e molto ricca, forse più ricca di qualsiasi altra: non ne esiste una sola versione e quali siano i caratteri peculiari del liberalismo è questione dibattuta. Personalmente, ritengo che si possano individuare i caratteri peculiari del liberalismo, comuni a tutte le sue varianti, nella valorizzazione della libertà delle persone di vivere la propria vita a modo proprio, che si oppone a tutti i tentativi paternalistici di dire alle persone come devono vivere la propria vita e, dall'altro, in un'avversione per le gerarchie sociali stabili e i privilegi ereditari: per tutte le diseguaglianze che non si originano dalle libere scelte delle persone e dall'impegno con cui esse sono in grado di coltivare e sfruttare i propri talenti¹³. L'interpretazione liberale dell'eguaglianza di opportunità è strettamente collegata a questi due caratteri.

Secondo quella interpretazione, ogni persona deve godere dell'eguale opportunità di cercare la propria felicità a modo proprio, anche contravvenendo alle idee comuni circa ciò che conduce alla felicità. La libertà delle persone di farlo dovrebbe incontrare un limite unicamente nel diritto di tutte le altre persone alla stessa libertà. Da ciò derivano i diritti fondamentali di libertà e autonomia personale che garantiscono uno spazio "privato" sottratto alle ingerenze altrui: diritti alla vita, all'integrità e alla sovranità personale, alle libertà di coscienza, di parola, di stampa, d'associazione e di circolazione, l'*habeas corpus* e le altre garanzie che tutelano dagli abusi di potere da parte dell'autorità politica.

¹³ Per alcune formulazioni paradigmatiche del liberalismo nel dibattito sulla giustizia contemporaneo si vedano, oltre alle opere di Dworkin citate in precedenza, F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1960; F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London, 1982; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), 1971 (edizione riveduta, ivi, 1999).

Inoltre, nessuna persona deve essere arbitrariamente favorita nella propria ricerca della felicità da chi esercita l'autorità politica così come, più in generale, dagli assetti sociali. Ciò conduce, innanzitutto, al principio che prescrive la rimozione di tutti i vincoli formali (le "barriere") che limitano la libertà delle persone (non ancora un'eguaglianza di opportunità). Ma ciò conduce anche, una volta preso atto del fatto che l'abolizione dei vincoli formali non è sufficiente a eliminare i vantaggi ereditari derivanti dalla trasmissione del capitale materiale, culturale e sociale da una generazione all'altra o ad abbattere le gerarchie sociali stabili in presenza di pregiudizi e ostilità diffusi a livello sociale nei confronti dei membri di certi gruppi sociali, all'idea che i soggetti pubblici dovrebbero impegnarsi a garantire che, almeno a parità di talenti, le persone godano effettivamente delle stesse opportunità nell'arco della vita.

L'idea liberale dell'eguaglianza di opportunità è un'idea almeno in parte competitiva: non è compito dei soggetti pubblici rendere le persone egualmente felici; ciò che i soggetti pubblici devono garantire sono eguali *chances* di realizzare i propri obiettivi. Eguali *chances*, si potrebbe aggiungere, a parità di talento, almeno per quelle dottrine liberali che non ritengono che sia compito delle istituzioni sociali rimuovere le disparità "naturali" tra le persone, poiché, non dipendendo quelle disparità dagli assetti sociali, la collettività non è responsabile del loro prodursi e, dunque, non è tenuta ad agire in modo da correggerle.

4.2. *La dimensione democratica dell'eguaglianza di opportunità*

La seconda dimensione che concorre a comporre l'idea contemporanea dell'eguaglianza di opportunità è riconducibile alle tradizioni democratiche: quella classica, che vede nella partecipazione al governo della cosa pubblica uno dei luoghi, se non il luogo principale, della realizzazione dell'essere umano ("animale politico" secondo la nota definizione di Aristotele), e quella moderna, che vede nella partecipazione al governo della cosa pubblica non necessariamente il luogo in cui l'essere umano realizza pienamente il proprio potenziale, ma uno strumento per

garantire che l'esercizio dell'autorità politica avvenga nell'interesse di tutti i cittadini.

Secondo l'idea democratica dell'eguaglianza di opportunità, tutti i cittadini, nella misura in cui ne sono capaci, devono godere della stessa opportunità di partecipare all'esercizio dell'autorità politica, direttamente o indirettamente. Ciò, all'interno delle istituzioni della democrazia rappresentativa, implica l'eguale opportunità di partecipare, attraverso le elezioni, alla scelta di coloro che esercitano l'autorità politica e l'eguale opportunità di candidarsi a ricoprire le cariche pubbliche. L'ideale democratico dell'eguaglianza di opportunità, inoltre, include oggi l'idea che le preferenze politiche di ogni cittadino debbano pesare tanto quanto quelle di ogni altro, idea che trova un compendio nel principio "una testa, un voto".

L'eguaglianza di opportunità di partecipare all'esercizio dell'autorità politica richiede, inoltre, la possibilità di partecipare alla formazione dell'opinione pubblica su materie di rilevanza politica, opportunità che richiede l'effettiva garanzia delle libertà di parola, di stampa e di associazione. Ancora, partendo dall'idea dell'eguaglianza delle opportunità di partecipare all'esercizio dell'autorità politica è possibile sostenere il diritto di tutti i cittadini a ricevere un'istruzione adeguata, che li metta in grado di partecipare a una discussione pubblica, nonché di esercitare i loro diritti politici con consapevolezza.

Quale forma di governo e quale meccanismo elettorale realizzino al meglio l'idea dell'eguaglianza delle opportunità di partecipare all'esercizio dell'autorità politica è oggetto di discussione. Un'altra questione su cui ci si interroga riguarda il modo migliore di limitare l'impatto che le disparità di ricchezza, che facilmente si traducono in disparità di influenza, hanno sulle opportunità che i cittadini hanno di contribuire alla formazione dell'opinione pubblica e di orientare l'esercizio dell'autorità politica: se ciò richieda o meno il finanziamento pubblico dei partiti politici, e in quale forma, e/o una restrizione nella libertà dei privati di finanziare i partiti e le rispettive campagne elettorali con le proprie risorse.

4.3. *La dimensione solidale dell'eguaglianza di opportunità*

Ultima ma non meno importante dimensione dell'idea di eguaglianza di opportunità è quella solidale. Secondo questa dimensione, tutti i cittadini dovrebbero godere dell'eguale opportunità di accedere alle risorse e ai servizi necessari a soddisfare i propri bisogni primari, a conservare una condizione di salute o, più in generale, a condurre un'esistenza minimamente dignitosa. Ovviamente quali siano i bisogni primari e in cosa consista un'esistenza minimamente dignitosa sono questioni controverse che, quantomeno nell'ultimo caso, variano da contesto a contesto: le precondizioni per un'esistenza minimamente dignitosa non sono le stesse in un contesto caratterizzato da una diffusa miseria e in un contesto caratterizzato da maggiore opulenza¹⁴.

A partire da questa componente dell'eguaglianza di opportunità è possibile giustificare i diritti sociali e le politiche caratteristiche dello Stato sociale volte ad assicurare l'accesso a beni come l'acqua, il cibo, la casa, le cure sanitarie e un minimo di reddito. Si tratta, è evidente, di qualcosa di ben diverso dall'idea di un'eguale divisione della ricchezza, essendo compatibile con una divisione fortemente diseguale della stessa al di sopra di una soglia minima che deve essere assicurata a tutti. Si tratta nondimeno di un'idea che è in grado di giustificare politiche redistributive almeno quando, come sempre accade, il mercato non è in grado di assicurare un accesso universale alle risorse e ai servizi necessari a un'esistenza minimamente dignitosa.

Questa dimensione dell'eguaglianza di opportunità è almeno inizialmente frutto della convergenza tra il solidarismo dei movimenti politici di ispirazione cristiana, che fanno leva sulle idee di carità e di sussidiarietà, e quello delle varie forme di anarchismo, socialismo e comunismo, che insistono sulla necessità di garantire la partecipazione di tutti i lavoratori ai benefici che derivano dal lavoro (ideale che non si limita alla dimensione del minimo vitale).

¹⁴ Lo ricorda spesso Amartya Sen, richiamandosi ad Adam Smith. Si veda, ad esempio, A. SEN, *Development as Freedom*, New York, 1999, 71.

Essa, tuttavia, trova un fondamento anche all'interno delle correnti "sociali" del liberalismo, quelle più attente ai fallimenti del mercato, alle determinanti sociali dei destini delle persone e al ruolo della sorte nelle vicende umane, così come nella tradizione democratica, che individua nella garanzia di un minimo vitale un presupposto per la piena partecipazione alla vita politica.

Chiaramente, l'eguaglianza delle opportunità di accesso alle condizioni economiche di un'esistenza minimamente dignitosa concepisce le opportunità in termini di opzioni, non di *chances*: l'idea è che tutti debbano poter accedere al minimo vitale in un contesto non competitivo. In un certo senso, l'eguaglianza delle opzioni di accedere a un minimo vitale fa da contraltare all'eguaglianza delle *chances* di conseguire i propri obiettivi attraverso i meccanismi competitivi del mercato. Ciò si vede bene in alcune difese liberali del reddito sociale¹⁵.

Controversa, invece, è la questione se l'opportunità di accedere al minimo vitale possa avere natura condizionata o debba necessariamente avere una natura non condizionata. Molti degli attuali schemi di sicurezza sociale finalizzati a garantire l'accesso al minimo vitale sono selettivi, ossia rivolti a soggetti che si suppone non siano in grado di provvedere ai propri bisogni in un'economia di mercato, o, comunque, condizionati alla disponibilità a lavorare, formarsi o svolgere una qualche attività socialmente utile. Dibattuta è la proposta di un reddito sociale incondizionato, assicurato a tutti a prescindere dalla disponibilità o meno a lavorare: una proposta che incontra delle resistenze da parte dei sostenitori di diverse e anche opposte posizioni politiche, in quanto violerebbe quel principio di reciprocità, che vede nella disponibilità a contribuire alla cooperazione sociale una condizione per la partecipazione ai frutti della stessa.

¹⁵ Si veda P. VAN PARIJS, *Real Freedom for All*, Oxford, 1995. Anche autori poco favorevoli a politiche redistributive che comportano una regolazione del mercato, come Milton Friedman e Friedrich Hayek, si sono espressi a favore della proposta di un reddito sociale o di quella, equivalente, di un'imposta negativa sul reddito.

5. *L'eguaglianza giuridica*

Veniamo, infine, all'idea dell'eguaglianza giuridica di tutti i cittadini. L'eguaglianza giuridica tra due o più soggetti indica l'eguaglianza nella loro situazione giuridica soggettiva. Essa consiste nell'attribuzione a quei soggetti di uno stesso status giuridico e di eguali licenze, diritti, poteri e doveri. Si tratta di un'eguaglianza creata dal diritto, dunque di un'eguaglianza formale, che esiste solamente in virtù del contenuto delle norme di uno specifico ordinamento giuridico. L'eguaglianza giuridica tra due o più soggetti non è mai piena: essa non riguarda mai tutti i loro status, le loro licenze, i loro diritti, i loro poteri e i loro doveri. La situazione giuridica soggettiva di ogni soggetto è sempre in parte diversa da quella di tutti gli altri, poiché molti degli status, delle licenze, dei diritti, dei poteri e dei doveri che la definiscono dipendono dall'utilizzo privato che esso ha fatto dei suoi poteri. Così, ad esempio, la situazione giuridica soggettiva di ogni persona coniugata è diversa da quella di ogni persona non coniugata e anche da quella di ogni altra persona coniugata, in quanto caratterizzata da licenze, diritti, poteri e doveri speciali, detenuti nei confronti di persone distinte. Pertanto, l'eguaglianza giuridica è da intendersi sempre come eguaglianza relativa, non assoluta: eguaglianza in alcuni status, in alcune licenze, in alcuni diritti, in alcuni poteri e in alcuni doveri.

Alla luce di tale considerazione, ci si può chiedere in cosa consista l'eguaglianza giuridica di tutti i cittadini. Essa consiste nell'eguaglianza di tutti i cittadini negli status fondamentali di cittadino e di persona (tutti i cittadini sono persone, benché non tutte le persone siano cittadini) e nelle licenze, nei diritti, nei poteri e nei doveri associati a quegli status. Essa include molti dei diritti fondamentali anche se non tutti: propriamente non sono diritti fondamentali di tutti i cittadini quei diritti che appartengono solo ai cittadini (o alle persone) capaci di intendere e di volere.

L'eguaglianza giuridica di tutti i cittadini è in parte un'implicazione dell'eguaglianza di trattamento ed è in parte necessaria ad assicurare l'eguaglianza di opportunità, ma sarebbe sbagliato pensare

che i principi dell'eguaglianza di trattamento e dell'eguaglianza di opportunità debbano tradursi sempre e necessariamente in un'eguaglianza giuridica. Al contrario, come si è detto, sia l'eguaglianza di trattamento sia l'eguaglianza di opportunità richiedono che si tenga conto di certe differenze tra le persone al fine di prevenire o rimediare alle disparità che da quelle differenze potrebbero originarsi o si originano, e ciò può tradursi nell'attribuzione a persone che si trovano in condizioni diverse di diverse licenze, diversi diritti, diversi poteri e diversi doveri. L'eguaglianza giuridica di per sé non ha valore, se non è riconducibile all'eguaglianza di trattamento e/o all'eguaglianza di opportunità.

6. *L'eguaglianza e l'idea di dignità umana*

In conclusione, vorrei avanzare alcune ipotesi circa il legame tra le diverse idee di eguaglianza che ho analizzato e l'idea di dignità umana. Non si tratta di un compito facile, perché l'idea di dignità umana è, notoriamente, un'idea vaga e i tentativi di determinarne il significato hanno condotto a concezioni alternative, e incompatibili, della dignità umana. Le seguenti osservazioni, dunque, devono essere considerate per ciò che sono: ipotesi interpretative che dovranno essere validate da indagini più approfondite.

Nella letteratura sul concetto di dignità è possibile identificare due diversi resoconti di quel concetto. Il primo resoconto – bene esemplificato dai lavori recenti di Jeremy Waldron¹⁶ – vede nella dignità uno status: quello status che è oggi egualmente attribuito a ogni essere umano e che colloca tutti gli esseri umani in posizione elevata, se non apicale, nella gerarchia degli esseri viventi. Secondo questo resoconto della dignità, essa sarebbe una nozione formale, che serve a denotare la posizione del suo portatore all'interno di un ordine gerarchico (morale o sociale), a identificarne il “rango”. L'idea dell'eguale dignità di ogni essere umano sarebbe l'esito di un processo di universalizzazione di un concetto un tempo usato per operare delle distinzioni e costruire delle gerarchie tra gli esseri

¹⁶ Si veda J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford, 2012.

umani: l'universalizzazione della dignità, così intesa, equivarrebbe alla negazione della possibilità di operare, almeno a un certo livello, delle distinzioni tra gli esseri umani. Secondo l'altro resoconto di quel concetto, il concetto di dignità umana indica, invece, il valore che sta alla base dell'attribuzione a un soggetto di uno status (morale e/o sociale): un valore che può essere inerente al soggetto stesso o alla posizione che egli ricopre all'interno dell'organizzazione sociale (la dignità di una carica). Questo secondo resoconto conserva il legame tra il concetto di dignità e quello di status, ma non riduce quella relazione a un'equivalenza: la dignità non indica, semplicemente, uno status particolare, e particolarmente importante, ma il valore particolare che fonda quello status. Il problema diventa allora quello di stabilire in cosa consista quel particolare valore che chiamiamo "dignità": ed è proprio tale questione la questione al centro delle controversie sulla dignità e, indirettamente, sulle sue implicazioni.

Sia che si intenda la dignità come uno status sia che la si intenda come il valore che fonda quello status, è importante distinguere tra dignità sociale e dignità morale: due forme della dignità di cui si trova traccia anche nel diritto. La dignità sociale denota lo status o il valore dello status che un soggetto ha in virtù della posizione che occupa all'interno di un'organizzazione sociale: un elemento che conferisce al soggetto che occupa quella posizione delle prerogative che trascendono le prerogative necessarie ad adempiere alle funzioni associate alla posizione. Questo tipo di dignità, la dignità sociale, è tradizionalmente legata all'idea di gerarchia e di rango sociale. È questa il tipo di dignità a cui si riferisce la Costituzione italiana nel primo comma dell'art. 3, che opponendosi all'uso tradizionale dell'idea di dignità sociale per operare distinzioni tra i cittadini, estende a tutti i cittadini la "pari dignità sociale". Per contro, la dignità morale è qualcosa che inerisce direttamente a un soggetto, a prescindere dalla posizione sociale che occupa. Quella di dignità morale è l'idea di dignità che si ritrova nelle carte e nelle dichiarazioni dei diritti, spesso indicata quale fondamento degli stessi.

Chi intende la dignità umana come un valore che fonda uno status la fa dipendere da una qualche proprietà, dotata di valore, di

cui sarebbero in possesso tutti, e solo, gli esseri umani. Ovviamente non vi è alcun consenso circa quale sia quella proprietà. In una prospettiva religiosa, la dignità degli esseri umani è stata ricondotta all'idea che gli esseri umani siano stati creati da Dio e collocati da Dio al vertice del creato. Prospettive più secolari hanno identificato il valore peculiare degli esseri umani, la loro "dignità", nel loro essere degli agenti o nella capacità di realizzare imprese straordinarie, che nessun altro essere è in grado di realizzare¹⁷. I resoconti secolari del concetto di dignità umana sono generalmente esposti all'obiezione per cui non tutti gli esseri umani di fatto possiedono la proprietà che essi identificano come rilevante, neppure in potenza: cosa che appare contraddire l'idea della pari dignità di tutti gli esseri umani.

Intesa come uno status, invece, la dignità umana è un presupposto, un assunto, qualcosa frutto di una decisione fondamentale che non richiede necessariamente un fondamento ulteriore o un consenso unanime circa cosa debba valere quale suo fondamento ulteriore: una strategia quest'ultima che, se non pone come necessaria l'identificazione di un fondamento ulteriore per la dignità, lascia comunque aperta la possibilità che soggetti diversi, in base a diverse visioni del mondo, possano identificare diversi fondamenti per la pari dignità di tutti gli esseri umani. Le carte dei diritti e gli altri documenti giuridici che fanno riferimento all'idea della pari dignità degli esseri umani lasciano in genere indeterminata la questione del fondamento della dignità, affermando assiomaticamente l'eguale dignità di tutti gli esseri umani e concentrandosi sulle implicazioni dell'idea di dignità umana.

È evidente come le due interpretazioni della dignità umana, come status comune a tutti gli esseri umani o come valore che fonda quello status, coincidano con le due interpretazioni dell'idea di eguaglianza di base o fondamentale che ho distinto (v. paragrafo 2).

È possibile individuare un legame anche tra l'idea di dignità umana e le idee di eguaglianza di trattamento (v. paragrafo 3) ed eguaglianza di opportunità (v. paragrafo 4). Di per sé la dignità

¹⁷ Si vedano, rispettivamente, J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008, e G. KATEB, *Human Dignity*, Cambridge (MA), 2011.

umana non è un principio: non è immediatamente prescrittiva. Il principio associato alla dignità umana è il principio del rispetto per la dignità degli esseri umani, che può essere considerato una specificazione dell'idea di eguaglianza di trattamento. Il principio del rispetto per la dignità umana è passibile di diverse interpretazioni.

Alcune concezioni della dignità umana, in genere ma non sempre di matrice religiosa, tendono a interpretare il principio del rispetto per la dignità umana come un principio assoluto, che esclude che gli esseri umani possano mai essere trattati in certi modi, neppure con il loro consenso o su loro richiesta. La dignità umana, secondo queste concezioni, individuerrebbe un bene indisponibile, inerente a ogni essere umano, che porrebbe dei limiti non solo a ciò che gli esseri umani possono fare gli uni agli altri, ma anche a ciò che gli esseri umani possono fare a e di se stessi. A seconda delle interpretazioni, ad esempio, il rispetto della dignità umana renderebbe sempre inammissibile la soppressione di un essere umano, escludendo la possibilità dell'eutanasia e del suicidio assistito, e/o ogni forma di sfruttamento commerciale (“mercificazione”) del corpo umano o delle sue parti, dalla prostituzione alla compravendita di liquidi, tessuti e organi corporei. Così intesa la dignità umana si contrappone all'autonomia e pone dei limiti alla sovranità personale. La tutela della dignità umana, così intesa, richiede che ci si adoperi al fine di garantire a ogni essere umano condizioni di vita “dignitose”, compatibili con il rispetto della dignità umana. La garanzia di un minimo vitale, che è parte dell'idea di eguaglianza di opportunità, può essere intesa come mezzo a tutela della dignità umana.

Diversamente da quelle concezioni, altre concezioni della dignità umana, più liberali, legano la dignità umana all'autonomia: l'autonomia, la capacità di decidere da sé, in base alla propria visione del mondo e della felicità, come vivere la propria vita è ciò che conferisce alla persona la propria dignità. Il rispetto della dignità umana, pertanto, richiede che si riconosca a ogni persona il diritto di vivere la propria vita nel modo che ritiene meglio per sé, in base alle proprie convinzioni e alla propria valutazione delle circostanze in cui si trova, con il solo limite del rispetto dei diritti altrui. Nega-

re a una persona adulta e capace di intendere e volere quel diritto significa trattarla come un bambino incapace di provvedere a se stesso e ciò è incompatibile con il rispetto della sua dignità. Chi si arroga il diritto di dire agli altri come devono vivere la propria vita, peraltro, pretende di essere in grado di decidere cosa sia nel loro interesse meglio di loro e ciò equivale a una negazione anche dell'idea di eguaglianza. Ovviamente, anche da una prospettiva liberale è possibile riconoscere come l'autonomia, la capacità di scegliere, non sia qualcosa che può essere dato per scontato, bensì qualcosa che va coltivato, e come la si possa esercitare al meglio solo in presenza di un insieme adeguato di opportunità tra cui scegliere. Secondo l'interpretazione liberale-solidale dell'eguaglianza di opportunità l'impegno dei soggetti pubblici dovrebbe essere diretto a coltivare l'autonomia delle persone e a creare le condizioni affinché essa possa essere esercitata al meglio.

L'UGUAGLIANZA TRA VALUTAZIONE RAZIONALE ED ELABORAZIONE COGNITIVA

NICOLA MUFFATO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

SOMMARIO: Introduzione. 1. Uguaglianza e rilevanza. – 2. Uguaglianza e ragionevolezza. – 3. Uguaglianza e normatività. – 4. Uguaglianza e “pensiero veloce”.

Introduzione

Il presente intervento ha il modesto proposito di indicare una possibile linea di ricerca – per le scienze sociali, le neuroscienze e la psicologia del giudizio – negli studi dedicati al principio di uguaglianza giuridica, consacrato dall'art. 3 della nostra Costituzione. Inizierò da una schematica analisi del concetto di uguaglianza (nel suo uso comune, al di fuori della matematica e delle sue applicazioni), mostrando le sue relazioni interne con le nozioni di rilevanza (paragrafo 1) e ragionevolezza (paragrafo 2). Tali concetti sono tradizionalmente visti come proprietà normative, nel duplice senso di “frutto di giudizi normativi o valutativi” e di “aventi a oggetto norme”. Ma essi – o meglio, le azioni che ne realizzano istanze – possono anche essere l'oggetto di norme, come i principi di uguaglianza e di ragionevolezza. Tuttavia, data una certa concezione dei limiti psicologici della razionalità, suggerirò che potrebbe essere interessante esaminare l'ipotesi che in alcuni casi il giudizio di uguaglianza tra fattispecie generali e astratte non sia guidato da considerazioni normative (giuridiche, politiche, morali) sottoposte a un filtro di ragionevolezza, bensì da quello che Daniel Kahneman ha chiamato “pensiero veloce”¹.

¹ Cfr. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, trad. it. di L. Serra, Milano, 2013.

1. Uguaglianza e rilevanza

L'uguaglianza è una relazione tra almeno due casi (nel lessico giuridico, “fattispecie”), ma occorre subito distinguere tra casi individuali e concreti e casi generali e astratti.

Quando si parla di casi individuali, l'uguaglianza è definita come una relazione riflessiva ($\forall x, x = x$) che verifica lo schema $\forall x, y, [x = y] \rightarrow [P(x) \leftrightarrow P(y)]$, dove P è un predicato qualunque. Poiché ciascun caso individuale e concreto istanzia infinite proprietà designabili mediante P , nella pratica nessuna coppia di casi particolari può dividerle tutte²; pertanto, la relazione di uguaglianza tra casi individuali non prescinde mai dal modo in cui essi sono delineati, cioè dalle proprietà che si *selezionano* per caratterizzarli³. La selezione avviene per astrazione e porta alla costruzione di un caso generale: due casi individuali sono quindi uguali quando entrambi *appartengono* a un caso generale, come singoli elementi che appartengono a un insieme.

Ma la relazione di uguaglianza può intercorrere anche tra casi generali. Qui essa è definita come un tipo speciale di relazione d'*inclusione logica* caratterizzata da tre proprietà: riflessività, transitività e antisimmetria⁴. In particolare, è proprio l'anti-simmetria a permettere di affermare che, dati due insiemi di casi individuali A e B , A è uguale a B se, e solo se, A è incluso in B e B è incluso in A ($A = B \leftrightarrow A \subseteq B \wedge B \subseteq A$), e quindi ogni elemento di A appartiene a B e ogni elemento

² Non vale dunque la formula della logica del secondo ordine “ $\forall x, y, x = y \rightarrow \forall P[P(x) \leftrightarrow P(y)]$ ”.

³ Nell'ambito del diritto, alla descrizione “naturalistica” dei fatti del caso si aggiunge la loro qualificazione giuridica, di talché il procedimento di selezione ha una struttura più complessa.

⁴ Una relazione binaria R in un insieme X è *simmetrica* se e solo se, presi due elementi qualsiasi a e b , vale che se a è in relazione con b , allora anche b è in relazione con a . Una relazione R in X è detta invece *antisimmetrica* se, presi comunque due elementi a e b in X , se a è in relazione con b e b è in relazione con a , allora $a = b$. La definizione di relazione antisimmetrica tra membri di un insieme impiega come *definiens* il concetto di uguaglianza tra individui; la definizione di relazione antisimmetrica tra insiemi, che usiamo per definirne l'uguaglianza, è definita quindi in termini di uguaglianza tra individui.

di B appartiene ad A . Tuttavia, qui A e B sono costruiti come mere collezioni di elementi, senza esplicitare quali caratteristiche di tali elementi ne giustifichino il raggruppamento. Se invece A e B sono costruiti intensionalmente, cioè sulla base di alcune caratteristiche comuni ai loro elementi, per capire se A e B sono uguali ci basta verificare se i criteri di appartenenza che li definiscono coincidono. Nella pratica, peraltro, è proprio questo confronto a risultare problematico, in quanto richiede che i criteri di appartenenza rispettivamente ad A e a B siano già dati in modo indipendente gli uni dagli altri e, soprattutto, rispetto ai fini della comparazione, mentre in realtà sono proprio questi ultimi a rendere rilevanti le proprietà di A e B rispetto alle quali si formula un giudizio di uguaglianza.

Riassumendo: l'uguaglianza tra casi individuali o tra classi (improprie) di casi individuali non può essere assoluta, ma solo *relativa* ad alcune proprietà degli stessi, considerate rilevanti (importanti, significative) a certi fini: *non c'è (giudizio di) uguaglianza senza (giudizio di) rilevanza*. In questo senso, dire di due casi che sono uguali non è troppo diverso dal dire che sono *simili*: la minor forza retorica di un *giudizio di somiglianza* o di *analogia* rispetto a uno di uguaglianza consiste nel fatto che mentre il primo lascia intendere che i due casi comparati non sono solo uguali sotto alcuni aspetti, ma *anche* diversi per certi altri, potenzialmente rilevanti in altri contesti (cfr. *infra*, paragrafo 4), il secondo assume, almeno provvisoriamente, l'irrilevanza delle differenze⁵.

La rilevanza della o delle proprietà rispetto alle quali A e B sono uguali è una meta-proprietà (una proprietà delle proprietà prese in considerazione)

- (i) *relazionale* – una proprietà x è sempre rilevante rispetto a un atteggiamento teorico o pratico o a un contenuto di significato y ;
- (ii) *relativa* – la rilevanza di x per y dipende sempre da un contesto C ⁶;

⁵ Cfr. G. TARELLO, *Su "uguaglianza"*, in AA. VV., *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. Castignone, Bologna, 1989, 351.

⁶ Così, l'informazione rispetto alla misura dei tre lati di un triangolo scaleno è rilevante *per* formulare un giudizio teorico sulla sua area (relazionalità) *in virtù* della formula di Erone (relatività).

(iii) *normativa o valutativa* – essa è sempre frutto di una valutazione, di un giudizio di valore⁷, e viene predicata in vista di una conseguenza pratica (se non altro nell’elaborazione di una classificazione funzionale a una presentazione perspicua o a una ricostruzione teorica). Nei contesti che qui interessano tale conseguenza pratica è una qualificazione normativa giuridica.

In logica dei sistemi normativi⁸, tuttavia, si definisce la rilevanza di una proprietà p per la definizione di una fattispecie generale e astratta F , cui è collegata la conseguenza normativa CN (per es., un divieto o una pretesa), come quella condizione per cui, in un caso complementare a F (cioè $\neg F$) definito dall’assenza di p (cioè da $\neg p$), si dà una conseguenza normativa *diversa* rispetto a CN (per es., rispettivamente, un permesso o un obbligo). Detto altrimenti: la rilevanza di p nella costruzione di F (e $\neg F$) è funzionale alla differenza che p fa sul piano di CN . Se A e B sono accomunate da p , allora apparterranno a o saranno incluse in F , e a esse seguirà CN ; viceversa, se A e B differiscono rispetto a p , ma CN è la stessa per entrambe, allora p è (o meglio, è stata considerata dall’autorità nomopoietica) irrilevante nella costruzione della fattispecie F che le comprende.

Segue da ciò che, per applicare (correttamente – e la correttezza in questione è puramente logico-semiotica⁹) una norma del tipo

⁷ Su questo punto ha insistito G. TARELLO, *Su “uguaglianza”*, cit., 351 ss. Ciò non significa, peraltro, al contrario di quanto pare sostenere Tarello, che una volta stabilite le proprietà rilevanti un giudizio di uguaglianza non possa avere carattere descrittivo (non normativo-valutativo). In realtà, il problema consiste nel distinguere quei contesti in cui le considerazioni di rilevanza si possono esaurire preliminarmente, delimitando l’universo del discorso, da quelli in cui ciò sembra non possa avvenire (è questa una tesi “particolarista” in ambito pratico: cfr. *infra* paragrafo 2). Il punto è stato efficacemente rimarcato in G. WEILER, *On Relevance, in Mind*, 71/284, 1962, 488.

⁸ Cfr. il fondamentale C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi*, trad. it. di G.B. Ratti, Torino, 2005, 129-135.

⁹ “Logico-semiotica” nel senso che l’atto linguistico mediante il quale si emana una norma generale e astratta è fondato sull’assunzione o pretesa discorsiva che essa si applichi a *tutti* i casi che ricadono sotto la fattispecie.

$F \rightarrow CN$, occorra applicarla a *tutti* i casi sussumibili sotto F , che condividono la proprietà rilevante p . Qui, l'uguaglianza tra i casi cui è applicabile CN può essere considerata puramente *formale* – in quanto prescinde da quale sia il criterio di rilevanza adottato – ed equivale senz'altro alla *generalità* della norma¹⁰. Se B gode della proprietà p ma, a differenza di A che pure ne gode, non viene sussunto sotto F e non gli viene applicata CN , diremo che vi è stato un errore di applicazione – salvo che vi siano ulteriori giustificazioni, ma ciò apre un discorso di diverso ordine: infatti, una cosa è affermare che l'ambito di applicazione di una norma comprende tutte le fattispecie concrete uguali rispetto a una certa proprietà, un altro è affermare che tale norma *debba* (in senso etico-politico o giuridico), tutto considerato, essere applicata. Ritorrerò tra poco su quest'ultimo punto, ma anticipo qui che l'enunciato “tratta i casi uguali in modo uguale”, inteso come imperativo o norma, prescrive solo di rispettare la generalità di $F \rightarrow CN$ applicandola a tutti i casi sussumibili sotto F , senza eccezione¹¹. In tal senso, esso opera come una *massima di universalizzabilità*: un giudizio normativo su un caso concreto è moralmente corretto solo se a partire da esso si può ricostruire una norma generale e astratta che copra tutti i casi dotati delle stesse proprietà rilevanti¹².

¹⁰ In logica dei predicati tale generalità è espressa mediante quantificatori universali che vincolano le variabili (i termini generali, appunto) che figurano nell'antecedente e nel conseguente dell'enunciato normativo. Cfr. G. TARELLO, *Formule di giustizia, giustizia formale e logica formale*, in AA. VV., *Il problema della giustizia*, Milano, 1962, 183ss; V. GIORDANO, “Uguaglianza”: *quantificatore universale?*, in V. Giordano, P. Langford, *Judicial Decision-Making: Artificio, razionalità, valori*, Torino, 2017.

¹¹ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'uguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in Id., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995.

¹² Cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. di G. Vidari, Pavia, 1910, p. 50: «Agisci unicamente secondo quella massima che tu puoi volere, nello stesso tempo, che divenga una legge universale».

2. Uguaglianza e ragionevolezza

Secondo un'opinione diffusa e risalente, un giudizio di rilevanza è frutto di una deliberazione che soppesa (fuor di metafora: valuta) delle *ragioni* pro o contro l'utilizzo di una certa proprietà al fine di equiparare o distinguere tra classi di casi dato un certo scopo. Le ragioni per equiparare o distinguere tra due classi di casi *A* e *B* sono dunque ragioni per attribuire o non attribuire ad *A* e/o a *B* determinate *CN* imputate a *F*¹³. Di converso, da un lato, la rilevanza delle proprietà definitorie di un caso generale non è un attributo oggettivo già dato, comune a tutti i casi individuali confrontati o confrontabili, ma dipende da chi la valuta, dall'altro, si compara per una ragione, ma *comparaison n'est pas raison*. La valutazione delle ragioni per differenziare o eguagliare fattispecie ha natura etico-politica *sostanziale* e comporta (sovente, ancorché non necessariamente) il ricorso a una teoria della *giustizia*¹⁴. Simmetricamente, il concetto di giustizia (distributiva, correttiva o retributiva) è connesso per via analitica a quello di uguaglianza¹⁵.

Un controllo sul giudizio di rilevanza e sulla deliberazione pratica che l'ha prodotto equivale dunque a un controllo di *ragionevolezza*. Il concetto di ragionevolezza è alquanto sfuggente¹⁶: non

¹³ Per esempio, le ragioni per considerare costituzionalmente legittima l'inclusione del delitto di ricettazione nel(l'eterogeneo) catalogo di fattispecie cui è riconnessa l'operatività della confisca c.d. "allargata" sono le ragioni per applicare tale misura anche alla ricettazione: tale delitto appare idoneo a determinare un'illecita accumulazione di ricchezza, può essere perpetrato professionalmente o con continuità, e il giudice può comunque valutare di volta in volta se il fatto per cui è intervenuta una condanna valga o meno a fondare la presunzione di origine illecita dei beni.

¹⁴ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. di C. Natali, Roma-Bari, 2005, 1131a, 25-28: «tutti concordano che nelle distribuzioni il giusto deve essere valutato rispetto a un qualche valore, ma, quanto al valore, non tutti accettano di applicare lo stesso».

¹⁵ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 69-70.

¹⁶ Sul tema, la letteratura in ambito giuridico, teorico e dottrinale (specialmente costituzionalistico), è assai cospicua. Mi limito qui a menzionare: AA. VV., *Il*

solo è generico¹⁷, ma anche, con ogni probabilità, essenzialmente o intrinsecamente controverso¹⁸. Comunque, volendo tentare una caratterizzazione minima, si potrebbe sostenere quanto segue: predicando la ragionevolezza di un giudizio di rilevanza *GR* o della correlata norma (“Se [fattispecie], allora [conseguenza normativa]”, $F \rightarrow CN$)¹⁹ si intende affermare che, in una valutazione complessiva legata a un certo contesto problematico, le ragioni a favore di *GR* o $F \rightarrow CN$ superano quelle a loro sfavore – ciò che, dal mio punto di vista, significa semplicemente che le argomentazioni per considerare *p* rilevante nella costruzione di *F* – assimilando, per esempio, i casi *A* e *B* – al fine di attribuire *CN* sono migliori rispetto a quelle per considerarla irrilevante²⁰.

principio di ragionevolezza nella Corte Costituzionale, Riferimenti comparatistici, Milano, 1994; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; Id., *Corte Costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, Bologna, 2009; AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002; AA. VV., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Torino, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013/1, S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati*, Milano, 2008; Id., *Reasonableness*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2015.

¹⁷ A riprova della scarsa precisione con cui il concetto (e il relativo termine) viene utilizzato, si riscontra frequentemente in dottrina e in giurisprudenza la sua fungibilità con altre nozioni quali “coerenza”, “non contraddittorietà”, “adeguatezza allo scopo”, “non arbitrarietà”, “equità”, “congruità”, “proporzionalità”, “razionalità”. Invero, si tratta di nozioni che in ambito filosofico sono tenute ben distinte, pur intrattenendo reciprocamente una serie di profonde relazioni.

¹⁸ Cfr. W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society. New Series*, 56, 1955-1956, 167-198.

¹⁹ In altri contesti, si può predicare la ragionevolezza direttamente di condotte o di risultati di condotte (per es., affidamento, dubbio, sicurezza, durata). Tuttavia, a me pare che questi usi siano metonimici: a ben vedere, infatti, la ragionevolezza si predica di comportamenti descritti in un certo modo, cioè in quanto caratterizzati da determinate proprietà.

²⁰ Dal mio punto di vista, dunque, per affermare che una certa soluzione a un problema è ragionevole non basta che sia sostenuta da una ragione

La superiorità di alcune ragioni su altre dipende da vari standard: quantità e qualità (consistenza, coerenza, precisione) delle informazioni disponibili; identificabilità, “parametrabilità” e condivisibilità dei valori o degli obiettivi che fungono da punto di partenza nell’argomentazione; idoneità della norma a realizzarli, coerenza di quest’ultima con altre norme; ecc. Una questione meta-etica assai discussa concerne la possibilità di accedere a un ordine definitivo, stabile, di ragioni a favore delle soluzioni normative collegate a ciascuna classe di situazioni.

In base a una concezione denominata “generalista”, una deliberazione pratica razionale può e deve avvenire applicando norme generali e astratte a casi particolari (individuali e concreti) secondo un modello sussuntivo-deduttivo. Tale modello di decisione è legato concettualmente alla legge logica del rinforzo dell’antecedente (nonché allo schema di inferenza *modus ponens*) e alla tesi meta-etica secondo cui è possibile identificare un universo del discorso delimitato, un insieme chiuso di condizioni – o proprietà di circostanze – *invariabilmente* rilevanti e sufficienti al fine dell’applicazione di una certa qualificazione normativa²¹. Questi criteri

qualsivoglia o da una ragione dotata di un peso considerevole. Occorre invece che tale soluzione risulti comparativamente la migliore, rispetto a un certo assetto o equilibrio di valori e obiettivi, perché sostenuta da una o più ragioni che prevalgono in un bilanciamento. Di conseguenza, ritengo che parlare di una ragionevolezza c.d. “irrelata” o “intrinseca” costituisca una *contradictio in adiecto*: nel giudicare la ragionevolezza di una soluzione normativa non si tiene (dovrebbe tenere, a rigore) mai conto solo di quella soluzione e delle ragioni che la sostengono, ma anche delle ragioni che la avversano e di quelle che giustificherebbero altre soluzioni. Il fatto che in un’argomentazione a volte si parli di “ragionevolezza” senza sottolineare gli aspetti comparativi del relativo giudizio costituisce l’espressione di una scelta retorica, per quanto potenzialmente gravida di conseguenze sul piano giuridico (mi riferisco alla delimitazione del *thema decidendum*). Su questo punto, cfr. A. CERRI, *Il principio di uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 49 ss.

²¹ Tale concezione è ben esemplificata da I. KANT, *Sul presunto diritto di mentire per l’amore dell’umanità*, trad. it. di E. Tetamo, in I. KANT, B. CONSTANT, *La verità e la menzogna. Dialogo sulla fondazione morale della politica*, a cura di A. Tagliapietra, Milano, 1996, pp. 302-303 «Tutti i principi pratico-giuridici devono essere

di identificazione sarebbero riassunti mediante una *tesi di rilevanza ultima*. Per il generalismo l'ordine di prevalenza e precedenza delle ragioni è, *ceteris paribus*, definitivo e non residua spazio per revisioni dettate dalle particolarità dei vari casi sulla base di considerazioni di ragionevolezza.

La concezione opposta, denominata “particolarista”²², nega che il ragionamento pratico – o forse: la razionalità pratica nelle sue manifestazioni – possa essere ricostruito adeguatamente nei termini del modello sussuntivo-deduttivo: la soluzione di un problema pratico non dipende dall'applicazione di una norma generale pre-costituita al caso particolare in esame. E ciò perché non è possibile identificare un sistema chiuso di proprietà di circostanze invariabilmente rilevanti e sufficienti ai fini della ricostruzione di una norma generale sotto la quale sussumere i casi particolari: è impossibile elaborare, *a priori* o *a posteriori*, una tesi di rilevanza ultima, non soggetta a revisioni e/o espansioni²³, in grado di sostenere il rinforzo dell'antecedente che permette l'applicabilità dell'inferenza *modus*

rigorosamente veritieri, e anche i principi intermedi che abbiamo nominato in precedenza possono al più contenere una determinazione più precisa (secondo le regole della politica) di applicabilità a casi possibili, ma non possono in alcun caso comportare delle eccezioni a quei principi, in quanto tali eccezioni distruggono quell'universalità che, sola, consente di chiamarli principi fondanti».

²² Forse il primo autore ad aver articolato una posizione particolarista è stato ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 1137b, 11-27: «l'equo è giusto, ma non lo è secondo la legge, al contrario è una correzione del giusto legale. Ne è causa il fatto che ogni legge è universale, ma su certi argomenti non è possibile pronunciarsi correttamente in forma universale. [In tali casi] l'errore non sta nella legge né nel legislatore, ma nella natura della cosa: infatti la materia dell'azione è senz'altro di questo tipo. Quindi, quando la legge si pronuncia in generale, e nell'ambito dell'azione accade qualcosa che va contro l'universale, è giusto correggere l'omissione, là ove il legislatore ha tralasciato il caso e ha sbagliato perché si è pronunciato in generale [...] E questa è la natura dell'equo, di essere correzione della legge, nella misura in cui essa viene meno a causa della sua formulazione universale».

²³ Cfr. B. CELANO, *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, in *Ragion pratica*, 25, 2005, 476-478. Analogamente, il giudizio di ragionevolezza su una distinzione o un'equiparazione tra casi è in linea di principio sempre rivedibile.

ponens. Detto altrimenti: l'identità di una norma non può essere fissata una volta per tutte, bensì (ammesso e non concesso che abbia senso parlare di "identità di norme") viene plasmata e riconfigurata a ogni applicazione a ciascun caso particolare.

Per un particolarista, le proprietà rilevanti ai fini di una qualificazione normativa e le ragioni adducibili a favore o contro una decisione *possono* variare da caso particolare a caso particolare in modo contingente (tesi della "contingenza delle ragioni")²⁴ e vanno di volta in volta bilanciate; le norme generali e astratte sono mere *massime di esperienza* (*rules of thumb*), generalizzazioni di decisioni particolari prese in passato e in condizioni epistemiche considerate adeguate: in situazioni di deliberazione caratterizzate da incertezza o elevati costi decisionali, tali massime stabiliscono che se un caso particolare istanzia certe proprietà, vi sono ragioni *per credere* che risultino applicabili le ragioni pratiche il cui bilanciamento ha portato alle decisioni che hanno costituito la base della generalizzazione, e quindi quest'ultima fornirà a sua volta, per *default*, una ragione *per agire* ("tesi della conformità delle ragioni")²⁵.

Tuttavia, se un agente *non* opera in situazioni epistemiche inadeguate, tali massime *non* costituiscono un vincolo razionale alla deliberazione: non è detto che la "normalità normativa" riflessa nella massima debba essere seguita nel caso particolare in esame. Ciò non toglie che i nostri giudizi sui casi particolari siano sensibili alle nostre generalizzazioni, così come le generalizzazioni possono essere affinate, specificate, per tenere conto dei casi particolari che si presentano come eccezioni o "esperienze recalcitranti": ma una deliberazione pratica non consiste in un'opera di affinamento delle nostre generalizzazioni, anche perché un tale affinamento si scontra con l'impossibilità di enumerare le proprietà che un contesto *non* deve istanziare per rendere applicabile una certa conseguenza normativa.

²⁴ Cfr. B. CELANO, *Rule of Law y particularismo ético*, in *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, a cura di P. Luque, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, 155.

²⁵ Cfr., *ivi*, 166.

Il particolarismo, così come appena descritto, sembra incompatibile con l'idea stessa di uguaglianza, ma una simile conclusione deve essere opportunamente qualificata e indebolita. Come si è detto, un particolarista non afferma che due casi individuali A e B non possano essere uguali sotto tutte le proprietà giudicate rilevanti da un agente razionale (soggetto alle normali limitazioni epistemiche), né assume che le ragioni a sostegno della conseguenza normativa di A non possano mai coincidere con le ragioni a sostegno della conseguenza normativa di B . Sostiene invece che l'esercizio della ragione pratica è *dialettico* e che il principio di uguaglianza può fungere solo da ideale regolativo di cui tenere conto tra le infinite contingenze della realtà sociale in cui siamo immersi.

Il particolarismo, inoltre, non nega che una norma o una ragione per agire possano essere generali in senso logico-semiotico né rifiuta la massima di universalizzabilità: si limita a non attribuirvi il ruolo centrale che hanno per il generalismo. Infatti, da un lato, le ragioni di un soggetto, per essere tali, devono essere riconoscibili dagli altri consociati²⁶: ma a tale scopo basta la generalità semiotica dei termini del linguaggio di cui ci serviamo. Dall'altro, l'applicabilità della norma di universalizzabilità è controfattuale: il giudizio particolare va generalizzato a tutti i casi che presentino le *stesse* proprietà rilevanti, ma per stabilire quali siano le proprietà rilevanti e se coincidano nei vari casi occorre impegnarsi in un esercizio di ponderazione delle ragioni applicabili nel contesto in cui i casi si presentano. Proprio per questo motivo il particolarismo insiste sulla centralità della ragionevolezza (*ta epieikesterá*) come requisito delle deliberazioni.

Nel quarto paragrafo cercherò di indagare alcuni limiti di quest'ultima concezione, in particolare della tesi secondo cui ogni giudizio di rilevanza è normativo e può essere valutato sotto il profilo della sua ragionevolezza.

²⁶ Cfr. J. RAZ, *Engaging Reason. On the Theory of Value*, Oxford, 1999, 219-225.

3. Uguaglianza e normatività

Veniamo ora al principio di uguaglianza, cioè alla norma che prescrive di trattare casi eguali in modo eguale²⁷. Come s'è detto, in un primo senso essa coincide con la massima di universalizzabilità, che prescrive di rispettare la generalità delle norme da applicare senza che importi quali criteri di rilevanza sono stati di fatto adottati per assimilare o distinguere tra casi. In una seconda declinazione, tuttavia, il principio esige, ai fini dell'applicazione della conseguenza normativa, che l'agente o il decisore (ri)costruisca la fattispecie valutando correttamente la rilevanza/irrelevanza delle proprietà distintive che in essa verranno assunte – e quindi che equipari (uguagli) quando è corretto equiparare e distingua quando è corretto distinguere. Questa correttezza pratica ha come condizione minima la ragionevolezza della deliberazione e della norma cui conduce: il principio di uguaglianza consiste dunque in un *principio di ragionevolezza*. Ma la correttezza pratica può essere intesa in un senso ancor più lato: quali distinzioni e assimilazioni siano corrette è qui una questione *sostanziale* (morale, politica, giuridica), spesso controversa. A ogni buon conto, è possibile osservare che l'uguaglianza formale presuppone che le questioni sostanziali di rilevanza siano state risolte, almeno provvisoriamente, in modo ragionevole.

Per quanto concerne il principio giuridico di uguaglianza nel nostro ordinamento, l'art. 3, comma 1, Cost. *vieta*, com'è noto, al legislatore (in generale, alle autorità dotate di funzioni nomopoietiche) di dettare norme²⁸ discriminatorie nella distribuzione di diritti sulla base di sette specifici criteri di rilevanza – sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche e condizioni personali e sociali.

²⁷ Nel principio «Tratta i casi uguali in modo uguale», riformulabile come il condizionale «Se (almeno) due casi sono uguali, allora trattali in modo uguale», la clausola di uguaglianza contenuta nell'antecedente può essere intesa come una condizione solo sufficiente o come una condizione necessaria e sufficiente. Per esplicitare questa seconda ipotesi si usa aggiungere al principio espresso in forma categorica l'enunciato coordinato «e tratta i casi diversi in modo diverso».

²⁸ *Rectius*: disposizioni che si prestino a essere interpretate come discriminatorie.

Detto altrimenti: la Costituzione *obbliga* il legislatore a considerare irrilevanti ai fini dell'attribuzione di conseguenze giuridiche le caratteristiche menzionate. Correlativamente, esso stabilisce anche un (meta-)diritto dei cittadini *nei confronti* del legislatore: il diritto di ciascun membro della classe a non essere discriminato (a un eguale trattamento) nella distribuzione dei diritti sulla base di quegli specifici criteri di rilevanza distintiva.

Tra i cultori di filosofia politica, teoria generale del diritto e diritto costituzionale si è a lungo discusso sulla tassatività del catalogo dei criteri di distinzione il cui utilizzo è vietato al legislatore. L'orientamento prevalente ormai da decenni in giurisprudenza consiste nell'affermare che tale catalogo è *aperto* e che il divieto è *derogabile*. Il catalogo è aperto perché al legislatore è vietato operare distinzioni anche sulla base di criteri ulteriori, nel caso in cui questi ultimi risultino irragionevoli, nel senso di non sostenuti da ragioni sufficienti. Le distinzioni irragionevoli sono *discriminazioni*: equivalgono a una mancata equiparazione di almeno due classi di casi che si traduce in una mancata estensione della conseguenza giuridica (come il diritto soggettivo da attribuire). D'altra parte, il legislatore può di fatto operare anche equiparazioni irragionevoli tra fattispecie che invece dovrebbero essere tenute distinte sulla base di ragioni che vengono ignorate o sottovalutate²⁹.

In secondo luogo, il divieto di discriminazione sulla base dei criteri nominati previsto dal primo comma dell'art. 3 Cost. è derogabile: il legislatore può decidere di superarlo mediante azioni c.d. "positive" o "affermative", per perseguire l'obiettivo posto dal secondo comma dell'art. 3. Si potrebbe sostenere dunque che l'art. 3, comma 1, Cost. istituisca una presunzione *iuris tantum* di irragionevolezza delle distinzioni tra casi fondate sulle sette proprietà che menziona: tipicamente, la presunzione può essere superata (e il divieto derogato) dal legislatore se vi sono buone ragioni riconducibili alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale (ma anche alla

²⁹ In entrambi i casi si tratta di lacune assiologiche ascrivibili alla fonte normativa: rispettivamente, di lacune di assimilazione tra fattispecie e lacune di differenziazione della fattispecie.

tutela di altri diritti costituzionalmente riconosciuti), posta come obiettivo dal secondo comma dello stesso art. 3, che prevalgono in un bilanciamento con il divieto di discriminazione di cui al comma 1. Di conseguenza, si può intendere che quest'ultimo valga solo per le distinzioni sulla base dei criteri nominati che risultano nel loro complesso *pregiudizievole* ai soggetti discriminati.

Il secondo comma dell'art. 3, nell'attribuire alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto l'uguaglianza dei cittadini, prescrive invece al legislatore di intervenire, nelle dinamiche economiche e sociali, per garantire loro le condizioni minime necessarie ad assicurarne la pari dignità (sociale), un trattamento *as equals*. I liberalisti egualitari concepiscono queste condizioni minime in termini di benessere e diritti sociali, la cui attribuzione deve essere sostenuta economicamente mediante politiche di redistribuzione della ricchezza. Com'è ben noto, la spinta verso l'uguaglianza sostanziale si è tradotta nel corso del Novecento in una proliferazione di norme differenziatrici ed eguagliatrici, speciali e derogatorie, che hanno messo fine all'ideale formalista (radicato nel liberalismo classico "borghese") di un diritto concentrato in poche leggi chiare e generali poste a garanzia dei diritti civili e politici.

Senza entrare nel merito di questa evoluzione e dell'enorme dibattito sulle sue implicazioni, si può rilevare come la difficoltà principale per ogni teoria politica egualitarista consista nella determinazione della *variabile* c.d. "focale"³⁰ – "l'unità di misura" – da impiegare per *confrontare* situazioni fattuali inevitabilmente diverse: la scelta, squisitamente etico-politica, di variabili diverse (ricchezza, reddito, soddisfazione di bisogni, opportunità, libertà di scelta, felicità, utilità, capacità, ecc.) o di un aspetto tra i molti della medesima variabile focale (per es., tra i modi di quantificare il reddito reale, tra le libertà, tra i criteri di felicità)³¹ conduce a giudizi di ugua-

³⁰ Cfr. A. SEN, *La disuguaglianza*, trad. it. di A. Balestrino, Bologna, 2010, 16 ss.

³¹ Uno splendido saggio in cui si confrontano modi diversi di misurare la disuguaglianza di reddito è A. BRANDOLINI, *Strumenti matematici e giudizi di valore nella misurazione della disuguaglianza dei redditi*, in AA.VV., *Matematica e democrazia*, a cura di A. Guerraggio, Milano, 2015.

gianza/disuguaglianza e a “misurazioni” della stessa molto diversi, incidendo sulle ragioni per considerare rilevanti o irrilevanti certe proprietà ulteriori rispetto a quelle assunte nella caratterizzazione della fattispecie più generale.

Riccardo Guastini ha recentemente sostenuto che l'art. 3, comma 1, Cost. non è rivolto soltanto al legislatore, ma può essere visto altresì come limite alla giurisdizione³². Inteso come massima (giuridica) di universalizzabilità, esso rinforzerebbe il principio di legalità ex art. 101, comma 2, Cost., e vieterebbe ai giudici ordinari di interpretare restrittivamente le disposizioni del legislatore nonché di disapplicare le norme generali e astratte adducendo l'esistenza di deroghe implicite ricavabili per via interpretativa dal resto dell'ordinamento o ricorrendo alla tecnica della dissociazione. Da questo punto di vista, il primo comma dell'art. 3 esprimerebbe un'adesione al modello generalista.

Tuttavia, nella misura in cui esso viene interpretato come un principio di ragionevolezza, che vieta sì al legislatore le distinzioni irragionevoli nell'esercizio della sua discrezionalità politica, ma autorizza altrettanto la Corte costituzionale a controllare la ragionevolezza³³ dei bilanciamenti legislativi in chiave garantista (pur senza sconfinare in una valutazione più sostanziale della correttezza pratica delle norme impugnate che rientra nella discrezionalità politica

³² Cfr. R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, 256-258.

³³ Non è infrequente rinvenire nella letteratura una distinzione tra le nozioni di “ragionevolezza” e “non irragionevolezza” riferite all'oggetto e ai limiti del sindacato della Corte costituzionale. Riprendendo un'intuizione di S. ZORZETTO (*La ragionevolezza dei privati*, cit., 282), si potrebbe dire che se le condizioni di ragionevolezza sono intese come necessarie e solo normalmente *sufficienti*, allora quando una delle condizioni necessarie non si verifica, l'oggetto del giudizio è irragionevole: dunque non ragionevolezza e irragionevolezza, ragionevolezza e non irragionevolezza, rispettivamente, si equivalgono. Se invece le condizioni di ragionevolezza sono solo normalmente *necessarie e sufficienti*, allora nulla esclude che al loro non verificarsi ci si trovi in un contesto anormale, in cui potrebbero valere altre condizioni di ragionevolezza, e che quindi non si possa predicare l'irragionevolezza dell'oggetto del giudizio: in base a questa concezione, ragionevolezza e non irragionevolezza non si equivalgono.

di chi le ha emanate) e anzi la obbliga a considerare irrilevanti proprietà distintive selezionate in modo irragionevole dal legislatore, ci si potrebbe chiedere se esso non schiuda le porte al particolarismo nell'ambito del giudizio di costituzionalità.

Quest'ultima ipotesi è meno peregrina di quanto possa a prima vista apparire se si tiene conto della possibilità, sottolineata da alcuni autori, di ricostruire l'oggetto del giudicato costituzionale evidenziandone i profili di individualità e concretezza³⁴. Naturalmente, il precetto impugnato e il *tertium comparationis* sono formulati in termini generali e astratti: ma la Corte è chiamata a *riconsiderare* il bilanciamento legislativo delle ragioni soggiacenti alla qualificazione giuridica per stabilire se esse giustificano la distinzione o l'equiparazione del caso in giudizio ad altro caso, regolato: è questo riesame nei nuovi casi dei rapporti di precedenza e prevalenza tra principi a rendere meno plausibile il modello generalista.

In questa sede, non intendo peraltro stabilire quale modello di decisione, generalista o particolarista, si applichi meglio ai giudizi in via incidentale della Consulta né valutare quale appaia superiore da un punto di vista giusfilosofico o etico-politico. Piuttosto, vorrei indicare un aspetto che mi pare meritevole di attenzione e che, da quanto mi consta, non è stato ancora adeguatamente tematizzato e indagato dalle discipline che si sono occupate e si occupano dei giudizi di rilevanza, uguaglianza e ragionevolezza in ambito giuridico (e particolarmente costituzionale): alludo all'impatto delle evidenze empiriche offerte dalla psicologia e neuropsicologia cognitiva e comportamentale sulla descrizione, comprensione e valutazione delle decisioni giudiziali in punto di diritto³⁵.

³⁴ Cfr. A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 215 ss.

³⁵ L'impatto di tali evidenze sul giudizio di fatto è invece un dato acquisito, sul quale esiste ormai una letteratura sterminata.

4. Uguaglianza e pensiero “veloce”

Sinora il giudizio di uguaglianza (legislativo o giudiziale) è stato presentato come l'esito di un ragionamento pratico più o meno complesso, caratterizzato da quello che Daniel Kahnemann ha chiamato “pensiero lento”³⁶. Le proprietà rilevanti per la costruzione o ricostruzione di una fattispecie sono deliberatamente selezionate in vista delle conseguenze normative da attribuire e in base ad argomenti che muovono da premesse almeno *prima facie* accettabili (*endoxa* dottrinali, precedenti consolidati). Certo, a un'indagine più accurata si potrà a volte riscontrare che l'equiparazione tra alcuni sottocasi e la connessa soluzione non erano ragionevoli, che la fattispecie era mal costruita e così via. Ma la possibilità che si verifichino errori di valutazione e ragionamento non milita contro la normatività del giudizio di rilevanza e del principio di ragionevolezza: rilevanza e ragionevolezza sono proprietà normative, non fattuali.

Tuttavia, anche le giustificazioni hanno una fine: in condizioni *normali*, e oltre un certo punto, dare o chiedere la/e ragione/i di un'azione, di una decisione o di una credenza diviene bizzarro, se non insensato. Alla base di ogni uso della ragione ritroviamo così il senso comune, che si esprime in enunciazioni le quali hanno le *sembianze* di mere affermazioni o giudizi empirici (verificabili o falsificabili) o di valore (condivisibili o contestabili), ma che in realtà (i) sono sottratti al dubbio, all'errore e alla contestazione e (ii) si comportano come regole costitutive (come *grammatische Sätze*) del senso dei loro termini costituenti³⁷: senza una costanza e un accordo nel modo in cui di fatto questi giudizi vengono espressi, qualsiasi cosa un membro della collettività affermasse apparirebbe

³⁶ Cfr. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit. Il pensiero “lento”, di cui gli esseri umani fanno normalmente un uso limitato, sarebbe cosciente, intenzionale, controllabile, cognitivamente impegnativo (richiede attenzione sostenuta, se non vigilanza e concentrazione) e costoso in termini metabolici, gestito da funzioni che hanno luogo prevalentemente nella corteccia prefrontale.

³⁷ Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*, trad. it. di M. Trinchero, Torino, 1978, §§ 124, 149, 205, 206, 494.

all'altro incomprensibile. La differenza tra un accordo nei giudizi empirici e un accordo nei giudizi di valore è che il secondo è molto più limitato e precario del primo.

Questa caratteristica delle pratiche giustificative ha conseguenze sul piano del giudizio di ragionevolezza: in contesti normali e oltre una certa soglia, dire di un giudizio di rilevanza o della corrispondente norma che è ragionevole significa fare appello al senso comune, esentandosi dall'onere di addurre ragioni. Insomma: in questo contesto non serve dare ragioni. In un ambito controverso, invece, predicare la ragionevolezza di una soluzione pratica significa assumere che non è l'unica possibile, che è stato necessario un bilanciamento di ragioni per accreditarla, che tali ragioni sono state o verranno o possono essere esplicitate e che il loro bilanciamento è legato al quadro del problema da esaminare, per quanto nulla escluda la sua rivedibilità in altre situazioni.

Com'è facile intuire, accade spesso che il confine tra i contesti normali e quelli anormali sia molto labile, e in un ambito come il diritto il pericolo che si invochi la ragionevolezza come senso comune – della generalità dei consociati o dei soli giuristi – per dilatare i margini di apprezzamento discrezionale del giudice ed eludere l'obbligo di motivazione è particolarmente avvertito³⁸. Ma un simile rischio è percepito anche nei contesti controversi in cui la ragionevolezza si predica nel secondo senso sopra delineato, nella misura in cui la Corte costituzionale gode di un ampio margine di apprezzamento nel selezionare come termine di raffronto certi elementi della fattispecie (non di rado assai complessa) assunta a *tertium comparationis* e non altri, al fine di valutare il rispetto del principio di uguaglianza³⁹.

Dottrina e teoria del diritto sono abituate a evocare ed esorcizzare gli spettri dell'ideologia e della falsa o cattiva coscienza dei giudici, ad argomentare in modi anche assai sottili sull'ampiezza della loro creatività. Mi pare invece siano meno disposte a concedere credibilità all'ipotesi che i giudizi di rilevanza, uguaglianza

³⁸ Cfr. S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati*, cit., 39-40 e 286.

³⁹ Senza contare che il primo esercizio di discrezionalità nel ricostruire il termine della comparazione viene effettuato dal giudice *a quo*.

e persino di ragionevolezza formulati dalla Corte, in alcuni casi, *non* siano normativi, non costituiscano un esercizio della ragione (generalista o particolarista), bensì abbiano origine al di là dei suoi limiti psicologici e cognitivi, risultando profondamente condizionati da quello che Kahneman ha chiamato “pensiero veloce”. Il pensiero veloce è involontario, non controllabile e spesso non cosciente, direttamente influenzato dalle emozioni; è poco costoso in termini metabolici e poco impegnativo in termini cognitivi: si basa su quanto percepito mediante un’attenzione a basso livello di attivazione, procede mediante intuizioni e associazioni mentali di idee (governa infatti la memoria associativa), applica in modo automatico categorie e stereotipi. Anche se non ce ne rendiamo conto, la maggior parte della nostra vita mentale è occupata da questo tipo di funzioni cognitive⁴⁰.

In particolare, è il pensiero veloce che stabilisce quando un contesto è normale ed elabora/istituisce relazioni semplici di somiglianza tra oggetti e tra idee che trattiamo mentalmente come rappresentazioni della realtà. La descrizione di come ciò avvenga, da un punto di vista neurofisiologico e psicologico, va oltre le mie limitate competenze. Qui posso solo osservare che la somiglianza che ci interessa riguarda fattispecie generali e astratte oppure concetti giuridici, non oggetti concreti: si tratta dunque di una somiglianza concettuale. Ma la somiglianza concettuale può essere parziale o comprensiva, strutturale o relazionale, e i concetti cui si riferisce possono presentare maggiori o minori caratteristiche legate a percezione, rappresentazione mediante immagini, prototipicità, simbolizzazione, componenti valoriali ed emotive⁴¹. Il pensiero veloce tende a focalizzarsi su somiglianze strutturali parziali tra concetti facilmente associabili a proprietà percettive e a prototipi nonché a emozioni ricordate o immaginate.

⁴⁰ Cfr. T. WILSON, *Strangers to Ourselves*, Cambridge (Mass.), 2002.

⁴¹ Sui giudizi di somiglianza, cfr. S. VOSNIADOU, A. ORTONY, *Similarity and Analogical Reasoning*, Cambridge, 1989; D. GENTNER, J. MEDINA, *Similarity and the development of rules*, in *Cognition*, 65/1, 1998; K. WIEMER-HASTINGS, X. XU, *Content Differences for Abstract and Concrete Concepts*, in *Cognitive Sciences*, 29, 2005.

Orbene, l'ipotesi che forse varrebbe la pena prendere in considerazione è la seguente: così come nei casi in cui il ricorso giudiziale alla ragionevolezza rimanda al senso comune, quando la scelta dei profili di comparazione tra fattispecie generali e astratte non è giustificata o viene motivata in modo sbrigativo e poco persuasivo (per es., valendosi di stilemi), il giudizio di rilevanza sulle proprietà dei casi generali da comparare (per assimilarli o distinguerli), e di conseguenza il giudizio di uguaglianza, potrebbero non essere il frutto di una scelta consapevole né l'esito di complessi bilanciamenti o ragionamenti pratici, bensì dipendere, in tutto o in parte, dal pensiero veloce.

Se così fosse, che tali giudizi non siano motivati è a mio avviso meno grave del fatto che possano risentire di errori sistematici: la somiglianza tra due fattispecie potrebbe essere stabilita sulla base delle prime valutazioni che vengono in mente ai giudici (euristica della disponibilità) o del modo in cui il *thema decidendum* è prospettato dal giudice rimettente (effetti di *framing*, *priming* e ancoraggio) o delle emozioni che una certa idea suscita (euristica dell'affetto) o ignorando inconsapevolmente profili di comparazione che richiedono maggiore sforzo cognitivo⁴². Vero è che se il giudice ricorrerà alle intuizioni, si tratterà molto probabilmente di “intuizioni esperite”, in grado di cogliere e rappresentare maggiori profili di comparazione rispetto a un profano e possibili grazie ad anni di istruzione e pratica. Ma nulla esclude che anche tali intuizioni possano rappresentare cristallizzazioni di errori di valutazione – così come la disposizione legislativa può essere la pietrificazione di un bilanciamento irragionevole – o presentare *bias* in favore dello *status quo*.

⁴² Cfr. AA.VV., *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, a cura di T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman, Cambridge, 2002.

DAL PLURALISMO MEDIEVALE ALL'UGUAGLIENZA DEI MODERNI: DISSIMMETRIE TRA STORIA E DIRITTO

DAVIDE ROSSI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

SOMMARIO: 1. Una premessa metodologica. – 2. Presenze ed assenze dell'uguaglianza. – 3. «Finché ci saranno ostacoli alla dignità dell'uomo, la Carta sarà incompiuta».

Una premessa metodologica

Cercare di affrontare, in questa sede e con uno spazio ben delimitato, un tema potenzialmente vastissimo e dalle poliedriche sfaccettature come quello dell'uguaglianza in termini storico-giuridici, impone a chi scrive di condividere con il lettore alcune preliminari scelte metodologiche necessarie per circoscrivere l'oggetto e la prospettiva che si ha intenzione di offrire. L'obiettivo, infatti, è quello di contestualizzare le riflessioni emerse durante la tavola rotonda – e qui ora raccolte –, frutto dell'elaborazione della scienza giuridica dell'ultimo trentennio, anche grazie al contributo giurisprudenziale sia delle Corti italiane quanto di quelle internazionali, tutte volte alla centralizzazione della tutela dei diritti della persona, all'interno, però, di un arco temporale ampio e attraverso quel tortuoso percorso che caratterizza la Storia, fatto di continuità e fratture, di tradizione ed innovazione. Ne affiora una prospettiva differente e da cui poter meglio cogliere il senso della successione dei punti sulla linea, ponendo l'attenzione sulle opzioni culturali di lungo periodo e riducendo la portata di quelle estemporanee o frutto dell'emotivi-

tà, andando oltre la staticità del momento rappresentato dal diritto vigente per inserirsi nel lungo percorso del tempo¹.

La prima considerazione, pertanto, tenderà a far emergere quelle esperienze giuridiche totalmente differenti e lontane dalla nostra contemporaneità, all'interno delle quali l'ordine naturale della società presupponeva disuguaglianze, appartenenze e ceti, tutti elementi percepiti come una sorta di imprescindibile stato di fatto, in un contesto in cui ogni comportamento umano aspirava all'ottenimento della salvezza ultraterrena e all'apice di ogni giudizio valoriale era posto Dio. In questo percorso è certamente l'Illuminismo a sostanziare un vero e proprio iato tra quello che sarà considerato il nuovo mondo, fondato sulla ragione e sulla capacità dell'essere umano di uscire dallo stato di minorità per recuperare piena «dignità»², e il cosiddetto “antico regime”, fortunato termine introdotto proprio durante il periodo rivoluzionario, poi reso celebre grazie all'opera del 1856 di Alexis de Tocqueville *L'Ancien régime et la Révolution*.

Quindi, si cercherà di evidenziare brevemente i tratti di quel modello politico-giuridico che caratterizza il secondo Novecento e che si fonda su un'ulteriore e netta rottura con il passato, proponendosi come obiettivo un nuovo e denso impianto progettuale. Alle fondamenta di questo disegno vi è la democrazia costituzionale³, il cui epifenomeno peculiare appare senza dubbio essere il

¹ Celebre il fortunato titolo del denso saggio di P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, ora nella raccolta ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2008, 3 ss.

² È questo il primo lemma del titolo di questa raccolta di scritti, non a caso termine con cui si chiude il celeberrimo saggio *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo* di IMMANUEL KANT: «quando dunque la natura abbia sviluppato sotto questo duro involucro il seme di cui essa si prende la più tenera cura, e cioè la tendenza e vocazione al *libero pensiero*: allora questo agisce a sua volta gradualmente sul modo di sentire del popolo (attraverso la qual cosa questo diventerà più e più capace della *libertà di agire*), e alla fine addirittura sui principi del *governo*, il quale trova vantaggioso per sé trattare l'uomo, che ormai è *più che una macchina*, in conformità alla sua dignità», qui consultato nel volume a cura di A. TAGLIAPIETRA, Milano, 2000.

³ Sul tema non si può non ricordare le lucide riflessioni di Luigi FERRAJOLI; qui, su tutti, ID., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016.

concetto di «uguaglianza sostanziale», affiorato nella Costituzione Repubblicana in quel capolavoro terminologico che è il secondo comma dell'art. 3, quale perno e motore di tutta una serie di diritti e di garanzie al cui centro gravitazionale vi è la persona.

2. Presenze ed assenze dell'uguaglianza

Intorno alla metà del Settecento l'Accademia di Digione bandiva un concorso su un tema il cui titolo ben evocava il sapore illuminista che stava fermentando nella società dell'epoca e che pervaderà quell'Età dei Lumi che di lì a poco sconvolgerà Parigi, prima, e la cultura occidentale, poi: *Qual è l'origine dell'ineguaglianza tra gli uomini e se essa sia autorizzata dalla legge naturale*. Non era la prima volta che la prestigiosa Accademia della Borgogna proponeva un'iniziativa simile, in quanto, qualche anno prima, aveva già indetto un concorso riguardante *Se il progresso delle scienze e delle arti abbia contribuito a migliorare i costumi*. In questa prima occasione partecipò, risultando vincitore, Jean-Jacques Rousseau, con un saggio in cui rispondeva negativamente alla questione. Il tenore delle argomentazioni e l'ottenimento del premio diedero al filosofo ginevrino una notevole fama, che lo convinsero a partecipare pure al secondo concorso indetto, con un *Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini*⁴, che, però, non ottenne la vittoria, ma conseguì ugualmente una risonanza incredibile. Nel 1755 il saggio venne pubblicato e tradotto in più lingue, diventando subito un riferimento culturale ed elemento di accesi dibattiti, tanto che molte edizioni coeve solevano accompagnarlo con un'asprissima appendice redatta dal notissimo Francois-Marie Arouet, meglio conosciuto come Voltaire, che, per le tesi espresse, lo aveva definito addirittura un «libro contro il genere umano».

Lo scritto di Rousseau, infatti, appare decisamente deflagrante fin dalle prime pagine, in cui si afferma che nello stato di natura l'uomo viva in piena armonia e benessere e che la formazione della società

⁴ Qui si è consultata la versione J.J. ROUSSEAU, *Origine della disuguaglianza*, traduzione e cura di G. PRETI, Milano, 2017, da cui sono tratti pure i virgolettati che seguiranno.

crea immoralità nei costumi ed illegittimità dei comportamenti, rovinando in nuce il benessere dell'umanità. Nello stato civile, infatti, l'uomo è dominato dalla competizione, dalla falsità e dall'oppressione dei suoi simili. Ed individua nell'istituzione della proprietà privata l'origine di ogni male: «il primo che, avendo cintato, un terreno, pensò di sostenere che questo è mio e trovò delle persone abbastanza stupide da credergli, fu il vero fondatore della società civile. Quanti delitti, quanti assassini, quante miserie ed errori avrebbe risparmiato al genere umano chi, strappando i pioli o colmano il fossato, avesse gridato ai suoi simili: guardate dal dare ascolto a questo impostore!».

Tralasciando in questa sede le varie sfaccettature filosofiche e politologiche attorno al concetto di «stato di natura» e che implicitamente contrapporranno Rousseau ad un altro famoso pensatore del XVII secolo quale Thomas Hobbes⁵, è indubbio come l'affermazione di un'uguaglianza di stampo giusnaturalistico quale precondizione e diritto fondamentale di ogni essere umano si imponga fortemente nelle due rivoluzioni di fine Settecento.

I lemmi «libertà» e, appunto, «uguaglianza» diventano il simbolo di una nuova era e nel tempo vengono inscindibilmente associati all'altro termine chiave del linguaggio politico che in quel periodo si sta costruendo, ossia «costituzione»⁶. Sono tutti elementi di quel vocabolario che, unitamente a «sovranità», «patria», «rappresentanza» e «democrazia», rappresenterà il simbolo e connoterà il percorso rigenerativo di matrice illuministica, tendenzialmente riservato a quelle esperienze di governo create da un episodio costituente⁷ e con cui si progetterà e programmerà la modernità. Il triennio

⁵ Per tale prospettiva, amplissima e che avrebbe necessità di approfondimenti che non possono evidentemente trovare agio in questa sede, si rinvia al classico N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx: saggi di storia della filosofia*, Napoli, 1965. Interessanti anche le riflessioni di F. FIORENTINI, *Con e oltre Hobbes: lo stato di natura in John Locke*, in *Annali del Dipartimento di Filosofia*, Firenze, 2008, 53 ss.

⁶ L. MANNORI, *Costituzione. Note sulla emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, (45) 2016, 87 ss.

⁷ Tra i giuristi dell'epoca, precursore di questo clima radicalmente mutato fu senza dubbio G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico (1797)*, Milano, 2008.

giacobino diventa così una vera e propria palestra in cui si cancella l'ordine antico e si fonda una rinnovata struttura statualistica fondata sull'individualismo, la libertà economica, l'articolazione territoriale e le municipalità, l'organizzazione organica della giustizia, l'unità del soggetto giuridico e la forma codice⁸. Nell'arco di pochi anni si impone un rapidissimo sviluppo semantico in cui l'uguaglianza reclama un posto nodale⁹, quale strumento per il superamento delle vecchie appartenenze medievali a favore di una ritemprata dimensione sociale. Al centro di questo progetto politico è posta la «legge», quale enunciato prescrittivo generale ed astratto, la cui validità fonda la propria radice sul presupposto del principio di eguaglianza formale tra gli uomini. La legge, quindi, ha il compito di garantire l'uguaglianza civile rispetto alla disuguaglianza sociale, che dovrebbe nel tempo essere ridotta o, addirittura, eliminata. È sempre la legge lo strumento indispensabile per destrutturare la vecchia società dei privilegi a favore della società degli eguali nei diritti, rinnovando, così, quella critica ai corpi intermedi che, nel fraporsi tra il singolo e lo Stato, non permettono di sviluppare una struttura istituzionale che si fondi, invece, sul diretto binomio tra pubblica autorità ed individuo, all'interno del quale ciascun cittadino – non più suddito – possa costruirsi il proprio destino e modificare la sua condizione di partenza. Lo strumento legislativo, di conseguenza, appare ontologicamente giusto e perfetto, in quanto prodotto “naturale” della Nazione per il tramite dei propri rappresentanti e con il precipuo intento di equilibrare le differenze economiche e di tutelare ogni cittadino, a prescindere dai vecchi schemi legati allo *status* o all'appartenenza cetuale¹⁰.

⁸ R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti, ottava appendice: Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 277 ss.

⁹ F.M. DE SANCTIS, *Dall'uguaglianza fra gli eguali all'uguaglianza degli eguali*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, (44 TOMO I) 2015, 7 ss.

¹⁰ Interessanti sono le riflessioni espresse da un acutissimo pensatore dell'epoca rivoluzionaria quale fu l'abate Sieyès. All'uopo leggasi J.E. SIEYÈS, *Preliminari della Costituzione. Riconoscimento ed esposizione ragionata dei Diritti dell'uomo. Letto il 20 e 21 luglio 1789 al Comitato di Costituzione dall'Abate Sieyès*,

Ma ciò che dall'Ottocento in avanti – seppur con sfaccettature differenti in questa sede non percorribili – si impone e che noi oggi riconosciamo come incontrovertibile e necessaria base di appartenenza alla medesima comunità, non ha un cuore antico, anzi era percepito in maniera affatto differente nei secoli addietro.

La prospettiva per cui «l'eguaglianza si presenta come un'idea assoluta e perfetta, come la soluzione integrale ed ultima dei problemi sociali, come la proiezione dell'immagine dell'uomo ingrandita alla misura stessa di tutta l'umanità»¹¹ è, per l'appunto, un modello che si è strutturato soltanto negli ultimi due secoli, rappresentando una vera e propria rottura con il passato. Nel diversificarsi delle esperienze giuridiche¹², il periodo medievale gode di un ruolo affatto particolare, in quanto connaturato da valori, mentalità e una gerarchia sociale tutta propria e che trova contestualizzazione e senso solamente in quella determinata condizione. Altrettanto può dirsi del pensiero giuridico, che ci appare così lontano ed imperscrutabile se analizzato attraverso gli schemi della nostra contemporaneità, ma trova senso e logicità all'interno di quel determinato contesto storico, rappresentandone coerentemente lo specchio valoriale e rimarcando, così, la discontinuità tra le differenti epoche storiche. Analizzando il mondo medievale, infatti, emerge un sistema di appartenenze micropolitiche e di gerarchie sociali che non si fondano sull'uguaglianza moderna, ma trovano spiegazione e razionalità all'interno di un ordine sociale e giuridico strutturato attorno ad un tessuto di relazioni fondato sulla diversità di ruoli e di posizioni. All'apice di questa struttura vi era Dio e la promessa di una vita eterna e ultraterrena. La piramide era poi costruita attorno alle figu-

in ID., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. TROISI SPAGNOLI, *Scritti Editi*, volume II, Milano, 1993, 375 ss.

Per un panorama sull'argomento, basti qui il richiamo ai saggi raccolti in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2005.

¹¹ R. FROSINI, *Paradosso dell'uguaglianza*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, 540 ss.

¹² Il riferimento è chiaramente al pensiero di Giuseppe Capograssi e di Salvatore Orestano, qui nella splendida voce ID., *Azione*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, 1959, 785 ss.

re dell'Imperatore e del Pontefice, che ne rappresentavano il simbolo immanente della sua presenza sulla terra. Il loro potere non era dispotico o illimitato, ma raffigurava ed esprimeva una parte integrante del sistema. La Corona era emblema di fedeltà verso il popolo e i diritti e doveri regali erano definiti quanto quelli dei sudditi. Ciascuno aveva il proprio posto e ruolo delimitato nel tutto sociale, di fronte al quale si era responsabili. In tale contesto il potere traeva il significato originario da un tipo "corporativo" di organizzazione politica, nella quale l'individuo non aveva valore se non in funzione dell'appartenenza a gruppi tra loro progressivamente connessi in una sorta di scala gerarchica. E il diritto godeva di una centralità particolare e tutta propria, colto come fatto sociale legato alle prassi che emergevano nella quotidianità piuttosto che frutto del potere, come siamo soliti interpretarlo nella nostra contemporaneità. Nella complessità dell'ordine medievale – e qui il riferimento non può essere che alle categorie e all'interpretazione di Paolo Grossi e a quel felicissimo volume dal titolo sintomatico uscito nel 1995 *L'ordine giuridico medievale* – esso manifesta una dimensione originaria e soprattutto plurale, facendo riferimento ad un tessuto relazionale in cui le posizioni di sovra o subordinazione degli uomini sono un dato acquisito e un momento di necessaria interazione. Ben lontani da una visione in cui il sovrano ambisse a creare diritto per via legislativa, la tradizione giuridica scorre attraverso la centralità della consuetudine, il ruolo predominante della dottrina dei giuristi di Diritto Comune e l'*aequitas* canonistica¹³. Ne emerge, quindi, un ordine totalmente avulso dal concetto tutto moderno di Stato di diritto, che, invece, si poggia su irripetibili caratteristiche di separazione e gestione dei poteri e precise modalità di composizione dei conflitti. E saranno soprattutto i giuristi dell'Ottocento a disegnarne abilmente i tratti caratterizzanti e ad *immaginarlo*, ipostatizzando un'esperienza e una realtà che, invece, non è immanente, bensì peculiare di un preciso momento temporale¹⁴.

¹³ Ancora P. GROSSI, *Absolutismo Giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

¹⁴ Così si esprime P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

Viene così delineata una visione di una società e del dato giuridico connaturata da un forte grado di discontinuità con la modernità, manifestando impostazioni e mentalità affatto diversi, ma che hanno rappresentato le fondamenta dell'esperienza giuridica medievale. Attraverso questa prospettiva diacronica, le opzioni valoriali vengono inevitabilmente relativizzate all'interno di una compiuta storicità del diritto e di una consapevole contestualizzazione.

3. «*Finché ci saranno ostacoli alla dignità dell'uomo, la Carta sarà incompiuta*»¹⁵

Concedendomi un salto temporale, il secondo Novecento del Vecchio Continente, dopo aver vissuto un primo cinquantennio caratterizzato dai totalitarismi ideologici e tempestato da conflitti sociali e politici, ha rappresentato il periodo in cui lo Stato, superando – per utilizzare un'espressione tanto cara a Massimo Severo Giannini – la visione monoclasse e aprendosi ad una società pluriclasse, si è contraddistinto per un sempre maggior coinvolgimento nel processo di ampliamento della tutela dei diritti fondamentali e nella promozione dell'uguaglianza, riconoscendone un valore metagiuridico¹⁶.

Tale percorso ha trovato nella norma di rango costituzionale¹⁷ l'alveo perfetto in cui poter estrinsecare tutte le proprie potenzialità. E non è certamente casuale il mio riferimento all'allora giovane docente romano di diritto amministrativo¹⁸, attivo politicamente

¹⁵ Citazione tratta dal celebre e denso di suggestioni intervento di Piero Calamandrei agli studenti di Milano tenuto il 26 gennaio 1955, in ID., *Discorso sulla Costituzione e altri scritti*, Milano, 2007.

¹⁶ M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, (34) 1979, 389 ss.

¹⁷ Interessanti le riflessioni, giuridiche, ma non solo, in A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma, 1984.

¹⁸ Su Giannini, oltre alle molte e fondamentali pagine scritte da un altro grande Maestro, che fu suo allievo, quale Sabino Cassese, qui sono interessanti le riflessioni di M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini (1939-1950)*, vol. I, Milano, 2012 e ID., *Massimo Severo Giannini. Il nuovo ordine democratico tra pluralismo, giustizia sociale e dirigismo economico*, in A. BURATTI e M. FIORAVANTI (a

nelle fila del partito socialista, tanto da ricoprire nel 1945 il nodale ruolo di capo di Gabinetto nel Ministero della Costituente guidato da Pietro Nenni e, quindi, a supportare tecnicamente il padre putativo dell'art. 3¹⁹ del testo Costituzionale, il deputato Lelio Basso²⁰. Assieme sostennero l'idea di una democrazia ad alto tasso partecipativo che superasse la logica liberale – sostenuta, tra tutti, da Guido Astuti – a favore di un'uguaglianza sociale ed effettiva. Se tutto il discorso costituzionale deve puntare al pieno sviluppo delle potenzialità della persona umana e all'effettiva partecipazione del lavoratore al circuito politico, economico e sociale del Paese, la necessaria conseguenza è una visione dinamica delle Istituzioni e del diritto, che diventano lo strumento con cui attuare il programma costituzionale: «uno Stato veramente democratico» – sottolinea sempre Basso – deve «contribuire positivamente, con la sua opera e i suoi interventi, nella vita pubblica e nell'economia, a migliorare la condizione delle masse, limitando, se del caso, l'influenza dei potenti»²¹.

Un dettato, quello dell'art. 3, che va oltre il compromesso e fa emergere una vera e propria convergenza delle varie anime ispiratrici dei lavori della Costituente: infatti, sia i socialisti, quanto i comunisti e i cattolici, ciascuno partendo da presupposti e basi culturali differenti, partecipano attivamente alla formulazione della norma, nella piena convinzione della centralità dell'individuo e del nuovo

cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, 2010, 257 ss.

¹⁹ B. CARAVITA DI TORITTO, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'articolo 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

²⁰ Ci si riferisce alle ricostruzioni offerte di recente da S. CASSESE, *L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: una genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia*, 1/2017, 5 ss e soprattutto agli scritti di Chiara Giorgi, su tutti EAD., *La fantasia giuridica del Costituente: Lelio Basso e il secondo comma dell'articolo 3*, in C. GIORGI (a cura di), *Il progetto costituzionale dell'uguaglianza*, Roma, 2014, 53 ss. Ancora, C. GIORGI, *L'uguaglianza tra diritto e storia (italiana). Momenti e figure di un principio costituzionale*, in *costituzionalismo.it*, fascicolo 3/2017, 55 ss. e EAD., *Il principio di uguaglianza costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2018;

²¹ L. BASSO, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, 1958, 36.

ruolo attribuito allo Stato, ora servente e funzionale alle esigenze del cittadino. Il «lavoro», l'«uguaglianza» e la «dignità» – tutti, direttamente o indirettamente, presenti nell'art. 3 – diventano termini strettamente intrecciati, ciascuno dipendente dall'altro, proponendo una visione costituzionale che non cristallizza solamente il presente, ma che contemporaneamente vuole disegnare e tracciare un futuro. Si prospetta quindi un superamento della visione liberale e statica dello Stato a favore di una società dinamica, in cui le classi lavoratrici possano effettivamente essere coinvolte nel circuito partecipativo della vita pubblica. Il significato dirompente della portata dell'uguaglianza sostanziale²² viene così unito al contenuto dell'altro nodo cruciale del testo partorito in Assemblea Costituente e rappresentato dall'articolo 1, di cui ne simbolizza la piena elaborazione.

Affiora il senso del costituzionalismo contemporaneo che affianca all'esigenza di garantire i diritti individuali ed inviolabili del cittadino quella di prevedere poliedriche forme di tutela ai diritti sociali assunti nella loro storica concretezza e dinamicità e non come dato puramente astratto. Soltanto collegandosi al contenuto dell'intero impianto costituzionale l'uguaglianza può effettivamente diventare sostanziale e dispiegare la sua forza innovativa ed in continua evoluzione, con lo sguardo sempre volto agli emarginati e a quanti maggiormente hanno bisogno di tutele e di garanzie²³. Il secondo comma dell'articolo 3 riesce incredibilmente a rendere operativo un concetto usualmente ancorato a modelli rivoluzionari, creando l'utopia di una Costituzione che non sia immobile e fissa su un punto, ma «rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione»²⁴.

E da cui ancora molto possiamo attenderci.

²² Interessante la raccolta di scritti contenuta in *Percorsi di eguaglianza*, a cura di F. RESCIGNO, Padova, 2016.

²³ S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013.

²⁴ Ancora P. CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione*, cit.

PARTE III
DIGNITÀ ED EGUAGLIANZA:
QUESTIONI DI IMPATTO

QUANTO EGUALI? CITTADINI E STRANIERI TRA PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE

FABIO CORVAJA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

SOMMARIO: 1.1. I testi parametro. Il principio generale di eguaglianza dell'art. 3, primo comma, Cost. – 1.2. Il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU. – 1.3. Ulteriori divieti di discriminazione di fonte internazionale, consuetudinaria e pattizia. – 1.4. Gli imperativi di parità di trattamento e di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea. – 2. I testi non parametro: i principi di pari trattamento o di non discriminazione previsti a livello legislativo. – 3. Quanti tipi di stranieri? La pluralità degli status degli stranieri. – 4. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale: la prima fase. L'eguaglianza limitata al godimento dei diritti fondamentali. – 5. La seconda fase della giurisprudenza costituzionale: la declinazione della eguaglianza in senso oggettivo. – 5.1. La discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'ingresso e dell'autorizzazione al soggiorno dello straniero sul territorio nazionale. – 5.2. Stranieri e diritti sociali. Le limitazioni legate alla titolarità della carta di soggiorno. – 5.3. Stranieri e diritti sociali. I requisiti di residenza protratta. – 5.4. L'eguaglianza nei doveri. – 6. Il riemergere della dimensione soggettiva del principio di eguaglianza. La pretesa al pari trattamento come diritto soggettivo.

1.1. I testi parametro. Il principio generale di eguaglianza dell'art. 3, primo comma, Cost.

Una riflessione che ha ad oggetto gli imperativi di eguaglianza e di non discriminazione con riguardo agli stranieri deve necessariamente muovere dai testi normativi che tali principi, nelle loro varie declinazioni, sanciscono, e ciò anche se tale riflessione intende concentrarsi sull'applicazione che di essi ha fatto la giurisprudenza

costituzionale, giacché le stesse decisioni della Corte costituzionale non possono che misurarsi con gli enunciati che costituiscono il parametro di giudizio.

Viene quindi in considerazione, anzitutto, la proclamazione generale di eguaglianza contenuta nell'art. 3, primo comma, Cost., per cui «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge», in relazione alla quale si deve immediatamente osservare che essa non contempla espressamente, come propri destinatari, gli *uomini*, e dunque un insieme di persone che comprende indistintamente cittadini, stranieri ed apolidi, bensì si rivolge, almeno nella lettera, ai soli *cittadini*.

Ciò a differenza di altri testi costituzionali coevi nei quali il principio generale di eguaglianza è codificato in disposizioni che predicano la eguaglianza di tutti gli uomini: valga l'esempio dell'art. 3, primo comma, della legge fondamentale della Repubblica federale tedesca, il *Grundgesetz*, che appunto recita «*alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*» («tutti gli uomini sono eguali davanti alla legge»).

La Costituzione italiana, invece, ha scelto – in linea con molte altre costituzioni¹ – una formulazione del principio di eguaglianza che si riferisce ai cittadini e tale opzione è confermata nella elencazione, contenuta nello stesso art. 3, primo comma, Cost., delle qualità che non possono costituire indice di distinzione: tra queste, la disposizione indica la lingua, sesso, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali, senza che in questo elenco compaia la cittadinanza o la nazionalità, che, quindi, di per sé, potrebbero costituire un elemento alla base di discipline differenziate.

Il testo dell'art. 3, primo comma, che noi leggiamo nella Costituzione è quello approvato dalla Assemblea costituente nella seduta del 27 dicembre 1947, testo che – come ha ammonito la Corte

¹ Per un esempio vicino si veda la costituzione federale austriaca del 1920, il cui art. 7, primo comma, primo periodo, nel testo originale, recitava «*alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich*» («tutti i cittadini degli Stati membri sono eguali di fronte alla legge») e dopo la novella del 1929 stabilisce che «*alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich*» («tutti i cittadini federali sono eguali di fronte alla legge»).

costituzionale nella sentenza n. 47 del 1991 – non è dato di riscrivere o di sovrascrivere².

Occorre però ricordare che la formulazione finale dell'art. 3, primo comma, Cost., non è quella elaborata dalla prima sottocommissione dell'Assemblea costituente, la quale aveva consapevolmente adottato un testo che predicava l'eguaglianza di «tutti gli uomini» e che espressamente indicava anche la nazionalità tra gli indici in base ai quali non erano ammesse distinzioni³. Nella seduta dell'11 settembre 1946, infatti, la sottocommissione aveva respinto un emendamento diretto a sostituire le parole «tutti gli uomini» con le parole «tutti i cittadini» ed aveva invece accolto l'emendamento diretto ad introdurre la nazionalità nell'elencazione delle distinzioni escluse⁴.

La formulazione di quello che sarà poi approvato come art. 3 della Costituzione uscita dalla prima sottocommissione era dunque

² Corte cost., sent. n. 47 del 1991, in materia di ammissibilità dei referendum in materia elettorale, con cui il giudice costituzionale rifiuta di includere tra le materie sulle quali non è data possibilità di abrogazione popolare la materia elettorale, che non è indicata nell'art. 75, secondo comma, Cost. tra quelle per le quali il referendum non è ammesso, nonostante l'Assemblea costituente avesse approvato un emendamento diretto ad introdurre tale ulteriore esclusione, emendamento poi omissso nel testo della Costituzione sottoposto ad approvazione finale. La Corte avverte che ad essa «non è dato [...] di riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale, quale sancito dalla votazione finale del 27 dicembre 1947» e ricorda che «la Costituzione vale per ciò che risulta scritto in quel testo, promulgato dal Capo provvisorio dello Stato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale».

³ I lavori preparatori dell'art. 3 Cost., per i profili che qui interessano, sono ripercorsi da M. CUNIBERTI, *Cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, 129-132, e da C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, 67 ss.

⁴ Trattasi, rispettivamente, degli emendamenti proposti da Roberto Lucifero, deputato di area monarchica-liberale, e da Giuseppe Dossetti, deputato cristiano-democratico. Si veda il resoconto stenografico della seduta dell'11 settembre 1946, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. VI, 333 ss., consultabile anche in www.nascitadellacostituzione.it. Vanno però segnalate le incertezze, emerse all'interno della sottocommissione, in ordine al significato di “nazionalità”, visto che lo stesso Dossetti riteneva che il suo emendamento fosse compatibile con l'accoglimento di quello proposto da Lucifero.

la seguente: «Gli uomini, a prescindere dalla diversità di attitudini, di sesso, di razza, di nazionalità, di classe, di opinione politica e di religione, sono uguali di fronte alla legge e hanno diritto a uguale trattamento sociale. // È compito perciò della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana e il completo sviluppo fisico, economico, culturale e spirituale di essa».

Il testo è però stato cambiato – quasi si trattasse di una mera modifica formale – dal comitato di redazione, o comitato dei diciotto, cioè dall'organo della assemblea costituente cui era stato affidato il compito di integrare, raccordandole tra di loro, le singole parti del progetto di costituzione elaborate dalle tre sottocommissioni, e che continuerà ad assistere l'assemblea fino alla conclusione dei lavori.

La Commissione dei 75, quindi, ha approvato l'art. 7 del progetto di costituzione con il seguente tenore: «I cittadini, senza distinzione di sesso, di razza e lingua, di condizioni sociali, di opinioni religiose e politiche, sono eguali di fronte alla legge. // È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli d'ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'uguaglianza degli individui e impediscono il completo sviluppo della persona umana»; dove si osserva il ritorno alla formulazione che vede i cittadini quali titolari della eguaglianza e l'eliminazione della nazionalità dall'elenco delle distinzioni squalificate.

Nella seduta pomeridiana del 24 marzo 1947 l'assemblea approva quindi l'art. 7 del progetto che, con poche modifiche, questa volta formali, ci sarà consegnato come l'art. 3 Cost.: «I cittadini, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di condizioni sociali, di religione e di opinioni politiche, hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge. // È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il completo sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale dell'Italia»⁵.

⁵ *Atti dell'Assemblea costituente*, cit., vol. I, 601 s., verbale stenografico della seduta pomeridiana del 24 marzo 1947.

Questa sommaria ricostruzione dei lavori preparatori relativi all'art. 3 Cost. è diretta non a recuperare una intenzione originaria spesso difficile da cogliere e non sempre agevolmente utilizzabile in circostanze mutate rispetto al contesto storico-sociale in cui ha operato l'Assemblea costituente, ma, al contrario, a segnalare le oscillazioni e le incertezze nella elaborazione del testo.

Ciò che più conta, ad ulteriore relativizzazione del dato letterale, è che tali oscillazioni sono rimaste nella stessa disposizione e in quelle ad essa prossime.

Infatti, nel secondo comma dell'art. 3 Cost. compaiono, come destinatari finali della tutela, la persona umana e i lavoratori⁶: e tali figure ritornano nell'art. 2 Cost., che riconosce i diritti fondamentali della *persona umana*, e nelle norme costituzionali che tutelano i *lavoratori* o, più generale, il «lavoro in tutte le sue forme e applicazioni», a partire dall'art. 35, primo comma, Cost.⁷.

Come è stato più volte notato in letteratura⁸, l'interpretazione del dato testuale, che suggerirebbe di leggere la proclamazione di eguaglianza come un “fatto politico” riferito ai soli cittadini, deve tenere conto di una serie di principi costituzionali, quali, appunto, il principio *personalista* e il principio *lavorista*, ma anche il principio *pluralista* (inteso come riconoscimento sia delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità degli individui, sia delle autonomie territoriali, che hanno carattere esponenziale della popolazione residente) e lo stesso principio *democratico*, declinato nel senso sostanziale secondo cui è democratico quell'ordinamento che riconosce

⁶ Segnala questa «porta aperta» nella Costituzione S. CASSESE, *I diritti sociali degli “altri”*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 679, che sottolinea anche l'importanza dell'art. 38, secondo comma, Cost., sulla previdenza garantita ai lavoratori in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

⁷ M. FIORAVANTI, *Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello Stato costituzionale*, in M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018, 379, per il quale i “cittadini” dell'art. 3, primo comma, Cost., sono «tutte le persone che operano nel “Paese” – alle quali si rivolge la “Repubblica” – ancora nelle parole dell'articolo terzo, siano esse italiane o non».

⁸ Specialmente da M. CUNIBERTI, *Cittadinanza*, cit., 169 ss.

ai soggetti che subiscono gli effetti delle decisioni pubbliche un potere di partecipazione ai processi decisionali⁹.

Più in generale, se è condivisibile il rilievo secondo cui la disciplina costituzionale dello straniero appare in equilibrio tra (i) una concezione stato-centrica dei diritti, di cui potrebbe essere espressione anche il testuale riferimento ai cittadini nell'art. 3, primo comma, Cost.; (ii) una concezione personalista, che culmina nella proclamazione dell'art. 2 Cost.; (iii) ed una concezione internazionalistica, per la quale è centrale l'art. 10, secondo comma, Cost., che affida la disciplina della condizione giuridica dello straniero alla legge, in conformità alle norme e a trattati internazionali¹⁰; è altrettanto vero che, al di fuori dei diritti strettamente politici, nel sistema costituzionale la centralità della persona umana e dei suoi bisogni appare determinante nella lettura delle singole previsioni costituzionali sui diritti¹¹, non solo per quanto riguarda le libertà negative, ma anche con riferimento ai diritti sociali, normalmente riconosciuti, già sul piano costituzionale, sulla base di criteri di giustizia¹² che prescindono dalla cittadinanza (si pensi al sostegno alle famiglie e alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, sanciti dall'art. 31, primo comma, Cost.; alla tutela della salute, quale diritto dell'individuo e interesse della collettività garantito dall'art. 32 Cost.; alla scuola, aperta a tutti, ai sensi dell'art. 34, primo comma, Cost.; alla già ricordata tutela del lavoro nell'art. 35, primo comma, Cost.; all'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, promosso dall'art. 47, secondo comma, Cost.).

⁹ Ivi, 170.

¹⁰ Per questa ricostruzione si veda M. LOSANA, "Stranieri" e principio costituzionale di eguaglianza, in *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, a cura di A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, Milano, 2018, 67 s.

¹¹ E. CODINI, *Diversi ed eguali. Immigrazione extracomunitaria e principio giuridico di eguaglianza*, Milano, 2002, 118 ss.

¹² Il riferimento ideale è al saggio di M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), Milano, 1987, e alla elaborazione di criteri di distribuzione dei singoli beni secondo principi diversi, riferibili a ciascun tipo di bene.

E dunque è naturale pensare che tale impostazione di fondo della Costituzione governi anche la lettura dell'art. 3, primo comma, Cost., al di là del dato letterale¹³.

Questa provvisoria conclusione è confortata, sempre sul piano delle ipotesi ricostruttive, da almeno quattro elementi.

Il primo è rappresentato dal fatto che, con riferimento agli imperativi di pari dignità sociale e ai singoli divieti di discriminazione sanciti dall'art. 3, primo comma, Cost. (o a taluni di tali divieti), non si può dubitare che essi proteggano anche i non cittadini: questi, certamente, non potrebbero vedersi riconosciuta una minore dignità sociale od essere trattati diversamente sulla base della razza o della religione. Lo stesso vale per il divieto di regolazione arbitraria o irragionevole in assoluto (*Willkürverbot*), che certamente vale anche per le discipline che riguardano gli stranieri.

Il secondo elemento è rappresentato dalla valenza del principio di eguaglianza quale principio eversore delle disparità di trattamento, quale che sia la loro fonte¹⁴: tant'è che si ritiene che esso, pur implicando anche il dovere in capo al legislatore di trattare in modo

¹³ Sulla importanza del dato letterale insistono invece P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino*, in AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 60 ss., e già A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 316 ss., coerentemente con l'idea di fondo che la Costituzione resta un "fatto politico" dei cittadini, che vale, in linea di principio, per i soli cittadini. Peraltro, lo stesso Pace riconosce che gli stranieri sono comunque tutelati dal principio di razionalità/ragionevolezza, che pur fondato nell'art. 3 Cost. è distinto dall'eguaglianza in senso stretto e concerne tutti gli enunciati normativi.

¹⁴ Per un cenno a questa valenza "polemica" della eguaglianza cfr. M. LOSANA, *"Stranieri" e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., 78 s.; per la sottolineatura della originaria matrice giusnaturalistica del principio di eguaglianza come eguaglianza di uomini per natura eguali, E. CODINI, *Diversi ed eguali*, cit., 60 ss. Si vedano poi le considerazioni di V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 8 ss., che mette bene in luce il paradosso per cui il concetto di cittadinanza, nato in funzione uguagliatrice in reazione ad antichi trattamenti differenziati, «finisce oggi, spesso, per costituire il fattore di una delle più significative disuguaglianze giuridiche che sopravvivono al progresso, su questo terreno, della civiltà».

diverse situazioni diverse, conservi una direzione generalizzante ed egualizzante¹⁵, che sarebbe riduttivo non riferire a situazioni che nel tempo presente danno luogo, strutturalmente, a disparità di trattamento: strutturalmente, perché in una situazione in cui lo straniero non ha il diritto di voto e quindi non è rappresentato, è inevitabile che il processo politico, e quindi la legislazione, tenda a privilegiare l'interesse degli elettori (i cittadini, appunto) rispetto a quello dei non elettori (gli stranieri)¹⁶.

In terzo luogo, la declinazione in senso oggettivo del principio di eguaglianza, appunto come principio che impone al legislatore di regolare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse, ha da un lato reso meno drammatico il problema della individuazione, sotto il profilo "soggettivo", dei beneficiari della tutela apprestata dall'art. 3, primo comma, Cost., perché tale principio si atteggia a limite generale per la funzione legislativa e abbraccia potenzialmente ogni situazione regolata¹⁷. Tale svolgimento del principio di eguaglianza, peraltro, non ha reso uno pseudoproblema¹⁸ la questione dei beneficiari della protezione, perché l'identificazione di una pretesa al pari trattamento e del titolare di detta pretesa conserva una specifica rilevanza, anche sul piano del diritto positivo, come si dirà meglio poi.

¹⁵ Sullo schema tipico dei giudizi di eguaglianza vedi sinteticamente G.P. DOLSO, *Art. 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, 2008, 25, anche per il rilievo, ricorrente nella giurisprudenza costituzionale (sent. n. 264 del 2005), secondo cui il principio di eguaglianza implica un *favor* per discipline quanto più generali possibile.

¹⁶ Tale circostanza induce a ritenere che le decisioni del legislatore, quando riguardano gli stranieri, non siano assistite da quella sorta di presunzione di ragionevolezza che vale rispetto alle decisioni assunte da rappresentanti liberamente scelti dai soggetti che le subiscono, e induce quindi ad utilizzare, nel controllo di eguaglianza-ragionevolezza, uno standard di scrutinio più stretto di quello ordinario. Per un cenno al problema vedi A. CERRI, *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, L'Aquila, 1984, 158 s.

¹⁷ La tesi è svolta da L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.

¹⁸ In questi termini, invece, A.S. AGRÒ, *Art. 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna, 1978, 127 s.

Infine, come dimostra la giurisprudenza costituzionale fin dalla sua prima fase, l'interpretazione "estensiva" dell'art. 3, primo comma, Cost., è suggerita anche dalla convergenza delle tutele apprestate dal diritto internazionale e transnazionale, sovente utilizzate congiuntamente (e promiscuamente) con il principio generale di eguaglianza¹⁹.

1.2. *Il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU*

È dunque necessario prendere in esame anche le fonti esterne che assicurano ai non cittadini una relativa eguaglianza, o parità di trattamento, rispetto ai cittadini.

Viene in rilievo, anzitutto, il principio di non discriminazione prescritto dall'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali con riferimento al godimento dei diritti della Convenzione stessa, diritti che sono assicurati a tutti, e dunque anche ai non cittadini²⁰.

La disposizione convenzionale impone agli Stati che sono parti della CEDU di garantire a tutti il godimento delle libertà e di diritti riconosciuti nella Convenzione «senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la

¹⁹ Più in generale, la sostanziale convergenza delle fonti interne ed internazionali sullo status dello straniero era già stata evidenziata da G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella costituzione italiana (asilo – condizione giuridica – estradizione)*, Padova, 1992, 211 ss.

²⁰ Sulla portata e sulla applicazione del principio di non discriminazione si veda – anche per i confronti con il principio costituzionale di eguaglianza – la monografia di G. P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, in particolare 222 ss. sul punto delle discriminazioni in base alla nazionalità. Per l'utilizzo del principio convenzionale di non discriminazione con riferimenti agli stranieri vedi anche A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. cost.*, 2010, 556.

ricchezza, la nascita o ogni altra condizione personale», e pertanto vieta espressamente le discriminazioni fondate sulla cittadinanza. In tal senso, nel contesto della disposizione, va letta la locuzione «origine nazionale», la quale descrive un indice di *classificazione sospetta*, indiziante di regola un contrasto con il divieto convenzionale di discriminazione: tale presunzione è superabile in presenza di ragioni particolarmente stringenti, la cui sussistenza va provata dallo Stato che ha operato la distinzione sulla base della cittadinanza²¹.

In relazione a tale principio di non discriminazione è importante fare subito delle precisazioni.

Anzitutto, a differenza del principio generale di eguaglianza sancito dall'art. 3, primo comma, Cost., che ha assunto un 'dominio' universale, in quanto limite generale alla legge, il principio convenzionale di non discriminazione non ha una esistenza autonoma, in quanto esso è espressamente predicato in riferimento al godimento degli specifici diritti e libertà riconosciuti nella Convenzione, come integrata dai protocolli addizionali²².

Ciò significa che il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU non è mai invocabile in assoluto, come parametro isolato, bensì deve sempre essere utilizzato in combinazione con altre garanzie sostanziali contenute nella Convenzione; significa, in altri termini, che l'art. 14 CEDU non vieta disparità di trattamento in sé e per sé, ma solo disparità di trattamento nell'ambito dei diritti e delle libertà protetti dalla Convenzione ed è solo con riferimento

²¹ G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione*, cit., 222 ss., anche per l'esame dei casi decisi dalla Corte europea.

²² Anche il sistema della CEDU, invero, conosce un principio di eguaglianza formulato in termini più generali, che è prescritto dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 12 alla Convenzione, adottato il 4 novembre 2000 e in vigore dal 1° aprile 2005. Ai sensi di tale previsione «il godimento di ogni diritto disposto da una legge sarà garantito senza alcuna discriminazione per motivi di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o altra opinione, origine nazionale o sociale, associazione ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita o ogni altra condizione». Il protocollo, tuttavia, non è stato ratificato dall'Italia e quindi non è vincolante per il nostro ordinamento.

al campo di applicazione dei diritti e delle libertà convenzionali che il principio di non discriminazione assume valenza generale.

Naturalmente – e questa è la seconda osservazione – quanto più ampio è tale ambito di applicazione delle singole garanzie della Convenzione, tanto più corrispondentemente ampio sarà l'ambito governato dal principio convenzionale di non discriminazione. Così, per esempio, una giurisprudenza espansiva della Corte europea in materia di diritto al rispetto dei propri beni, garantito dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, ha riconosciuto una tutela convenzionale anche in relazione a determinati diritti sociali previsti dalle legislazioni interne, in quanto il “credito” di tali prestazioni è stato considerato un “bene” ai sensi della Convenzione: conseguentemente, l'accesso a tali prestazioni si è ritrovato coperto dal divieto di discriminazione²³.

Illustra bene questa costruzione la sentenza *Gaygusuz c. Austria* del 19 settembre 1996, con la quale la Corte europea ha riconosciuto che la legge austriaca sull'assicurazione per la disoccupazione involontaria, la quale legge escludeva i non cittadini dal beneficio dell'assegno d'urgenza ai disoccupati cessati dalle indennità ordinarie di disoccupazione, a carico dei comuni, era in lesione dell'art. 14 della CEDU combinato con l'art. 1 del Primo protocollo. La pronuncia, dopo aver affermato che il diritto al pagamento dell'assegno di disoccupazione è un diritto di credito che rientra nel capo di applicazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, evidenzia che tale diritto era stato disconosciuto in capo al ricorrente soltanto in ragione della sua nazionalità (turca, anziché austriaca), e dunque operando una distinzione vietata dall'art. 14 della CEDU, posto che tale differenza di trattamento non era sorretta da una ragione oggettiva e ragionevole.

Un altro buon esempio è rappresentato dalla sentenza 8 settembre 2015, *Dhabbi c. Italia*, in cui la Corte europea ha ritenuto che

²³ La giurisprudenza che ha progressivamente allargato il campo di applicazione dell'art. 14 della CEDU, anche allentando il collegamento con le singole garanzie sostanziali della Convenzione, è ben descritta da F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, a cura di F. Sudre, VII edizione, PUF, Parigi, 2015, 103 s.

l'esclusione dei non cittadini dalla attribuzione dell'assegno previsto per famiglie numerose integrasse una violazione dell'art. 14 in combinazione con l'art. 8 della CEDU. Tale seconda disposizione, che obbliga gli Stati parte della Convenzione a rispettare la vita familiare delle persone, è stata considerata dalla Corte invocabile nel caso di specie in ragione del fatto che il riconoscimento del beneficio assistenziale consente allo Stato di dare prova del fatto che esso rispetta la vita familiare nel senso dell'art. 8 CEDU; la prestazione rientra quindi nel campo di applicazione della Convenzione, e ciò rende pertinente il richiamo all'art. 14 della CEDU²⁴.

1.3. *Ulteriori divieti di discriminazione di fonte internazionale, consuetudinaria e pattizia*

Sempre sul piano del diritto sovranazionale, la giurisprudenza costituzionale ha individuato ed utilizzato una norma di diritto internazionale consuetudinario che vieterebbe la discriminazione degli stranieri in quanto tali: tale norma, sul piano interno, vincola il legislatore ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.²⁵.

Nella sentenza n. 306 del 2008, infatti, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme che per gli stranieri subordinavano il riconoscimento del diritto all'indennità di accompagnamento spettante ai disabili totalmente inabili al lavoro, non autonomamente

²⁴ Corte EDU, sentenza *Dhabbi c. Italia*, 8 settembre 2014, § 41.

²⁵ Corte costituzionale, sent. n. 306 del 2008. Sulla importanza di questa decisione si veda V. ONIDA, *Replica*, in AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 420. Per quanto la sentenza in esame non indichi da dove essa ricavi tale norma internazionale, si deve segnalare che un divieto di discriminazione è contenuto nell'art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 15 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, che impone alla legge di proibire qualsiasi discriminazione e di garantire a tutti gli individui «una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra». Sul divieto di discriminazione nei confronti degli stranieri nel diritto internazionale si veda B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, 154 ss.

deambulanti o non autosufficienti, al possesso dei requisiti di reddito stabiliti per la carta di soggiorno e poi per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, e ha ravvisato tale incostituzionalità anche per contrasto con l'art. 10, primo comma, Cost., osservando che «tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato»²⁶.

Ancora, sempre sul piano del diritto internazionale, ma questa volta con valenza settoriale, vanno richiamate le convenzioni della Organizzazione internazionale del lavoro sulla tutela dei lavoratori migranti n. 97 del 1949 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 2 agosto 1952, n. 1305) e n. 143 del 1975 (ratificata e resa esecutiva con legge 10 aprile 1981, n. 158), che recano norme sulla parità di trattamento con i lavoratori nazionali, vincolando gli Stati che ne sono parte rispettivamente ad assicurare agli immigrati trattamenti in materia di sicurezza sociale non meno favorevoli di quelli riconosciuti ai propri cittadini e a garantire ai lavoratori migranti parità di opportunità e di trattamento anche in materia di sicurezza sociale²⁷.

Quando sono coinvolti lavoratori stranieri, tali convenzioni OIL, anche ove fosse riconosciuto loro carattere meramente pro-

²⁶ La pronuncia accoglie la questione anche in riferimento all'art. 3 Cost., stante il carattere irragionevole delle disposizioni denunciate che chiedevano un requisito di reddito minimo per una prestazione assistenziale, e degli artt. 32, 38 e 2 Cost., in considerazione della incisione dei diritti fondamentali della persona alla salute e alla assistenza sociale. La sentenza precisa che il legislatore può subordinare, purché non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni (non dirette a remediare a gravi situazioni di urgenza) alla circostanza che il titolo di autorizzazione dello straniero al soggiorno nello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; ma una volta che il diritto al soggiorno non sia in discussione, «non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini».

²⁷ Sull'importanza delle convenzioni dell'OIL si veda M.D. FERRARA, *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.* 2017, 267 s.

grammatico e non auto-applicativo²⁸, condizionano la validità delle norme che escludono i non cittadini da determinati benefici sociali e sono sovente richiamate nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale e dalla stessa Corte²⁹.

1.4. *Gli imperativi di parità di trattamento e di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*

Norme protettive dei non cittadini sotto il profilo del loro pari trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro sono contenute anche nel diritto dell'Unione europea, primario e derivato.

Il diritto dell'Unione non si occupa soltanto della posizione dei cittadini europei, per i quali l'art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei trattati, e senza pre-

²⁸ Tale carattere ha indotto la giurisprudenza comune, in passato, a negare l'applicazione diretta delle Convenzioni OIL. In questo senso si veda ancora la sentenza della Corte di cassazione, sez. lavoro, 13 novembre 2006, n. 24170, la quale, con riferimento alla legge 10 aprile 1981, n. 158, *Ratifica ed esecuzione delle convenzioni numeri 92, 133 e 143 dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, e specificamente al principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e stranieri, afferma che «la giurisprudenza della Corte ha già precisato che per dare concreta attuazione alle disposizioni della convenzione, non basta l'ordine di esecuzione impartito dalla legge di ratifica, essendo invece necessaria l'emanazione di specifiche norme da parte dello Stato ovvero, secondo l'espressa previsione della convenzione, l'intervento della contrattazione collettiva (Cass., sent. n. 1062 del 1999)».

²⁹ Vedi, ad esempio, Corte cost., sent. n. 454 del 1998, in cui il giudice *a quo* aveva invocato la Convenzione OIL n. 143 del 1975 per sostenere la incostituzionalità della mancata previsione, per i lavoratori extracomunitari aventi titolo per accedere al lavoro subordinato stabile in Italia, della possibilità di iscriversi negli elenchi di cui all'art. 19 della legge n. 482 del 1968 ai fini dell'assunzione obbligatoria, possibilità che invece, secondo la Corte, sussiste in ragione delle norme sulla parità di trattamento contenute nel testo unico sull'immigrazione e in particolare dell'art. 2, comma 3, che sancisce «parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti» per i lavoratori stranieri rispetto ai lavoratori italiani.

giudizio delle disposizioni particolari dagli stessi³⁰, divieto ribadito dall'art. 21, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; ma contiene anche norme riferite agli stranieri non appartenenti alla Unione europea, e in particolare ai familiari dei cittadini europei, ai soggiornanti di lungo periodo, e ai rifugiati.

Anzitutto, l'art. 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che rappresenta «una sorta di “testo unico” del diritto di circolazione»³¹, stabilisce – facendo salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato – che ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante «gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato» ed estende il beneficio di tale diritto al pari trattamento «ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente». In deroga al paragrafo 1, la direttiva consente allo Stato membro ospitante di non attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto per la ricerca di lavoro dall'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), della stessa direttiva.

Nel trasporre la direttiva in esame, il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, *Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, ha recepito nell'art. 19, comma 2, tale principio di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani, ma ha attivato la deroga in relazione al diritto a prestazioni d'assistenza so-

³⁰ Particolari divieti di discriminazione sono dettati in relazione alle diverse libertà di circolazione. Sul rapporto tra il principio generale di non discriminazione e i singoli divieti di discriminazione già contenuti nelle norme sul mercato interno del Trattato che istituisce la Comunità europea si veda C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, 2008, 23 ss.

³¹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI edizione, Padova, 2010, 511.

ziale durante i primi tre mesi di soggiorno o, comunque, nei casi di ingresso per ricerca del lavoro, salvo che tale diritto sia automaticamente riconosciuto in forza dell'attività esercitata o da altre disposizioni di legge.

Con riferimento ai soggiornanti di lungo periodo, vale a dire gli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo – autorizzazione al soggiorno di carattere permanente, in precedenza denominata “carta di soggiorno”³² ed ancora nota con questo nome, invalso nell’uso – l’articolo 11 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, detta un imperativo di parità di trattamento relativo al lavoro, alla istruzione e alla formazione professionale, alle prestazioni sociali, all’assistenza sociale e alla protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale; al paragrafo 4, la disposizione autorizza gli Stati membri a «limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali».

Nel recepire queste norme, il legislatore non ha previsto specifiche deroghe in relazione alle prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale. L’art. 9, comma 12, lett. c), del testo unico sull’immigrazione, infatti, dispone che lo straniero lungo soggiornante possa «usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all’accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l’accesso alla procedura per l’ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica»,

³² L’art. 7 della legge 6 marzo 1998, n. 40, *Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, poi rifluito nell’art. 9 del testo unico sull’immigrazione, denominava “carta di soggiorno” il permesso di soggiorno a tempo indeterminato rilasciato allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio dello stato da almeno cinque anni, titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, e che dimostri di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari. In seguito, l’art. 1 del d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, *Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo*, ne ha cambiato il nome in “permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo”.

sia pure con la precisazione «salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale».

In ogni caso, l'art. 41 dello stesso testo unico, rubricato *assistenza sociale*, già precisava che «gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti».

Tuttavia, va immediatamente avvertito che per quanto la disposizione citata del testo unico comprenda, come beneficiari della equiparazione, gli stranieri titolari di carta di soggiorno e quelli titolari di permessi di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, la norma è stata implicitamente modificata per effetto dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000 n. 388 (legge finanziaria 2001). La disposizione sopravvenuta ha previsto che «l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno», mantenendo l'equiparazione a favore degli stranieri titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno solo «per le altre prestazioni e servizi sociali». Su questa disposizione limitativa, e sulla giurisprudenza costituzionale che l'ha interessata, si tornerà poi.

Ancora, la direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa al permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro, riconosce nell'art. 12 agli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro o che consente lo svolgimento di una attività lavorativa il diritto alla parità di trattamento con i cittadini, non solo in riferimento alle condizioni di lavoro, alla libertà sindacale, alla istruzione e la formazione

professionale, ma anche nel settore della sicurezza sociale, come definito nel regolamento CE n. 883/2004.

Infine, per quanto riguarda i rifugiati, cioè coloro che beneficiano della protezione umanitaria o della protezione sussidiaria, la direttiva 2001/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante «Norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta», prescrive, nel capo VII, una serie di obblighi relativi alla parità di trattamento con i cittadini per quanto riguarda, tra l'altro, l'accesso all'occupazione (art. 26), all'istruzione (art. 27), all'assistenza sociale (art. 29), all'assistenza sanitaria (art. 30) e all'accesso all'alloggio (art. 32).

Con specifico riguardo alla assistenza sociale, l'art. 29, paragrafo 1, della direttiva impegna gli Stati membri a provvedere, affinché i beneficiari di protezione internazionale ricevano, nello Stato membro che ha concesso tale protezione, adeguata assistenza sociale, «alla stregua dei cittadini dello Stato membro in questione»; ma consente agli Stati membri, in deroga alla regola generale di cui al paragrafo 1, di «limitare l'assistenza sociale concessa ai beneficiari dello status di protezione sussidiaria alle prestazioni essenziali, che in tal caso sono offerte allo stesso livello e alle stesse condizioni di ammissibilità previste per i cittadini dello Stato membro in questione».

Peraltro, il legislatore interno, con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18, *Attuazione della direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, non ha esercitato questa facoltà di deroga, ed ha recepito la regola generale della direttiva sancendo, all'art. 27, comma 1, che «i titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria hanno diritto al medesimo trattamento riconosciuto al cittadino italiano in materia di assistenza sociale e sanitaria».

2. I testi non parametro: i principi di pari trattamento o di non discriminazione previsti a livello legislativo

Per completare il quadro dei precetti che impongono un pari trattamento tra stranieri e cittadini (o tra determinate categorie di stranieri e cittadino) occorre menzionare quei testi legislativi che prescrivono tale principio ma non hanno una derivazione internazionale od europea e che quindi non costituiscono, di per sé, un parametro interposto di costituzionalità.

Già nel passare in rassegna le norme dell'Unione Europea in materia di parità di trattamento si è osservato che esse talvolta consentono al legislatore nazionale di introdurre determinate deroghe, ma che sovente la legislazione di recepimento si è limitata a recepire il principio generale, senza attivare le deroghe. Si deve ora aggiungere che norma interposta ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., rimane in questo caso la norma europea (comprensiva della possibilità di deroghe) e non il principio recepito dal legislatore interno.

Tuttavia, in questo caso, così come in altri casi in cui la legge ha deciso autonomamente di statuire in via generale un obbligo di pari trattamento a favore dei non cittadini, il principio, oltre ad imporsi alle fonti secondarie e all'attività amministrativa, può indirettamente incidere anche sul sindacato di ragionevolezza, sia della legislazione regionale, sia di quella statale.

Infatti, a fronte di un principio generale, sia pure di rango legislativo, eventuali disposizioni derogatorie richiedono di essere giustificate, anche sul piano costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza.

Illustra questo modo di ragionare, ad esempio, la sentenza n. 432 del 2005, che sarà esaminata successivamente, ma che si segnala già qui. In essa la Corte costituzionale ha richiamato l'art. 41 del testo unico sull'immigrazione, che equipara gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno ai cittadini italiani ai fini del godimento delle prestazioni di assistenza sociale quale modello («paradigma», dice la sentenza) alla luce del quale sindacare una legge della Regione

Lombardia che aveva riservato ai cittadini italiani un beneficio – il diritto al trasporto gratuito sui mezzi pubblici del sistema di trasporto pubblico regionale – riconosciuto agli invalidi al 100%: in presenza di un principio (sia pure legislativo) che prescrive la parità di trattamento, eventuali deroghe richiedono una stringente giustificazione sul piano costituzionale. Nel caso della sentenza n. 432 del 2005 oggetto di scrutinio era una norma regionale, soggetta ai condizionamenti derivanti dalla legislazione statale nei limiti in cui questa si ponga in posizione di gerarchia rispetto alla legge regionale. Tale profilo, che pure emerge dalla sentenza, non appare però determinante, perché la Corte, dopo aver ricordato che l'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998, qualifica le norme del testo unico, e dunque anche il richiamato art. 41 sulla parità di trattamento nella assistenza sociale, come principi fondamentali nelle materie regionali (nel caso, il trasporto pubblico), lascia espressamente aperta la questione della valenza di tale qualificazione nel quadro del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni risultante dalla legge cost. n. 3 del 2001, ed evidenzia piuttosto il «rilievo generale che quel principio continua a svolgere nel sistema»³³.

Ancora, nel dichiarare la incostituzionalità per violazione degli artt. 2 e 3 Cost. della esclusione dei non cittadini dal servizio civile, la sentenza n. 119 del 2015 richiama anche l'art. 2, comma 2, del testo unico sull'immigrazione, sottolineando che tale norma riconosce allo straniero il godimento dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano. In questo caso, dunque, la previsione generale del testo unico è giocata contro la stessa legge statale³⁴.

³³ Più in generale, in relazione a discipline regionali restrittive dei diritti sociali è stato notato – da P. GIANGASPERO, *Gli spazi per le politiche regionali in materia di tutela dei diritti sociali dei cittadini di Paesi terzi*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. AMADEO, F. SPITALERI, Torino, 2015, 84 ss. – che nella giurisprudenza costituzionale «il TU immigrazione [...] non ha mai fondato dichiarazioni di illegittimità costituzionali costruite attraverso la violazione del TU stesso», preferendo la Corte utilizzare il parametro costituzionale.

³⁴ Sulla sentenza n. 119 del 2015 vedi S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso*

A questi esempi vanno poi aggiunti i numerosi casi di discriminazioni a carico dei non cittadini in cui la giurisprudenza costituzionale ha richiamato le direttive europee e la legislazione di attuazione non come parametro “verticale”, nel senso di norma gerarchicamente sovraordinata a quella scrutinata, ma in senso “orizzontale”, per dimostrare come nel sistema normativo determinate categorie di stranieri avessero accesso a determinati benefici e prestazioni e per evidenziare come l’esclusione determinata dalla norma impugnata risultasse eccentrica e quindi irragionevole³⁵.

3. *Quanti tipi di stranieri? La pluralità degli status di stranieri*

L’esame condotto sopra – sia pure in modo sommario e non esaustivo – dei diversi precetti di eguaglianza evidenzia che la nozione di straniero, identificata in negativo come “non cittadino”, secondo la definizione corrente³⁶, si frammentata in una pluralità

al servizio civile volontario, in *www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it*, 2015, 3, 9, che sottolinea come lo schema decisionale della pronuncia riprenda quello utilizzato dalla sentenza n. 432 del 2005, e C. NARDOCCI, *Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015: quando l’integrazione degli “altri” passa dai doveri*, in *Quad. cost.*, 2015, 1003 ss. In precedenza, con la sentenza n. 309 del 2013, la Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittima una legge della Provincia autonoma di Bolzano che non consentiva agli stranieri di accedere al servizio di volontariato civile: in sede di commento a tale decisione, G. BASCHERINI, *Il servizio civile tra Stato e Regioni, i doveri di solidarietà, la cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 2014, 538 s., aveva sottolineato che l’esclusione dei non cittadini regolarmente soggiornanti dal servizio civile nazionale appariva sempre meno giustificabile sul piano costituzionale.

³⁵ Tra le molte, vedi le sentenze n. 168 del 2014 e n. 107 del 2018.

³⁶ Per la constatazione che le diverse figure di straniero sono caratterizzate «da un solo dato comune, il dato negativo dell’assenza, in capo al soggetto, della qualità di “cittadino italiano”, così come definito dalla legge sulla cittadinanza», si veda E. GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, 159 ss., anche per la conclusione secondo cui non è possibile risalire ad una «nozione unitaria, cui sia riferibile un complesso di diritti e di doveri sufficientemente determinato».

di sottoinsiemi, individuati in positivo sulla base di «aggettivazioni» specifiche³⁷.

Vengono in rilievo, anzitutto, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, in relazione ai quali non è nemmeno più corrente, nell'uso linguistico comune, il ricorso al termine "stranieri", preferendosi parlare di cittadini dell'Unione europea o di cittadini europei, in conformità, del resto, con l'introduzione della cittadinanza europea come nozione che sussume tutti i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

Sul piano delle definizioni normative, del resto, fin dalla legge n. 40 del 1998 e dal testo unico di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, si indicano come stranieri i «cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi».

Accanto ai cittadini europei (e agli «italiani non appartenenti alla Repubblica», che la legge «può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini», secondo quanto prevede l'art. 51, secondo comma, Cost.) si pongono, su di un gradino immediatamente successivo, i cittadini di Stati terzi, che siano familiari di cittadini europei³⁸ e gli stranieri titolari di «carta di soggiorno», ridenominata «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

Esiste poi la grande categoria dei lavoratori migranti, specificamente protetti dalle convenzioni della Organizzazione internazionale del lavoro, e la classe degli stranieri titolari del permesso di soggiorno per motivi di lavoro o che consente lo svolgimento di attività lavorativa, alla quale si riferisce, ad esempio, l'art. 3, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2011/98/UE, la quale – come si è visto sopra – sancisce, all'art. 12, anche un principio di parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro.

³⁷ M.D. FERRARA, *Status degli stranieri e questioni di welfare*, cit., 271. Di «frammentazione orizzontale» dello status di straniero ha parlato F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 217 s.

³⁸ Ai quali si applica il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, *Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, e non il testo unico sull'immigrazione.

Guardando alla legislazione interna, la diversa tipologia di permesso di soggiorno si traduce, sovente, in discipline differenziate anche per quanto riguarda la titolarità dei diritti sociali³⁹.

La stessa giurisprudenza costituzionale tende a ritenere giustificate determinate restrizioni a favore di coloro che dispongono di un titolo di soggiorno che dimostri, oltre che la regolarità del soggiorno, il carattere «non episodico od occasionale» della presenza dello straniero sul territorio nazionale⁴⁰.

Sull'ultimo gradino, infine, sono collocati gli stranieri comunque presenti alla frontiera o sul territorio dello Stato, cioè gli stranieri in condizione di irregolarità, ai quali sono riconosciuti, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del testo unico sull'immigrazione, «i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»⁴¹.

La pluralità degli status di cui sono titolari gli stranieri ha implicazioni anche con riguardo al sindacato di eguaglianza, e tali risvolti possono assumere segno diverso.

A volte, infatti, la circostanza che una determinata categoria di stranieri goda di un certo beneficio in forza di norme internazionali od europee dimostra che quel beneficio non è di per sé condizionato al possesso della cittadinanza italiana; e ciò rende più agevole

³⁹ Sul fenomeno per cui «le condizioni di ingresso e di soggiorno sul territorio e i presupposti di accesso ai diritti sociali tendono a confondersi» vedi F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 218.

⁴⁰ Vedi, tra le molte, le sentenze n. 4 del 2013 e n. 230 del 2015.

⁴¹ Sui diritti spettanti allo straniero irregolare si veda in particolare Corte cost., sent. n. 252 del 2001, relativa al diritto alla salute, il cui «nucleo irriducibile», «quale diritto fondamentale della persona, deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»; in letteratura, cfr. F. SCIUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, in particolare 53 ss.

dimostrare che l'esclusione generale operata sulla base della cittadinanza è ingiustificata⁴².

Altre volte, invece, la tipizzazione di una categoria di stranieri ad opera di una norma interposta viene utilizzata per giustificare disparità di trattamenti rispetto ad altre categorie di stranieri, essendo assunta ad indice della sussistenza di situazioni diverse⁴³.

Questo fenomeno è particolarmente evidente nel doppio standard che riguarda i cittadini di altri Stati della Unione europea⁴⁴, ma la tendenza è emersa anche con riferimento, per esempio, ai titolari di carta di soggiorno, identificati come una subcategoria di stranieri suscettibile di essere differenziata rispetto alla generalità degli stranieri⁴⁵.

Almeno con riferimento alle norme di protezione, tra le quali rientrano i principi di parità di trattamento o di non discriminazione sanciti da norme internazionali ed europee con riferimento a particolari categorie di stranieri, sarebbe però improprio farne derivare un titolo per la giustificazione di trattamenti deteriori a carico delle altre categorie di stranieri.

In primo luogo, infatti, in tali casi la fonte internazionale od europea normalmente protegge solo lo specifico gruppo (rifugiati, lavoratori migranti) per motivi che di solito attengono alla compe-

⁴² Si veda, ad esempio, la sentenza n. 166 del 2018, e le decisioni richiamate alla nota 35.

⁴³ Tale implicazione è bene illustrata da M.D. FERRARA, *Status degli stranieri e questioni di welfare*, cit., 271, la quale osserva che «dall'aggettivazione della nozione di "straniero" [...] è derivata una simultanea delimitazione del principio di parità di trattamento tra cittadini e stranieri».

⁴⁴ Su tale doppio standard vedi B. NASCIMBENE, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario*, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, Milano, 2013, 95 ss.

⁴⁵ Così Corte cost., sent. n. 50 del 2019, relativa all'assegno sociale, in cui si afferma che la carta di soggiorno «rappresenta l'attribuzione di un peculiare status che comporta diritti aggiuntivi rispetto al solo permesso di soggiorno», e in tale premessa si individua la ragione giustificativa della norma che riserva l'assegno sociale ai titolari della carta di soggiorno.

tenza o al fuoco di interesse della fonte, e non per ragioni di meritevolezza comparativa.

In secondo luogo, molto spesso sono tali atti internazionali od europei a segnalare espressamente, in apposite norme, che essi non impediscono una estensione della tutela, e ciò comporta che non possono essere interpretati in senso riduttivo dello standard interno o a giustificazione di disparità di trattamento in danno di altri soggetti.

4. *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale: la prima fase. L'eguaglianza limitata al godimento dei diritti fondamentali*

Nel ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in materia di eguaglianza e stranieri è possibile identificare due fasi principali.

La prima giurisprudenza della Corte costituzionale relativa alla estensione della eguaglianza agli stranieri si orienta su una posizione intermedia tra quella che esclude in radice, in forza della formulazione testuale del principio, la possibilità di riferire l'imperativo di eguaglianza ai non cittadini, e la posizione opposta, che svaluta il dato letterale e ritiene possibile allargare il principio dettato dall'art. 3, primo comma, Cost. anche agli stranieri⁴⁶.

La Corte, infatti, ritiene che il principio costituzionale di eguaglianza sia invocabile dal non cittadino quando si tratti di *diritti fondamentali*.

La pronuncia da cui prende avvio questo indirizzo è la sentenza n. 120 del 1967⁴⁷, che merita di essere esaminata perché in essa è chiaramente delineato lo schema di ragionamento seguito dalla Corte ed emerge l'aporia che caratterizzerà la giurisprudenza di

⁴⁶ Una recente sintesi retrospettiva della prima giurisprudenza costituzionale è offerta da A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, 2018, 68 ss.

⁴⁷ L'importanza della pronuncia per i profili che qui interessano è stata immediatamente colta da M. CHIAVARIO, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati doganali*, in *Giur. cost.* 1968, I, 1581 ss.

questa fase e che, almeno in parte, condizionerà anche le decisioni della fase successiva.

Il caso deciso dalla sentenza n. 120 del 1967 riguardava la previsione dell'art. 139 della legge doganale, ai sensi del quale lo straniero tratto in arresto per i reati di contrabbando doveva essere mantenuto in tale stato finché non avesse prestato idonea cauzione o malleveria.

Il giudice *a quo* denunciava, tra l'altro, la violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., per la disparità di trattamento tra lo straniero, obbligato a prestare tale *cautio pro libertate*, e il cittadino, per cui tale obbligo non sussisteva.

La Corte osserva che il controllo sulla legittimità della norma in riferimento all'art. 3 della Costituzione «non deve farsi con questa norma, isolatamente considerata, ma con la norma stessa in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». La sentenza aggiunge quindi che «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali».

Dunque, il superamento del dato testuale passa attraverso l'utilizzo congiunto di altri parametri costituzionali, e in particolare dell'art. 2 Cost. e dell'art. 10, secondo comma, Cost., qui integrato dalle norme della CEDU e in particolare dall'art. 14 (divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà convenzionali)⁴⁸.

Ciò spiega, sul piano dogmatico, la ragione per la quale il dominio della eguaglianza, in questa fase, è limitato dalla Corte costituzionale al godimento dei diritti fondamentali: siccome l'estensio-

⁴⁸ Che sia stato l'allargamento del parametro agli artt. 2 e 10 Cost. a consentire alla Corte di estendere il principio di eguaglianza agli stranieri è bene illustrato da M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 214 ss.

ne del principio è determinata dalla applicazione congiunta delle norme sui diritti umani fondamentali, è logico che il nuovo campo di applicazione del principio sia individuato con riferimento a tali diritti che ne hanno determinato l'espansione.

Peraltro, in questa prima giurisprudenza, va registrata qualche incertezza sui parametri, perché all'epoca la Corte non si era ancora espressa affermativamente in ordine alla sussistenza di una copertura della CEDU per il tramite dell'art. 10, secondo comma, Cost., con il riconoscimento di una forza di resistenza peculiare alla legge n. 848 del 1955 di esecuzione della Convenzione con riferimento alla posizione dei non cittadini. Si veda, ad esempio, la sentenza n. 104 del 1969, in cui il problema è volutamente eluso, in quanto la Corte si limita a confermare che l'art. 10, primo comma, Cost., si riferisce alle consuetudini internazionali e non al diritto pattizio, e per resto ritiene non necessaria ogni ulteriore indagine sull'argomento⁴⁹. Egualmente, la sentenza n. 144 del 1970 ritiene non necessario approfondire il problema della forza di resistenza della CEDU, essendo ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale il principio, desumibile dagli art. 2, 3 e 10, secondo comma, Cost., della eguaglianza del cittadino nella sfera dei diritti fondamentali.

La premessa sopra riportata – per cui nel capo dei diritti fondamentali vi è eguaglianza tra cittadino e straniero – non conduce tuttavia la Corte costituzionale ad accogliere la questione esaminata dalla sentenza n. 120 del 1967, come invece ci si sarebbe potuti attendere in ragione del fatto che la norma impugnata della legge doganale incideva sicuramente sul diritto fondamentale alla libertà personale, come anche la sentenza riconosce.

La circostanza che si verta nel campo dei diritti fondamentali determina l'applicazione del principio di eguaglianza, ma ciò non

⁴⁹ La decisione, infatti, osserva che anche qualora le norme della CEDU avessero la forza di resistenza attribuitale dal giudice *a quo*, «la soluzione del caso non cambierebbe, non essendo dubitabile che, anche in presenza dei diritti garantiti dai richiamati articoli di detta Convenzione [artt. 8 e 14], abbiano rilevanza le differenze di fatto esistenti fra soggetti tutelati».

implica che il differente trattamento nei confronti dello straniero sia automaticamente illegittimo, bensì determina la necessità di verificare se la diversa disciplina valevole per stranieri e cittadini sia o meno giustificata.

A questo punto si innesta uno dei cortocircuiti che fin dall'inizio riduce la portata innovativa di questo indirizzo⁵⁰. Nel controllo sulla legittimità del diverso trattamento, infatti, entra il *topos* della *diversa posizione* dello straniero rispetto a quella del cittadino, e in forza di tale argomento la sentenza, in questo come in altri casi, ha buon gioco nel respingere la censura di lesione della eguaglianza.

In sintesi, se sono in gioco diritti fondamentali il principio di eguaglianza si applica, ma esso impone di trattare in modo eguale situazione eguali; siccome la situazione dello straniero e quello del cittadino sono, o possono essere, diverse, il diverso trattamento risulta spesso giustificato.

Con riferimento alla cauzione prevista dalla legge doganale, la sentenza evidenzia che il cittadino resta soggetto alla sovranità dello Stato, alla osservanza delle sue leggi e ai mezzi di coercizione che le leggi consentono, mentre lo straniero può abbandonare il paese dove ha commesso il reato e non sempre è agevolmente estraibile, sicché è ragionevole la scelta del legislatore di prevedere la detenzione per l'imputato straniero, se questi non presti cauzione.

L'esegesi sistematica dell'art. 3, primo comma, Cost., e lo schema di giudizio elaborato dalla sentenza n. 120 del 1967 trovano conferma e sviluppo nella successiva sentenza n. 104 del 1969⁵¹, relativa alla legittimità degli artt. 1 e 2 del d.lgs. 11 febbraio 1948, n.

⁵⁰ Su questo cortocircuito si vedano i rilievi critici di A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 388 ss., e di B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 218.

⁵¹ Giustamente identificata, anche in ragione dell'apparato argomentativo in essa speso, come «una sorta di *leading case*» da G.P. DOLSO, *Cittadini extracomunitari e diritti costituzionali: la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Cittadinanza europea, accesso al lavoro e cooperazione giudiziaria. Italia e Slovenia dopo l'allargamento dell'Unione*, Trieste, 2005, 70.

50, che rispettivamente sanzionavano più severamente – quando la comunicazione dovuta era relativa a stranieri o apolidi – le omesse denunce di arrivo, partenza e destinazione cui sono tenuti gli albergatori e affittacamere per tutte le persone, e che estendevano l'obbligo e la relativa sanzione a tutti coloro (e quindi anche a soggetti privati) i quali, a qualsiasi titolo, davano alloggio od ospitalità a stranieri o apolidi, anche se parenti o affini, o li assumevano al lavoro. Le disposizioni erano state denunciate per violazione della eguaglianza, in ragione del trattamento irrazionalmente differenziato riservato a due situazioni in ipotesi equivalenti, vale a dire quella di colui che alloggia od ospita un cittadino e quella di colui che alloggia od ospita uno straniero od un apolide.

In tale pronuncia la Corte dichiara di non aver motivo di discostarsi dalla affermazione secondo cui «il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»⁵².

Ma essa ribadisce anche che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento».

La sentenza si sofferma a lungo sulle differenti posizioni di cittadino e di straniero, evidenziando una serie di differenze – che la sentenza qualifica come differenze di fatto, ma che invece sono spesso riconducibili a precedenti scelte regolative effettuate dal legislatore – che giustificerebbero trattamenti differenziati.

⁵² Corte cost., sent. n. 104 del 1969, con l'aggiunta per cui sarebbe «ovvio che, per quanto attiene ai diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell'ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza».

In particolare, la sentenza evidenzia la «basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»: rapporto che la Corte ricostruisce come un legame ontologico, che si ritrova non solo nel nostro ma anche in ogni altro ordinamento⁵³.

In applicazione di questo schema, la sentenza ha ritenuto legittime le norme dettate dagli artt. 1 e 2 del d.lgs. 11 febbraio 1948, n. 50, sul rilievo che l'obbligo imposto allo straniero dal testo unico di pubblica sicurezza di comunicare i propri spostamenti da comune a comune e il concorrente obbligo imposto a chi lo alloggia o lo ospita di segnalarne la presenza sono fondati «sulla necessità razionale di poter raggiungere lo straniero ovunque si trovi», e ciò non solo per ragioni di controllo bensì – dice la Corte – anche per assicurargli le forme di assistenza che gli sono dovute.

Appare dunque centrale in questa giurisprudenza la tematizzazione, o più esattamente, la dogmatizzazione⁵⁴, del diverso legame

⁵³ La sentenza contiene anche una elencazione – esemplificativa e non esaustiva – di singoli elementi differenziali, sempre connessi al nesso con il territorio: «il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati».

⁵⁴ Occorrerebbe ricordare quanto scriveva I. KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico di Immanuel Kant* (1795), 177, trad. it. in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Bari, 1995, 177, sul *diritto di visita*, che «spetta a tutti gli uomini, di proporsi come membri della società per via del diritto al possesso comune della superficie della Terra, su cui, giacché è una superficie sferica, essi non possono disperdersi all'infinito e devono infine sopportarsi a vicenda, e originariamente nessuno ha più diritto che un altro a stare in un luogo di essa».

tra persona e territorio nel caso del cittadino e nel caso dello straniero: questo legame, nel caso del cittadino, è quasi organico, mentre per lo straniero è derivato, cioè dipendente da autorizzazione, e precario, perché può sempre essere reciso da provvedimenti di allontanamento⁵⁵.

Tale assunto ha governato, in verità, anche una serie di casi in cui la rilevanza del legame territoriale non appariva così decisiva, rispetto ad altri fattori maggiormente pertinenti, già sul piano dei principi costituzionali.

Questa torsione, consistente nell'attribuire rilevanza ad elementi distintivi delle due posizioni, di straniero e di cittadino, anche rispetto a situazioni in cui tali elementi differenziali non erano idonei a giustificare la specifica disparità di trattamento, si osserva ad esempio nella sentenza n. 144 del 1970.

In tale decisione la Corte respinge i dubbi di costituzionalità appuntati sulla disposizione del t.u.l.p.s. che fa obbligo a chiunque

Sempre sul piano filosofico, una dimostrazione del diritto dello straniero di immigrare altrove è contenuta in J.H. CARENS, *The Ethics of immigration*, Oxford, 2013, 225 ss., mentre per quanto riguarda il diritto costituzionale italiano il tema della esistenza di un diritto fondamentale ad immigrare è affrontato da M. CARTABIA, *Gli "immigrati" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 186 s., con risposta negativa salvo che per il caso previsto dall'art. 10, terzo comma, Cost., previsione speciale confermativa della regola generale. La Costituzione, peraltro, riconosce la libertà di emigrare come diritto fondamentale (si veda l'art. 35, comma quarto, Cost. e la sentenza della Corte costituzionale n. 289 del 1986, su cui B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza*, cit., 218 s).

⁵⁵ Per le affermazioni secondo cui «il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso», mentre «lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati», potendo entrarvi e soggiornarvi solo attraverso determinate autorizzazioni, si veda la sentenza n. 244 del 1974, la quale ritiene compatibile con il principio di eguaglianza, proprio in ragione di questa diversità sostanziale delle posizioni del cittadino e dello straniero, le previsioni contenute nell'art. 152 t.u.l.p.s., che prevede il potere del prefetto, per motivi di ordine pubblico e nel caso di urgenza, di allontanare dalla Provincia mediante foglio di via obbligatorio gli stranieri non dotati di sufficienti mezzi di sussistenza, anche indicando il percorso da seguire.

assuma alle proprie dipendenze uno straniero di comunicarne, entro le ventiquattro ore, le generalità all'autorità locale di pubblica sicurezza, specificando il servizio cui è adibito.

Pur ritenendo ormai pacifico, in forza dei precedenti, il principio della eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino nella sfera dei diritti fondamentali, la sentenza ribadisce che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità le differenze di fatto che possono presentarsi, nelle situazioni concrete, tra le due categorie di soggetti.

Nell'ambito del lavoro, la Corte rinviene delle differenze sostanziali tra cittadino e straniero, perché, mentre il primo è inserito nel sistema di avviamento al lavoro predisposto in esecuzione dell'art. 4 della Costituzione, il secondo si inserisce in questo sistema solo dopo aver ricevuto l'autorizzazione all'ingresso sul territorio nazionale al fine di lavoro, autorizzazione che può essere concessa solo se non vi siano lavoratori nazionali idonei per il posto che chiede.

Ma è evidente che tale diversa disciplina valevole per l'avviamento al lavoro ha poco a che fare con lo specifico obbligo di pubblica sicurezza che grava sul datore di lavoro che impiega uno straniero e che è tenuto a comunicare tale assunzione. Su questo punto la Corte si limita a dire che «*interest rei publicae* conoscere se l'ingresso è a scopo di turismo e diporto – che è il caso comune – o di lavoro, e quale» e che «è logico quindi che all'autorità di P.S., preposta alla vigilanza sugli stranieri (Titolo V T.U.), a fine sia di controllo che di protezione, e che cura perciò la loro registrazione, debba rivolgersi quella denuncia di assunzione al lavoro e di dimissione»⁵⁶.

Ancora, nella più recente ordinanza n. 232 del 2001, la Corte afferma sbrigativamente – a proposito del divieto di espulsione dello straniero coniuge di cittadino italiano o convivente con familiari entro il quarto grado che siano cittadini italiani, invocato come *tertium comparationis* – che non può effettuarsi «alcun giudizio di comparazione tra lo straniero coniugato con altro straniero, sia pur munito di permesso di soggiorno, e quella dello straniero coniuga-

⁵⁶ Per una critica rivolta a questi passaggi della sentenza si veda A. CASSESE, nota senza titolo in *Giur. cost.*, 1970, I, 1654 ss.

to con un cittadino italiano, o con quella dello straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado, trattandosi di situazioni del tutto eterogenee fra loro, non potendosi paragonare la situazione di chi ha vincoli familiari con un cittadino con quella di colui che è coniugato con altro straniero»⁵⁷.

Per contro, in altre occasioni la Corte ha circoscritto puntualmente l'ambito di rilevanza delle distinzioni tra cittadini e stranieri.

Molto significativa è la sentenza n. 54 del 1979, che dichiara la incostituzionalità, anche in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost., delle norme di esecuzione del trattato di estradizione con la Francia, nella parte in cui consentono l'extradizione per reati puniti, nello Stato richiedente, con la pena capitale.

Sebbene anche in tale fattispecie potesse entrare in gioco il legame territoriale, trattandosi di norme regolative dell'extradizione, cioè di un provvedimento di allontanamento di una persona dal territorio nazionale, la Corte ritiene invece decisivi il divieto costituzionale della pena di morte sancito dall'art. 27, quarto comma, Cost. – all'epoca, con l'eccezione delle previsioni contenute nel codice penale militare di guerra, eccezione poi soppressa dalla legge cost. n. 1 del 2007 – e il connesso dovere di protezione della vita. La sentenza osserva che l'art. 27, quarto comma, Cost., va interpretato ed applicato alla luce della complessiva disciplina costituzionale, collegandolo «a quella indispensabile eguaglianza di tutti i soggetti davanti alla legge»: il testuale riferimento dell'art. 3, primo comma, ai soli cittadini, ricorda la Corte, «non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo [...] e tale è appunto il diritto alla vita, specificamente protetto – in sede penale – dall'art. 27, quarto comma».

Nella sentenza n. 54 del 1979 emergono anche altri due aspetti, che anticipano le evoluzioni della giurisprudenza successiva.

Il primo è la sottolineatura della valenza oggettiva del principio

⁵⁷ L'ordinanza è commentata criticamente da D. PICCIONE, *Brevi note su espulsione dello straniero, C.e.d.u. e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2001, 2076 s.

di eguaglianza, quale limite generale alla funzione legislativa. Nella sentenza tale precisazione è effettuata con l'evocazione dei passaggi della sentenza n. 25 del 1966 in cui l'eguaglianza era stata definita un «principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura», ovvero come divieto «che la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate». Nel contesto della sentenza n. 54 del 1979 il richiamo al principio di eguaglianza nei termini di un limite generale alla legge è comunque circoscritto alla sfera dei diritti fondamentali degli stranieri: ma è verosimile che tale specificazione limitativa, che appare logicamente incompatibile con la declinazione oggettiva e generale del principio, sia determinata solo da ragioni di continuità con l'indirizzo che per gli stranieri riferiva la garanzia della eguaglianza all'ambito dei diritti fondamentali della persona.

Il secondo aspetto – che si lega al primo – è rappresentato dalla esigenza di una parità di trattamento tra gli stessi stranieri⁵⁸. Per argomentare ulteriormente la incostituzionalità della norma di esecuzione del trattato di estradizione italo-francese che avrebbe consentito la consegna alla Francia di uno straniero accusato di un crimine capitale, la sentenza richiama la ratifica della Convenzione europea di estradizione, autorizzata dalla legge 30 gennaio 1963, n. 300, corredata da una contestuale riserva con cui l'Italia ha manifestato la volontà di non concedere l'extradizione per delitti puniti con la morte dall'ordinamento dello Stato richiedente. Tali atti tutelano indirettamente anche i cittadini degli Stati i quali non abbiano ratificato la Convenzione europea sulla estradizione, giacché «un'essenziale parità di trattamento dev'esser mantenuta negli stessi rapporti fra stranieri e stranieri, quand'anche appartenenti a Stati diversi» e comportamenti diversi dello Stato italiano nei loro confronti non troverebbero una giustificazione di ordine costituzionale.

⁵⁸ Questo profilo è segnalato da G.P. DOLSO, *Cittadini extracomunitari e diritti costituzionali*, cit., 270.

Sempre in questa prima fase della giurisprudenza costituzionale emerge un ulteriore svolgimento che caratterizzerà la giurisprudenza successiva, e che è rappresentata dalla declinazione della eguaglianza nei termini di ragionevolezza. Sotto questo profilo, il principio di eguaglianza, o meglio l'art. 3, primo comma, Cost., tutela direttamente anche i non cittadini, i quali non possono essere assoggettati a discipline di per sé irragionevoli.

Tale prospettiva si manifesta in modo molto chiaro, ad esempio, nella sentenza n. 215 del 1983, la quale ritorna sul problema della *cautio pro libertate* prevista per lo straniero imputato di determinati reati e dichiara l'incostituzionalità dell'art. 332 del d.P.R. n. 43 del 1973, quando la previsione dell'obbligo di prestare la cauzione attinga ai reati punibili esclusivamente con pena pecuniaria.

L'irrazionalità di tale previsione, che la Corte giudica «tanto più grave e tanto meno tollerabile in quanto a risentirne è un fondamentale valore quale la libertà personale», è determinata dal fatto che l'arresto obbligatorio e il divieto di scarcerazione si risolvono nella strumentalizzazione della libertà personale dell'imputato al fine di ottenere un esborso anticipato di una somma che, in caso di condanna a pena pecuniaria, non potrebbe mai essere ottenuta dallo Stato utilizzando nella fase dell'esecuzione analoghi strumenti di coercizione fisica.

5. *La seconda fase della giurisprudenza costituzionale: la declinazione della eguaglianza in senso oggettivo*

Gli spunti presenti nella giurisprudenza illustrata sopra troveranno compiuto sviluppo negli indirizzi che caratterizzano il nuovo orientamento della Corte costituzionale in punto di eguaglianza e stranieri. Tale orientamento conserverà comunque – in una sorta di *Aufhebung*, negazione ma anche conservazione – molti dei tratti tipici della giurisprudenza della prima fase, a partire dalla sottolineatura della differenza 'di fatto' esistente tra cittadino e straniero quanto al legame con il territorio nazionale⁵⁹.

⁵⁹ Per converso, è stato notato – da A. CERRI, *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, cit., 159 – che già la giurisprudenza precedente finiva per sindacare

Il decisivo punto di svolta della Corte può essere individuato nella già ricordata sentenza n. 432 del 2005⁶⁰, che segna il definitivo passaggio ad una concezione oggettiva della eguaglianza e il superamento della limitazione programmatica del sindacato di eguaglianza, nei confronti degli stranieri, alle ipotesi in cui erano coinvolti diritti fondamentali degli stessi.

In realtà, in letteratura si era osservato che tale limitazione era comunque difficilmente giustificabile sul piano teorico, una volta concepito il principio di eguaglianza come limite generale alla funzione legislativa; poco maneggiabile sul piano concreto, vista la difficoltà nel precisare quando un diritto può essere considerato fondamentale e quando non lo è; inesatta nei presupposti, considerato che ci sono diritti fondamentali riservati ai cittadini; poco applicata nella stessa esperienza, se si considera che sono stati rarissimi i casi in cui la Corte costituzionale ha dichiarato non pertinente l'invocazione del principio a favore di uno straniero sul rilievo che non erano in gioco diritti fondamentali⁶¹. Tra questi casi si può ricordare l'inciso che si legge nella ordinanza n. 490 del 1988, in tema di disparità di trattamento nell'acquisto della cittadinanza per matrimonio derivante dal diverso regime previsto dalla legge n. 555 del 1912 per il caso di matrimonio tra cittadino italiano e donna straniera e tra cittadino straniero e donna italiana, inciso in cui la Corte ha affermato che «il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. si riferisce espressamente ai soli cittadini e vale per

alla luce dell'art. 3 Cost. «ogni differenziazione normativa fra straniero e cittadino non ragionevole e, cioè, non correlata al diverso *status* dell'uno e dell'altro», e ciò indipendentemente dalle affermazioni programmatiche in ordine all'applicazione del principio di eguaglianza agli stranieri limitatamente al godimento dei diritti fondamentali.

⁶⁰ La novità della decisione è stata segnalata da M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero alle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 515 ss., e da M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, 4685 ss.

⁶¹ Per una sintesi di queste critiche si veda M. CUNIBERTI, *Cittadinanza*, cit., 159 ss.

lo straniero solo quando trattasi di tutelare i diritti fondamentali e [...] tale non è l'acquisto della cittadinanza italiana». E si può ricordare anche, più recentemente, l'ordinanza n. 464 del 2005, la quale ritiene «non invocabile il principio di eguaglianza, dato che tale ultimo parametro può ritenersi riferito agli stranieri soltanto laddove si deduca che la violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza involga diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo (sentenza n. 120 del 1967), ciò che è da escludere con riguardo al rapporto con i figli maggiorenni».

Con la sentenza n. 432 del 2005, in ogni caso, il paradigma è mutato.

La pronuncia – come si è anticipato sopra – dichiara costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., la norma di una legge regionale della Lombardia che nel riconoscere alle persone totalmente invalide residenti nella Regione il diritto alla circolazione gratuita su tutti i mezzi del servizio di trasporto pubblico regionale riservava tale beneficio ai soli cittadini italiani.

A fronte dei rilievi della difesa regionale, la quale ricordava che secondo la giurisprudenza costituzionale il principio costituzionale di eguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero solo quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo e che, nel caso, non era in gioco una prestazione oggetto del contenuto essenziale di un diritto fondamentale, la Corte oppone la valenza generale del principio di eguaglianza-ragionevolezza, osservando che «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – devono essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una 'causa' normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria».

A questo punto la Corte conduce un sindacato sulla norma «all'interno della specifica previsione», cioè valutando la coerenza del requisito della cittadinanza rispetto alle altre condizioni richie-

ste per il riconoscimento del beneficio, e in particolare rispetto al requisito di invalidità totale che lo giustifica. Tale scrutinio evidenzia che mentre la residenza, «rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio», la cittadinanza rappresenta una «condizione ulteriore, ultronea ed incoerente, agli effetti di un ipotetico regime differenziato rispetto ad una misura sociale che vede negli invalidi al 100% la categoria dei beneficiari». Secondo la sentenza, infatti, distinguere, ai fini del riconoscimento del beneficio in esame, i cittadini italiani dai cittadini di paesi stranieri introduce «nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione».

Come già detto, nel condurre il sindacato di ragionevolezza sulla norma regionale la Corte utilizza in funzione confermativa anche il principio – di rango legislativo – di parità di trattamento tra cittadino e straniero nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale sancito dall'art. 41 del testo unico sull'immigrazione, disposizione che alla pari delle altre contenute nel d.lgs. n. 286 del 1998 è qualificata dall'art. 1, comma 4, del testo unico come principio fondamentale della materia e norma di grande riforma. Ma nel giudizio il canone di pari trattamento non entra in gioco direttamente come limite ad una potestà legislativa regionale (in questo caso, la potestà residuale in materia di trasporto pubblico locale, di per sé non astretta dal limite dei principi fondamentali), bensì come «necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare l'odierno scrutinio di ragionevolezza», in considerazione del rilievo generale che il principio continua a svolgere nel sistema⁶². Benché riferito alla sola legge regionale, tale

⁶² In forza di tale portata generale dell'art. 41 del testo unico sull'immigrazione, la sentenza n. 432 del 2005 osserva che eventuali regimi derogatori introdotti dal legislatore regionale dovrebbero essere sorretti, all'interno della stessa struttura normativa, da «una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga».

paradigma legislativo di ragionevolezza dovrebbe estendersi anche al controllo sulla legge statale, almeno nei limiti in cui il principio generale continui ad esistere come tale.

La giurisprudenza successiva a questa importante decisione sembra non aver più abbandonato l'idea di una applicazione oggettiva del principio di eguaglianza, anche se la “vecchia formula” riecheggia talvolta nelle sentenze della Corte: riappare da ultimo nella sentenza n. 258 del 2017, la quale – nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 10 della legge n. 91 del 1992, nella parte in cui non esonera dal giuramento richiesto per l'acquisto della cittadinanza la persona incapace di soddisfare tale onere in ragione di grave e accertata condizione di disabilità – ricorda che «sebbene l'art. 3 si riferisca espressamente ai soli cittadini, la norma in esso contenuta vale pure per lo straniero “quando trattasi di rispettare [...] diritti fondamentali” (sentenza n. 120 del 1967), ancor più quando, come nel caso di specie, trattasi di uno straniero cui sia stata concessa la cittadinanza e che deve solo adempiere una condizione per l'acquisizione della stessa»⁶³.

Ferma dunque tale estensione – tendenzialmente universale – del dominio del principio, la capacità di penetrazione dell'imperativo di eguaglianza risulta diversamente calibrata, nella giurisprudenza costituzionale, a seconda dei diversi ambiti in cui esso viene in rilievo e la portata del principio è sempre soggetta al rischio di depotenziamento ad opera del *topos* della diversa posizione dei cittadini e degli stranieri⁶⁴.

⁶³ Corte cost. sent. n. 258 del 2017. La pronuncia è commentata da C. DOMENICALI, *L'ingiustizia della legge: incapacità e cittadinanza nella sent. n. 258/2017 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2018, 474 ss. e da S. ROSSI, “*Status civitatis*” e irregolarità della vita: la sent. n. 258/2017 della Corte costituzionale, sempre in *Quad. cost.*, 2018, 471.

⁶⁴ Il diverso standard di sindacato esercitato dalla Corte costituzionale in relazione ai vari ambiti in cui interviene la disciplina del fenomeno migratorio è evidenziato da M. CARTABIA, *Gli “immigrati” nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 184 ss.

5.1. *La discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'ingresso e dell'autorizzazione al soggiorno dello straniero sul territorio nazionale*

Minimo è il controllo che la Corte esercita quando vengono in gioco discipline collegate alla ammissione dello straniero sul territorio nazionale o in generale la disciplina della autorizzazione del soggiorno, settori in cui la Corte riconosce una ampia discrezionalità al legislatore e limita il proprio controllo alla manifesta irragionevolezza⁶⁵.

Significativa, per esempio, è l'ordinanza n. 464 del 2005, il cui la Corte, in tema di ingresso in Italia di cittadini stranieri per motivi di famiglia, ragiona di un «principio del bilanciamento tra il diritto dello Stato a regolamentare l'ingresso in Italia e il diritto degli stranieri all'unità familiare, che rispetto al primo è di pari dignità e rango»⁶⁶.

Già in precedenza, del resto, il giudice costituzionale aveva precisato – sempre in materia di ricongiungimento familiare – «l'ampia discrezionalità legislativa limitata solo dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli»⁶⁷; e, con specifico riferimento al sindacato di eguaglianza, aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione del divieto di espulsione in favore del parente entro il quarto grado di straniero regolarmente soggiornante, con esso convivente, in parallelo con quanto previsto dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, in favore del parente nello stesso grado di cittadino italiano, parimenti convivente, con la motivazione che non si può «paragonare la situazione di chi ha vincoli familiari con un cittadino con quella di colui che è coniugato con altro straniero»⁶⁸.

⁶⁵ Con riferimento alla disciplina dei limiti al potere di espulsione M. LOSANA, *“Stranieri” e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., 88, ha osservato che «la Corte si è dimostrata, spesso, indulgente nei confronti del legislatore, giustificando le differenze di trattamento [...] con la mancanza di “omogeneità” tra le fattispecie coinvolte dalla disciplina legislativa».

⁶⁶ Corte cost., ord. n. 464 del 2005.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 224 del 2005, relativa ai limiti al ricongiungimento familiare con i figli maggiorenni.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 232 del 2001. L'ordinanza rileva inoltre che l'accoglimento della questione vanificherebbe i presupposti previsti dalla legge

Peraltro, la Corte ha utilizzato uno standard di scrutinio più rigoroso nella sentenza n. 249 del 2010⁶⁹, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la c.d. aggravante di clandestinità, evidenziando l'inaammissibilità di trattamenti diversificati e peggiorativi dei non cittadini sulla base della sola condizione giuridica di stranieri. In quel caso il giudice costituzionale ha motivato la necessità di ricorrere ad uno scrutinio di costituzionalità rigoroso sia in ragione del fatto che le restrizioni o le limitazioni di diritti inviolabili possono essere disposte solo «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante» e devono quindi superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente l'accertamento, in negativo, della loro non manifesta irragionevolezza; sia in quanto tale aggravante di clandestinità aveva riguardo ad una «condizione personale e sociale», e dunque ad uno «dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle 'qualità' elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline». Anche nella sentenza n. 245 del 2011, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma che richiedeva allo straniero il permesso di soggiorno quale requisito per contrarre matrimonio in Italia, la Corte conferma che il legislatore dispone di ampia discrezionalità nella disciplina delle condizioni per l'ingresso e il soggiorno dei non cittadini, ma nello

per il ricongiungimento familiare, rendendo agevole l'aggiramento di tale disciplina.

⁶⁹ La pronuncia va però confrontata con la sentenza gemella n. 250 del 2010, la quale sottolinea che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta «un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio», e ritiene coperta dalla discrezionalità del legislatore la scelta di punire con sanzione penale l'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, a presidio dell'ordinata gestione dei flussi migratori e dunque a «protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata».

stesso tempo sottolinea il fatto che le norme debbono essere il “risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento” degli interessi di rango costituzionale implicati dalle scelte legislative, “specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali”, qual è, appunto, la libertà matrimoniale.

5.2. *Stranieri e i diritti sociali. Le limitazioni legate alla titolarità della carta di soggiorno*

Più incisivo, per quanto a momenti alterni e con esiti non sempre prevedibili, è stato il controllo sulle discipline che escludono determinate categorie di stranieri dal godimento di prestazioni di carattere sociale⁷⁰.

In proposito vanno ricordati almeno due filoni principali, il primo relativo alle norme che riservano i benefici assistenziali, diretti ad ovviare a situazioni di grave bisogno, ai soli cittadini e agli stranieri provvisti di carta di soggiorno, il secondo relativo alle limitazioni alle prestazioni di *welfare* fondate sui requisiti di residenza protratta, introdotti da diverse leggi regionali (ma anche da norme statali).

Il primo indirizzo si è formato sul contenzioso provocato dall'entrata in vigore dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 (legge finanziaria 2001), che ha subordinato al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dei benefici di natura previdenziale o assistenziale riconosciuti dalla legislazione in termini di diritto, benefici già assicurati dall'art. 42 del testo unico, in via generale, agli stranieri titolari di permesso di soggiorno che consente un numero indeterminato di rinnovi.

Tale disposizione della legge finanziaria 2001 è stata oggetto di una serie di dichiarazioni di illegittimità parziale, riferite alle singole prestazioni che venivano in rilievo nei giudizi *a quibus*.

⁷⁰ M. CARTABIA, *Gli “immigrati” nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 191, sottolinea l'importanza di questa giurisprudenza, che ha retto anche di fronte alla crisi finanziaria e alle conseguenti misure di austerità introdotte dal legislatore.

Le prime decisioni della Corte hanno colpito la norma nella parte in cui, richiedendo la titolarità della carta di soggiorno, esigevano anche il requisito di reddito minimo che è necessario per il rilascio di tale titolo di soggiorno.

La prima pronuncia di questo indirizzo, la sentenza n. 306 del 2008, ha dichiarato incostituzionale la disposizione nella parte in cui escludeva che l'indennità di accompagnamento per inabilità – di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili) – potesse essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché non in possesso dei requisiti di reddito, compresa la disponibilità di un alloggio, richiesti per ottenere la carta di soggiorno. La decisione evidenzia la manifesta irragionevolezza di una norma che subordina a requisiti di reddito minimo l'accesso ad una prestazione assistenziale, i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita.

Accanto a questa irragionevolezza, la sentenza n. 306 del 2008 censura anche la disparità di trattamento operata dalla norma denunciata. La decisione, infatti, aggiunge che al legislatore è consentito sia dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, per disciplinare l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia, sia condizionare l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; tuttavia, quando «il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini».

Analogamente, la sentenza n. 11 del 2009 è intervenuta nuovamente sulla stessa disposizione della legge n. 388 del 2000, questa volta in riferimento alla pensione di inabilità a favore dei mutilati ed invalidi civili, di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118,

di conversione del d.-l. 30 gennaio 1971, n. 5, ed ha dichiarato incostituzionale l'art. 80, comma 19, della legge finanziaria 2001 sempre sulla base della irragionevolezza consistente nel richiedere un reddito minimo per il riconoscimento di una provvidenza sociale; nel caso specifico, il paradosso diventava una condizione impossibile che ricordava il proverbiale «comma 22» del romanzo di Joseph Heller⁷¹, perché il riconoscimento della pensione di inabilità è *preclusa* dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge, mentre la concessione della carta di soggiorno *richiede* la titolarità di quel reddito.

Anche la sentenza n. 11 del 2009, oltre alla intrinseca irragionevolezza del complesso normativo impugnato dal giudice *a quo*, censura «la disparità di trattamento che esso determina tra cittadini e stranieri legalmente e non occasionalmente soggiornanti in Italia» e dunque ravvisa la violazione dell'art. 3 Cost. sotto questo duplice profilo.

Un altro gruppo di decisioni ascrivibili a questo stesso indirizzo ha ritenuto incostituzionale la limitazione di determinate provvidenze agli stranieri muniti di carta di soggiorno facendo leva sul collegamento tra la specifica prestazione sociale e il bisogno cui essa era funzionale, collegamento che faceva risaltare l'estraneità del requisito temporale richiesto per la carta di soggiorno (rilasciata allo straniero solo dopo cinque anni di soggiorno regolare sul territorio nazionale).

Così, la sentenza n. 187 del 2010, ha dichiarato illegittimo l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, nella parte in cui subordinava al requisito del possesso della carta di soggiorno l'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge n. 118 del 1971, osservando che tale provvidenza era destinata a far fronte al sostentamento della persona, e quindi «qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe

⁷¹ Cioè la disposizione del regolamento militare per gli aviatori, secondo cui «chi è pazzo può chiedere di essere esentato dalle missioni di volo, ma chi chiede di essere esentato dalle missioni di volo non è pazzo», di cui racconta Joseph Heller nel romanzo *Catch-22* (1961).

per risultare in contrasto con il principio sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»⁷².

Ancora, la sentenza n. 329 del 2011 è intervenuta nuovamente sulla stessa disposizione dichiarandola costituzionalmente illegittima con riguardo all'indennità di frequenza per i minori invalidi prevista all'art. 1 della legge 11 ottobre 1990, n. 289. Nella pronuncia la Corte sottolinea come dall'esame dei presupposti e delle finalità di tale misura "polifunzionale" emerge una gamma di esigenze di tutela della persona (con riferimento non solo alla istruzione, ma anche alla salute, al lavoro e all'inserimento sociale del minore disabile). In relazione a tali esigenze, la sentenza osserva che la limitazione del beneficio in parola, determinata dal requisito della titolarità della carta di soggiorno e dal presupposto temporale per il rilascio di tale permesso, comporta una compressione o addirittura una vanificazione (trattandosi di minori) del beneficio, «incompatibile non soltanto con le esigenze di "effettività" e di soddisfacimento che i diritti fondamentali naturalmente presuppongono, ma anche con la stessa specifica funzione della indennità di frequenza»⁷³.

⁷² Corte costituzionale, sent. 28 maggio 2010, n. 187, che conclude evidenziando che il beneficio in parola «si iscrive nei limiti e per le finalità essenziali che questa Corte – anche alla luce degli enunciati della Corte di Strasburgo – ha additato come parametro di ineludibile uguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato». La sentenza contiene ampi richiami alla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo in tema di parità di trattamento in relazione alle prestazioni sociali, imposta dall'art. 14 della CEDU in combinazione con l'art. 1 del Primo protocollo addizionale.

⁷³ Corte costituzionale, sent. 16 dicembre 2011, n. 329, che accoglie la questione per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 14 della CEDU, ma anche per violazione degli artt. 2, 3, 32, 34 e 38, Cost., «posto che il trattamento irragionevolmente differenziato che essa impone – basato sulla semplice condizione di straniero regolarmente soggiornante sul territorio dello Stato, ma non ancora in possesso dei requisiti di permanenza utili per conseguire la carta di soggiorno – viola, ad un tempo, il principio di uguaglianza e i diritti alla istruzione, alla salute ed al lavoro, tanto più gravemente in quanto essi si riferiscano a minori in condizione di disabilità». Considerazioni

Considerazioni del tutto simili si leggono anche nella sentenza n. 40 del 2013, che ritorna sulle limitazioni alla indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 e alla pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118, di conversione del d.-l. 30 gennaio 1971, n. 5, determinate dal requisito di titolarità della carta di soggiorno. La sentenza estende la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 – già pronunciata con riferimento ai presupposti di reddito necessari per ottenere la carta di soggiorno – *tout court* al requisito di titolarità della carta di soggiorno, giacché la previsione di un regime restrittivo (*ratione temporis*, così come *ratione census*) nei confronti di cittadini extracomunitari, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile ed in modo non episodico, non si giustifica a fronte degli interessi (salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà rispetto a condizioni di elevato disagio sociale, i doveri di assistenza per le famiglie) alla cui salvaguardia sono funzionali i benefici in esame.

Ancora, con la sentenza n. 22 del 2015, la disposizione è stata dichiarata di nuovo costituzionalmente illegittima con riguardo alla pensione di invalidità prevista dall'art. 8 della legge 10 febbraio 1962, n. 66 per i ciechi assoluti e alla speciale indennità in favore dei ciechi parziali, di cui all'art. 3, comma 1, della legge 21 novembre 1988, n. 508, sempre con considerazioni attinenti al carattere discriminatorio della condizione ostativa rappresentata dal possesso della carta di soggiorno e alla incompatibilità dei requisiti di carattere temporale con l'indifferibilità e la pregnanza dei bisogni (relativi alle condizioni minime di vita e di salute) alla cui soddisfazione la provvidenza è funzionale: tali requisiti – osserva la Corte – «ineluttabilmente finirebbero per innestare nel tessuto normativo condizioni incoerenti e incompatibili con la natura stessa delle

del tutto simili si leggono anche nella sentenza 15 marzo 2013, in relazione alla indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 e alla pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118, di conversione del d.-l. 30 gennaio 1971, n. 5.

provvidenze, generando effetti irragionevolmente pregiudizievoli rispetto al valore fondamentale di ciascuna persona».

La sentenza conclusiva di questo indirizzo è la sentenza n. 230 del 2015, la quale dichiara l'incostituzionalità dell'art. 80, comma 19, della legge finanziaria 2001, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della pensione di invalidità riconosciuta a sordi e della indennità di comunicazione, ma soprattutto – in considerazione dell'elevato numero di sentenze di accoglimento pronunciate sulla disposizione – esprime un monito relativo alla necessità di una «organica ricognizione e revisione della disciplina», diretta «ad evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionati dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale».

L'andamento lineare di questo indirizzo è complicato da due recentissime decisioni, la sentenza n. 50 e l'ordinanza n. 52 del 2019.

Con la sentenza n. 50 del 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate sulla norma che, per gli stranieri extracomunitari, subordina l'erogazione dell'assegno sociale alla titolarità del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo, già “carta di soggiorno”, ovvero un titolo che presuppone, in capo allo straniero, il possesso di un reddito superiore all'importo dell'assegno sociale. Tale requisito relativo al titolo di soggiorno si sommava agli ulteriori requisiti, quali la residenza ultradecennale sul territorio dello Stato e il reddito inferiore ad una certa soglia, attualmente fissata a 5.954,- euro.

Tale combinazione di requisiti, per cui il richiedente deve essere titolare della carta di soggiorno (e dunque deve dimostrare di disporre di un reddito superiore all'assegno sociale) e nello stesso tempo deve avere un reddito inferiore a quello dell'assegno sociale, integrava la tipica situazione di norma ad applicazione impossibile, perché la sua fattispecie richiede simultaneamente due condizioni, di cui una esclude l'altra: norme analoghe – lo si è appena ricordato – sono state più volte dichiarate costituzionalmente illegittime per

irragionevolezza, quando esse impedivano l'accesso a prestazioni funzionali a rimediare a gravi situazione di bisogno.

Tuttavia, la Corte ritiene di poter uscire dal paradosso del «comma 22» con il rilievo secondo cui le norme sul permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo esigono il requisito di reddito per il rilascio del titolo, ma non per la sua conservazione; sicché è ben possibile che una persona si trovi a disporre della carta di soggiorno pur avendo perso i requisiti di reddito necessari per ottenerla.

Per quanto riguarda la discriminazione tra cittadini e stranieri e la violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., la sentenza n. 50 del 2018 afferma che l'art. 38, primo comma, Cost., riserva l'assistenza sociale ai cittadini ed aggiunge che la Costituzione impone di «preservare l'uguaglianza nell'accesso all'assistenza sociale tra cittadini italiani e comunitari da un lato, e cittadini extracomunitari dall'altro, soltanto con riguardo a servizi e prestazioni che, nella soddisfazione di “un bisogno primario dell'individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale” (sentenza n. 222 del 2013), riflettano il godimento dei diritti inviolabili della persona». Ritorna, dunque, il vecchio argomento dei diritti inviolabili come presupposto per l'applicazione della eguaglianza agli stranieri, anche se tale argomento è completato da un blando controllo di irragionevolezza sulla distinzione operata dal legislatore.

La sentenza, infatti, riconosce che, in considerazione della limitatezza delle risorse finanziarie, rientra nella discrezionalità del legislatore graduare con criteri restrittivi, o anche di esclusione, l'accesso dello straniero extracomunitario a provvidenze ulteriori rispetto alle esigenze primarie della persona: per tali benefici ulteriori, «daddove è la cittadinanza stessa, italiana o comunitaria, a presupporre e giustificare l'erogazione della prestazione ai membri della comunità, viceversa ben può il legislatore esigere in capo al cittadino extracomunitario ulteriori requisiti, non manifestamente irragionevoli, che ne comprovino un inserimento stabile e attivo».

Sotto tale profilo, la titolarità del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo viene assunta, in collegamento con i requisiti per il rilascio del titolo (la disponibilità di un reddito e di un alloggio; la

conoscenza della lingua italiana) e per lo status che essa determina, come sintomatica dello stabile inserimento dello straniero in Italia e del suo concorso al progresso della società; sicché, secondo la sentenza, non è né discriminatorio, né manifestamente irragionevole richiedere la carta di soggiorno per questa specifica provvidenza, che rappresenta un corrispettivo solidaristico da parte della collettività nella quale lo straniero ha operato.

Per gli stessi motivi la Corte esclude anche la violazione dell'art. 14 CEDU, sul rilievo che il criterio della titolarità della carta di soggiorno non sarebbe discriminatorio, in quanto tale status è espressivo dell'inserimento socio-giuridico del cittadino extracomunitario nel contesto nazionale.

Se la sentenza n. 50 del 2019 mostra la persistenza della “vecchia formula”, superata dalla giurisprudenza dell'ultimo decennio, l'utilizzo di un argomento ricorsivo (vale a dire che sia la cittadinanza a «presupporre e a giustificare» l'erogazione della prestazione, mentre questo era il *quod demonstrandum*), e l'enfatizzazione del dato letterale dell'art. 38, primo comma, Cost. (per cui “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale”), la portata di questa decisione potrebbe essere relativizzata dalla ordinanza n. 52 del 2019. Tale pronuncia, pur essendo di carattere processuale, mostra una diversa attenzione per la questione della eguaglianza e una maggiore accuratezza nella ricostruzione del diritto europeo, nella parte in cui, dichiarando manifestamente inammissibile una questione simile, sollevata sulle norme che richiedono il possesso della carta di soggiorno per il riconoscimento dell'assegno per nuclei familiari numerosi e dell'assegno di maternità di base, invita il giudice *a quo* valutare se nel caso di specie sussista la possibilità di disapplicare la norma per contrasto con il principio di parità di trattamento stabilito dall'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, che vale anche per i cittadini di paesi terzi titolari di un permesso di soggiorno che consente lo svolgimento di attività lavorativa.

5.3. *Stranieri e diritti sociali. I requisiti di residenza protratta*

L'altro filone in cui è entrato in gioco massicciamente il principio di eguaglianza o di non discriminazione con riferimento agli stranieri è rappresentato dalla sequenza di sentenze che riguardano i requisiti di residenza 'qualificata' o protratta quale condizioni per l'accesso alle prestazioni di *welfare*⁷⁴. Questo indirizzo si intreccia al precedente, in quanto come si è visto anche le pronunce che riguardavano la discriminazione ai danni di stranieri privi di carta di soggiorno hanno sindacato, oltre che i requisiti di reddito richiesti per tale titolo, anche quelli relativi al tempo di permanenza sul territorio nazionale necessario per maturare la pretesa al permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo.

Ora, tali requisiti di residenza, anche quando sono previsti indistintamente per tutti, cittadini e stranieri, danno comunque luogo ad una discriminazione indiretta a danno dei secondi (sono la "nuova frontiera" delle discriminazioni⁷⁵), perché una condizione di residenza prolungata è più facile che sia integrata dai cittadini che non da parte di soggetti appartenenti a popolazione straniera, costituita in gran parte da persone immigrate sul territorio nazionale, e dunque sono requisiti che proporzionalmente svantaggiano

⁷⁴ Questa giurisprudenza, in collegamento con i suoi ultimi esiti, è oggetto delle recenti ricostruzioni da parte di D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti reg.*, 3/2018, di C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, 2019, 1170 ss., da M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Le Regioni*, 2019, 1138 ss., e da G. SOBRINO, *Leggi regionali e violazione del principio di uguaglianza. Le discriminazioni verso i non cittadini operate dalle leggi regionali*, in *Diritti reg.*, 1/2019. In precedenza, vedi D. MONEGO, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, 2014, 244 ss. e L. RONCHETTI, *L'accesso ai diritti tra regolarità e residenza*, in *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, a cura di L. Ronchetti, Milano, 2012, 190 ss.

⁷⁵ A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'uguaglianza*, in *Questione giust.*, 1/2009, 98.

gli stranieri⁷⁶. Inoltre, queste condizioni di accesso alle provvidenze sociali, quando sono previste da leggi regionali, introducono disparità di trattamento tra gli stessi cittadini, penalizzando coloro che hanno esercitato il proprio diritto di circolazione sul territorio nazionale, spostandosi da una regione all'altra⁷⁷.

In relazione a tali previsioni la Corte costituzionale ha mostrato un andamento incerto, e le oscillazioni della giurisprudenza sono confermate, da ultimo, dalle sentenze in successione n. 106 e 107 del 2018.

La sentenza n. 107 del 2018 colpisce seccamente il criterio di preferenza della residenza di quindici anni nel territorio regionale previsto da una legge della Regione Veneto per l'accesso agli asili nido, sul rilievo che tale titolo di precedenza, fondato sul "radicamento territoriale", è contrario sia alla funzione sociale degli asili nido, sia alla vocazione universalistica dei servizi sociali, sia alla funzione educativa di tali strutture; ma, soprattutto, la sentenza contesta in linea generale i requisiti di residenza prolungata, evidenziando gli effetti discriminatori e confutando le ragioni con le quali tali criteri sono stati talvolta difesi⁷⁸.

Per contro, la sentenza n. 106 del 2018, pur annullando una disposizione legislativa (della regione Liguria) che richiedeva la residenza di almeno otto anni sul territorio dello Stato per l'accesso alla edilizia residenziale pubblica, in quanto tale requisito è discriminatorio ed irragionevole, non esclude – in linea con altre pre-

⁷⁶ Sulle discriminazioni indirette, e sul fatto che tale profilo sia rimasto «sostanzialmente in ombra», vedi A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. Tega, Milano, 2011, 25 s., che segnala la sentenza n. 247 del 2010, relativa a norma regionale limitativa del commercio in forma ambulante (in fatto esercitato quasi solo da stranieri), in cui tale problema non è colto dal giudice costituzionale.

⁷⁷ Ho cercato di approfondire questo punto in F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*, 2011, 1271 ss.

⁷⁸ Come ha osservato C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale*, cit., 1184, la motivazione della sentenza n. 107 del 2018 lascia pochi spazi alla previsione di requisiti di residenza protratta.

cedenti decisioni⁷⁹ – che le politiche sociali delle Regioni possano richiedere «un radicamento territoriale continuativo e ulteriore rispetto alla sola residenza»: l'illegittimità viene quindi ravvisata non nel requisito di residenza protratta in quanto tale, ma nel difetto di proporzionalità (l'eccessività sotto il profilo temporale) e di ragionevolezza (il fatto che la residenza sia richiesta sul territorio nazionale, anziché su quello regionale).

In linea generale, la Corte costituzionale tende a considerare in ogni caso costituzionalmente illegittime le condizioni di residenza temporalmente qualificata in tre ipotesi: (i) quando il requisito temporale è eccessivo; (ii) quando il beneficio riguarda situazioni di urgente bisogno; (iii) quando la norma è apertamente discriminatoria, in quanto richiede il requisito soltanto in capo agli stranieri.

Nel primo caso i profili coinvolti riguardano da un lato la pura ragionevolezza, dall'altro la discriminazione indiretta, perché più lungo è il periodo di residenza richiesto, più è difficile che esso sia soddisfatto dai componenti della popolazione immigrata (siano essi cittadini europei o stranieri); nel secondo, la questione è sempre di ragionevolezza, perché la logica del bisogno è diversa da quella del radicamento territoriale e quindi il requisito di residenza protratta recide il collegamento tra prestazione e finalità sociale o assistenziale; nel terzo, invece, il problema è di pura eguaglianza.

Così, un esempio di applicazione della *ratio decidendi* indicata *sub* (i) si trova nella sentenza n. 168 del 2014, la quale ha dichiarato illegittima una norma della regione Valle d'Aosta che richiedeva, per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, otto anni (anche non continuativi) di residenza sul territorio regionale, con la motivazione che la norma impugnata introduceva una discriminazione – di tipo indiretto, perché formalmente la norma si applicava a tutti – sia nei

⁷⁹ In particolare la sentenza n. 222 del 2013, annotata criticamente da D. MONEGO, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*, cit., 266 ss., e l'ordinanza n. 32 del 2007, anch'essa sottoposta a critica da C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, n. 3-4, 141 ss., e da F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2007, 611 ss.

confronti dei cittadini dell'Unione Europea, ai quali deve essere garantita la parità di trattamento rispetto ai cittadini degli Stati membri (art. 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE), sia nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo⁸⁰.

Ancora, la sentenza n. 172 del 2013 esemplifica il caso indicato *sub* (ii). Con essa la Corte ha annullato una norma della Provincia autonoma di Trento che riservava ai residenti da almeno tre anni sul territorio provinciale l'assegno sociale, riscontrando il difetto di «ragionevole correlazione tra l'impugnato presupposto di ammissibilità al beneficio (residenza protratta nel tempo) e gli altri peculiari requisiti (situazione di bisogno e di disagio anche economico riferibili direttamente alla persona non autosufficiente in quanto tale), che costituiscono le condizioni di fruibilità della provvidenza in esame». Tale mancanza di correlazione – osserva la Corte – determina oltre che l'irragionevolezza della disciplina, anche un problema di eguaglianza, determinando l'esclusione di «soggetti altrettanto (se non più) esposti alle condizioni di bisogno e di disagio (che il censurato sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale), senza che sia possibile presumere, in termini assoluti, che lo stato di bisogno di chi risieda (seppur regolarmente) nella Provincia da meno di tre anni sia minore rispetto a chi vi risieda da più anni».

Come esempio della costellazione descritta *sub* (iii) si possono richiamare la sentenza n. 133 del 2013, la quale dichiara illegittima la norma della regione Trentino-Alto Adige che chiedeva, quale condizione per l'erogazione ai cittadini stranieri extracomunitari dell'assegno regionale al nucleo familiare per i figli ed equiparati, il «possesso della residenza in regione da almeno cinque anni», e la sentenza n. 2 del 2013, relativa ad una prestazione non collegata ad uno stato di bisogno (la concessione di un sussidio per l'apprendimento delle lingue straniere), ma erogata in modo comunque di-

⁸⁰ È uno dei casi in cui l'utilizzo di principi di parità di trattamento che valgono solo per determinate categorie di stranieri determinano un annullamento della disposizione in quanto discriminatoria, annullamento che ridonda anche a favore di stranieri non specificamente protetti da quei principi.

scriminatorio, perché la condizione di residenza annuale nel territorio provinciale era richiesta (dalla legge della Provincia autonoma di Bolzano) solo in capo agli stranieri.

Invece, hanno superato il controllo di costituzionalità norme generali, applicabili sia ai cittadini, sia ai non cittadini, che prevedevano una residenza qualificata ma contenuta entro limiti temporali non eccessivi quale condizione per l'attribuzione di benefici non specificamente correlati allo stato di bisogno. In tale senso si può vedere la sentenza n. 141 del 2014, che dichiara infondata la censura diretta contro la previsione del requisito della residenza biennale sul territorio regionale per l'erogazione del c.d. bonus bebè, ritenendo che «non è irragionevole la previsione regionale che si limiti a favorire la natalità in correlazione alla presenza stabile del nucleo familiare sul territorio, senza che vengano in rilievo ulteriori criteri selettivi concernenti situazioni di bisogno o disagio, i quali non tollerano di per sé discriminazioni».

Infine, una considerazione a parte merita la sentenza n. 166 del 2018, che dichiara l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost., di una norma statale che introduceva, per gli stranieri, un requisito di residenza qualificata (dieci anni sul territorio nazionale oppure cinque anni sul territorio regionale) quale condizione minima per l'erogazione delle sovvenzioni finanziate dal Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione. Tale previsione restrittiva, introdotta dall'art. 11, comma 13, del d-l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge n. 133 del 2008, è stata considerata discriminatoria ed irragionevole dalla Corte costituzionale. Il giudice costituzionale ha evidenziato, anzitutto, la irrazionalità intrinseca della norma, nella parte in cui esige una residenza protratta per dieci anni sul territorio nazionale, in quanto tale termine equivale a quello necessario e sufficiente per chiedere la cittadinanza italiana per naturalizzazione, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 91 del 1992⁸¹, ed una residenza quinquen-

⁸¹ Per l'affermazione secondo cui la previsione di un limite di stabile permanenza (per dieci anni) sul territorio nazionale come requisito per ottenere l'assegno sociale si fonda sulla valorizzazione di «un livello di radicamento più

nale sul territorio della Regione, quando il fondo per l'affitto era funzionale anche ad esigenze abitative transitorie. Per un diverso profilo, la sentenza osserva come – in un contesto in cui la limitatezza delle risorse disponibili per le politiche sociali fa sì che tali sovvenzioni siano riservate a casi di vera e propria indigenza – non vi sia «alcuna ragionevole correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni abitativi primari della persona che versi in condizioni di povertà e sia insediata nel territorio regionale, e la lunga protrazione nel tempo di tale radicamento territoriale».

Interessante, in questa decisione, è anche l'utilizzo del principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva 2003/109/CE per i soggiornanti di lungo periodo e dalla disciplina interna di attuazione quale “indice normativo” confermativo del fatto che la previsione di un requisito di residenza decennale nel territorio dello Stato e quinquennale in quello della Regione è sproporzionato e perciò irragionevole.

5.4. *L'eguaglianza nei doveri*

In coda all'esame della giurisprudenza costituzionale relativa alla eguaglianza e al pari trattamento nel godimento dei diritti, un cenno va fatto alle (più rare) pronunce in tema di eguaglianza nella soggezione ai doveri, non soltanto in considerazione del rapporto di reciproca implicazione tra gli uni e gli altri ma anche perché tali pronunce concorrono ad illuminare meglio quale è la “posizione” del non cittadino all'interno della comunità.

Già nella sentenza n. 172 del 1999, relativa all'obbligo per gli apolidi di prestare il servizio militare, la Corte costituzionale aveva fatto leva sulle norme convenzionali ed interne che assicurano

intenso e continuo rispetto alla mera presenza legale nel territorio dello Stato e, del resto, in esatta corrispondenza alla previsione del termine legale di soggiorno richiesto per il conseguimento della cittadinanza italiana, a norma dell'art. 9, lettera f), della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza)» si veda invece Corte costituzionale, ord. n. 197 del 2013, annotata criticamente da G. TURATTO, *Le “pause” della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento dei cittadini dei paesi terzi extracomunitari*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2013, 549 ss.

un'ampia tutela a tali soggetti e in particolare sul principio della piena parità di trattamento e della piena uguaglianza di diritti tra apolidi e cittadini italiani, ricavabile dagli artt. 1, comma 1, e 2, commi 1-5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per affermare che tali soggetti sono «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa».

La stessa sentenza aveva identificato tale comunità di diritti e di doveri come una comunità «più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto», la quale «accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza».

Più recentemente, con la sentenza n. 309 del 2013 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma della Provincia autonoma di Bolzano che precludeva agli stranieri regolarmente soggiornanti la prestazione del servizio sociale volontario provinciale, rilevando che il legislatore non può discriminare gli stranieri stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni né per il godimento dei diritti fondamentali della persona né nell'esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione.

La sentenza osserva che è irragionevole richiedere la cittadinanza italiana o dell'Unione Europea per l'accesso a tale servizio volontario, che si esplica in prestazioni personali effettuate spontaneamente a favore di altri individui o della collettività e dunque concreta una realizzazione del principio di solidarietà sociale. La Corte sottolinea che la partecipazione a tale forme di solidarietà «deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente», e quindi anche agli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio italiano deve essere riconosciuta tale possibilità, tan-

to più in considerazione del fatto che tali attività sono funzionali a rafforzare le esigenze di integrazione nella comunità e di pieno sviluppo della persona, che costituiscono una delle finalità della legislazione in materia di trattamento dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato.

In seguito, la sentenza n. 119 del 2015 è intervenuta direttamente sulla legge statale sul servizio civile nazionale, dichiarando l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 77 del 2002 (Disciplina del Servizio civile nazionale), che richiedeva la cittadinanza italiana per l'ammissione al servizio civile e quindi escludeva dalla possibilità di prestare tale servizio gli stranieri regolarmente soggiornanti.

La sentenza, dopo aver ribadito il collegamento tra l'art. 52 Cost. ed i doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. ritiene «di per sé irragionevole» l'esclusione dei cittadini stranieri, che risiedono regolarmente in Italia, dalle attività alle quali tali doveri si riconnettono.

Per un distinto profilo, la Corte evidenzia che le finalità di solidarietà sociale riconosciute al servizio civile nazionale, e il suo inserimento in attività di cooperazione nazionale ed internazionale, di salvaguardia e tutela del patrimonio nazionale, lo qualificano «come un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza», sicché l'esclusione dello straniero «comporta [...] un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza».

*6. Il riemergere della dimensione soggettiva del principio di eguaglianza.
La pretesa al pari trattamento come diritto soggettivo*

Se gli svolgimenti della giurisprudenza costituzionale illustrati sopra hanno evidenziato lo spostamento del baricentro del sindacato di eguaglianza da una concezione “soggettiva” del principio, incentrata sulla identificazione dei titolari del diritto al pari trattamento, ad una concezione “oggettiva” del principio, inteso come canone di eguaglianza-ragionevolezza e valevole come limite gene-

rale alla disciplina legislativa⁸², è altresì vero che il riconoscimento di una dimensione soggettiva della eguaglianza permane sottotraccia in diverse pronunce della Corte⁸³ e, soprattutto, è ben radicato nel sistema delle tutele.

Anzitutto, come si è visto sopra, sul piano delle norme-parametro la pretesa del non cittadino al pari trattamento è riconosciuta nei termini di una vera e propria posizione soggettiva dall'art. 14 della CEDU, visto che il principio di non discriminazione protegge una posizione distinta, anche se collegata, ai singoli diritti o libertà considerati negli articoli precedenti della Convenzione.

Per fare un esempio, nel ricordato caso *Dhabbi c. Italia*, la Corte europea, una volta accertata la violazione dell'art. 14 CEDU in combinazione con l'art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita familiare), ha ritenuto che l'equa soddisfazione riconosciuta alla ricorrente, che si era vista negare l'assegno per nuclei familiari numerosi soltanto in quanto non cittadina, dovesse comprendere non solo l'importo dell'assegno negato, ma anche una somma a titolo di danno morale.

Analoghe considerazioni si potrebbero fare, probabilmente, per gli imperativi di parità di trattamento o di non discriminazione sanciti da fonti internazionali ed europee.

In secondo luogo, e in via più generale, le norme del testo unico sulla immigrazione che hanno introdotto l'azione civile contro la discriminazione, attivabile con le forme del processo sommario di cognizione⁸⁴ per la repressione di tutte le condotte che discriminino il non cittadino in ragione della sua condizione⁸⁵, riconoscono la pretesa dello straniero alla parità di trattamento come una posizio-

⁸² Sulla distinzione vedi sinteticamente A. CERRI, *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, cit., 158.

⁸³ G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, in *Istit. fed.*, 2008, 548 ss.

⁸⁴ Art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che ha sostituito la disciplina processuale già contenuta nell'art. 44 del t.u. sull'immigrazione.

⁸⁵ La nozione di discriminazione è contenuta nell'art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998, che al comma 1 detta una definizione generale e al comma 2 descrive ipotesi specifiche in cui tale figura ricorre.

ne soggettiva autonoma, distinta – almeno concettualmente – dallo specifico bene della vita dal quale lo straniero sia illegittimamente escluso, bene che potrebbe essere anche una posizione di mero interesse legittimo⁸⁶, e riconducibile, piuttosto, alla garanzia della pari dignità sociale⁸⁷.

L'azione civile contro la discriminazione è quindi ricostruibile come il risvolto processuale di una posizione sostanziale di diritto costituzionale, come è dimostrato dalla circostanza che essa sia proponibile, previa eccezione di costituzionalità, anche quando la discriminazione sia riconducibile ad una legge⁸⁸.

Sotto questo aspetto appare eccentrica l'ordinanza n. 71 del 2009, con la quale la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costitu-

⁸⁶ Corte di cassazione, sez. unite, ordinanza 30 marzo 2001, n. 7186, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 109 ss., relativa alla giurisdizione dell'autorità giurisdizionale ordinaria in relazione alla condotta discriminatoria di una azienda ospedaliera che aveva escluso dalle procedure di stabilizzazione il personale straniero. La Cassazione riconosce la giurisdizione del giudice ordinario anche se la discriminazione sia stata attuata «nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della pubblica amministrazione di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo».

⁸⁷ Sul punto si vedano le persuasive considerazioni di A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. Tega, Milano, 2011, 199, che osserva come nelle differenziazioni basate sulla cittadinanza la posta in gioco sia, appunto, la pari dignità degli stranieri.

⁸⁸ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 166 del 2018, oppure la ricordata sentenza della Corte costituzionale n. 119 del 2015, in materia di accesso dello straniero al servizio civile volontario, resa in un giudizio incidentale su rimessione della Corte di cassazione, che aveva sollevato la questione nell'ambito di un giudizio civile contro la discriminazione *ex art. 44* del testo unico sull'immigrazione. Si veda poi, a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 119 del 2015, la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite, 20 aprile 2016, n. 7951, che pronunciando nell'interesse della legge accerta il carattere discriminatorio dei bandi per la selezione di volontari da impiegare in progetti di servizio civile nazionale, nella parte in cui essi, in esecuzione della legge dichiarata incostituzionale, avevano richiesto la cittadinanza italiana in capo ai volontari.

zionale sollevata dal giudice del lavoro in riferimento agli artt. 3 e 4 Cost. sulla norma del r.d. 8 gennaio 1931, n. 148, che richiede la cittadinanza italiana per il personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione, questione sollevata nell'ambito di un giudizio introdotto con azione civile contro la discriminazione da un lavoratore straniero che si era vista negata l'assunzione da parte della azienda di trasporto locale in quanto privo della cittadinanza italiana. Invero, risolvendo il giudizio di rilevanza in quello di influenza e comunque anticipando nel giudizio di legittimità costituzionale il giudizio sul merito della controversia, l'ordinanza n. 71 del 2009 afferma l'irrilevanza della questione con l'argomento che la condanna al risarcimento del danno, chiesta dal lavoratore nel giudizio *a quo*, non avrebbe mai potuto essere pronunciata, perché una sentenza del giudice delle leggi «non può avere l'effetto di rendere antiggiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere», mancando in tal caso la colpa specifica, la quale presuppone la inosservanza di una norma vigente e conoscibile al momento del fatto⁸⁹.

Ma, a prescindere dalla correttezza della soluzione adottata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza citata, quella stessa motivazione non escluderebbe la rilevanza della questione ogni volta che l'azione contro la discriminazione abbia come contenuto non la pretesa risarcitoria ma l'accertamento della discriminazione e la condanna alla cessazione della condotta discriminatoria, che sono contenuti possibili (ed anzi tipici) della azione civile contro le discriminazioni⁹⁰.

⁸⁹ La pronuncia è criticata da A. PACE, *Dalla "presbiopia" comunitaria alla "miopia" costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2009, 672 ss., e da R. BIFULCO, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*, in *Giur. cost.*, 2009, 682 ss. Il tema della responsabilità della amministrazione per l'esecuzione di leggi incostituzionali perché discriminatorie è approfondito da A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica*, cit., 38 ss., che non esclude, in determinate ipotesi, forme di responsabilità per la pubblica amministrazione.

⁹⁰ Cfr. l'art. 44, commi 1 e 11, del d.lgs. n. 286 del 1998 e l'art. 28, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011, secondo il quale il giudice può «ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole,

Anche il riconoscimento di un danno non patrimoniale per la violazione del principio di pari trattamento⁹¹ – danno che quindi si somma a quello derivante dalla lesione dello specifico bene della vita dal quale lo straniero è stato escluso – induce a ritenere che la pretesa alla eguaglianza, protetta dalle norme del testo unico ma fondata sull'art. 3, primo comma, Cost. e sulle singole norme internazionali od europee che concorrono a definire tale pretesa, abbia natura sostanziale. In questo senso, del resto, si è espressa la giurisprudenza di legittimità con le sentenze dell'11 novembre 2008 sul danno non patrimoniale, in cui la Corte di cassazione ha ricondotto tale risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla discriminazione alle ipotesi tipiche espressamente previste da disposizioni di legge ordinaria in relazione alla compromissione di valori personali, ma ha anche sottolineato che in tali casi «il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni»⁹².

Ancora, sempre la Corte di cassazione ha evidenziato che l'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione in materia di azione civile contro le discriminazioni, disposta dall'art. 44, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, anche quando la discriminazione è operata dalla pubblica amministrazione, è coerente con la natura della posizione soggettiva coinvolta. Nella già ricordata ordinanza delle sezioni unite del 30 marzo 2011, la Cassazione ha precisato che il legislatore, dettando le norme dirette a garantire la parità di trattamento e a vietare discriminazioni con riferimento a fattori individuati sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali ed istituendo strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, ha inteso «configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posi-

adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti”.

⁹¹ Ancora l'art. 28, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui stabilisce che con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice «può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale».

⁹² Cass., sez. unite, sent. n. 26972 del 2008.

zione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come “diritto assoluto” in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa»⁹³.

Il cerchio dunque in questo modo si chiude, con una saldatura tra l'idea che la conformità al principio di eguaglianza sia una caratteristica indefettibile del sistema normativo e l'idea che la pretesa dello straniero a non essere discriminato o ad essere trattato come eguale, nei limiti in cui ciò sia costituzionalmente dovuto, sia una posizione soggettiva tutelata in quanto tale.

⁹³ Cass., sez. unite, ord. n. 7186 del 2011.

DIGNITÀ E LAVORO DOPO IL C.D. DECRETO DIGNITÀ: IL CASO DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

MARIA DOLORES FERRARA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

SOMMARIO: 1. La tutela della dignità nella relazione lavorativa e nel mercato del lavoro: premessa. – 2. La somministrazione di lavoro e la causalità del contratto di lavoro a tempo determinato: il controllo sulla razionalità dell'agire imprenditoriale. – 3. Tendenze contrapposte e considerazioni di sistema: conclusioni.

1. La tutela della dignità nella relazione lavorativa e nel mercato del lavoro: premessa

Nelle pagine che seguono si intende svolgere una riflessione sui confini attuali della nozione di dignità sociale nell'ambito del rapporto di lavoro dopo le recenti riforme del diritto del lavoro, ossia alla luce del c.d. decreto dignità, d.l. n. 87 del 12 luglio 2018, convertito in legge n. 96 del 9 agosto 2018, che ha riscritto, tra l'altro, la disciplina in tema di contratti a termine e lavoro somministrato di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Volendo anticipare gli esiti di queste riflessioni, si può, in premessa, dire che nell'attuale quadro regolativo, con particolare riferimento al sistema protettivo contro la precarizzazione del lavoro, esiste una possibile contraddizione tra principi e, in particolare, tra la tutela della dignità sociale nel contratto di lavoro e l'eguaglianza nel mercato del lavoro intesa, questa ultima, come garanzia di opportunità occupazionali stabili attraverso il contrasto di fenomeni elusivi.

Dalla lettura combinata della Carta costituzionale italiana e, in particolare, degli articoli 3 («pari dignità sociale»), 36 («esistenza

libera e dignitosa») e 41 («dignità umana») si desume che la dignità sociale viene riferita all'uomo/lavoratore *in societate* e non rapportata all'uomo nella sua dimensione individuale¹. Il riconoscimento della dignità è collegato alla condizione del soggetto come termine di relazione con le forme e i modi in cui si organizza la società. Se questa è una possibile declinazione del principio, occorre a maggior ragione prediligere una tecnica regolativa che nel passare dal principio alla regola giuridica tenga conto anche degli effetti e delle ricadute sulla *dimensione in societate* della protezione del lavoratore. Dimensione, questa ultima, che appare in crisi in relazione ad alcune tipologie contrattuali flessibili dopo le recenti riforme. Il contrasto alla precarietà del lavoro come strumento di tutela e valorizzazione della dignità nei rapporti di lavoro potrebbe essere nuovamente frustrato a causa del possibile antagonismo con altri obiettivi tra cui l'eguaglianza nel mercato del lavoro intesa come garanzia di opportunità occupazionali stabili attraverso la prevenzione dei fenomeni elusivi.

Il ricorso alla somministrazione di lavoratori tramite le agenzie di lavoro aveva acquisito, dopo il *Jobs Act*, un'evidente centralità. Non si è trattato solo di un singolo caso eclatante di cronaca, come il caso Amazon che nel periodo da luglio a dicembre 2017 ha impiegato i lavoratori somministrati oltre i limiti quantitativi individuati dal contratto collettivo applicato (1308 lavoratori su 444 contratti

¹ Cfr., particolarmente, S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018, 75 ss. Sulla declinazione della dignità umana, tra gli altri, cfr. A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 34 ss.; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, II, 089 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Art. 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 16 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 45 ss.; S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, III, 2213 ss. ed ivi anche P.F. GROSSI, *Ancora in tema di eguaglianza giuridica e di parità sociale*, 207 ss.

consentiti). Ma vi è di più. L'Osservatorio sul precariato dell'INPS aveva certificato un aumento, nel periodo gennaio-giugno 2018, dei contratti in somministrazione pari al 16,3% rispetto allo stesso periodo del 2017².

L'ottima *performance* della somministrazione di lavoro rispetto alle altre tipologie contrattuali era evidente, dovuta essenzialmente alla liberalizzazione introdotta dal d.lgs. n. 81/2015 per effetto dell'eliminazione dell'obbligo di giustificare il ricorso all'uso di questa tipologia contrattuale e all'assenza di norme che estendessero le tutele previste per il contratto a termine *tout court* (tra queste, la durata massima di trentasei mesi per un unico contratto³ e la durata complessiva di tre anni nell'ipotesi di successione di diversi contratti per lo svolgimento di mansioni di pari livello tra lo stesso lavoratore e il medesimo datore). Il quadro appena tracciato confermava l'esistenza di una dimensione regolativa in cui era possibile reiteratamente stipulare contratti di lavoro a termine in somministrazione e abusivamente mandare i lavoratori anche per lunghi periodi in missione presso lo stesso utilizzatore a svolgere le medesime mansioni nell'impunità generale e nella sostanziale convenienza di questa operazione da parte dei soggetti datoriali, posto che l'unico deterrente era dato, di fatto, dall'eventuale diffusione di diverse e migliori pratiche da parte delle agenzie di lavoro.

Siffatta situazione ordinamentale pareva, infatti, ignorare l'abuso determinato da un sostanziale sfruttamento dei lavoratori somministrati; situazione foriera, tra l'altro, anche di una probabile incompatibilità con la direttiva europea 104/2008/Ce in materia di lavoro interinale, dove espressamente si obbligano gli Stati ad

² Si vedano anche le note per la stampa di Assolavoro del 30 maggio 2017 e del 5 ottobre 2017, in www.assolavoro.eu. Sulla buona *performance* della somministrazione di lavoro dopo il *Jobs Act* si veda M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, 165.

³ Un limite di durata massima di trentasei mesi era fissato dall'art. 47, CCNL Agenzie di somministrazione di lavoro del 27 febbraio 2014.

adottare misure per prevenire l'abuso di missioni successive (art. 5, par. 5, direttiva 104/2008/Ce)⁴.

Queste conclusioni sono ancora valide alla luce delle nuove regole del decreto dignità che, come è noto, ha inciso profondamente sulla disciplina del contratto di lavoro a termine e della somministrazione di lavoro? Oppure il recente intervento regolativo, pur ponendosi la finalità di proteggere i lavoratori coinvolti, ha generato nuove crepe di tutela?

Il c.d. decreto dignità ha reintrodotta la tecnica della giustificazione a fondamento del contratto di lavoro a termine, restituendo all'ordinamento la sua funzione di sorveglianza sulla razionalità dell'agire imprenditoriale; allo stesso tempo, è stata colmata una lacuna, estendendo ai contratti di lavoro a termine in somministrazione la disciplina limitativa in materia di durata massima e di successione di diversi contratti sancita per i contratti a termine diretti.

Di seguito si esaminerà l'impatto delle nuove regole in tema di causali.

Sin dai primi commenti⁵ è stata rilevata la possibilità che dalle norme vigenti possa scaturire un *turn-over* di lavoratori assunti con contratti di lavoro a termine di breve durata, a fronte dell'obbligo di verificare la sussistenza delle causali da parte delle agenzie di somministrazione o della possibilità di assumere tutti a tempo indeterminato. La recente riforma, che fin dal titolo *Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese* aspira ad un'attuazione del principio del lavoro dignitoso, sembra ignorare l'impatto delle nuove regole sulla dimensione protettiva del lavoratore anche nel mercato del lavoro, compiendosi, probabilmente, il paradosso perfetto per effetto del quale la rivendicazione della dignità nel contratto di lavoro diventa fonte di diseguaglianze nel mercato del

⁴ Cfr. M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 175; M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 111.

⁵ Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *giustiziacivile.com*, settembre 2018, 7 ss.

lavoro⁶. Tuttavia, non può tacersi che, sul piano dei dati, le ultime stime mostrano una crescita dei contratti a tempo indeterminato, crescita che la cronaca e la politica hanno già interpretato come positivo effetto del decreto dignità⁷.

2. La somministrazione di lavoro e la causalità del contratto di lavoro a tempo determinato: il controllo sulla razionalità dell'agire imprenditoriale

Tralasciando l'analisi dell'assetto complessivo delle nuove regole in tema di contratti a termine e somministrazione di lavoro dopo il decreto n. 87/2018, di seguito si proverà a dare una prima risposta ai quesiti sopra posti in relazione al ritorno dell'obbligo di giustificare il ricorso alla stipula di contratti di lavoro a tempo determinato in somministrazione.

In primo luogo, va detto che l'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, così come novellato dal decreto dignità, ha esteso al contratto di lavoro a termine tra l'agenzia di somministrazione e il lavoratore la disciplina del contratto a tempo determinato, con la sola eccezione delle previsioni contenute agli articoli 21, co. 2 (il c.d. *stop and go*, ovvero le pause tra un contratto di lavoro e il successivo), 23 (i limiti quantitativi al numero di contratti a termine che possono essere stipulati dai datori di lavoro) e 24 (il diritto di precedenza

⁶ Questo non è l'unico profilo critico del decreto dignità e delle politiche del lavoro gialloverde. Per una visione generale si veda più ampiamente L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.it*, 377/2018.

⁷ Secondo i dati Istat riferiti a gennaio 2019 (in www.istat.it), nel primo mese dell'anno, si registrano 56mila contratti a tempo indeterminato in più, a fronte di 16mila contratti a termine in meno e di 19mila lavoratori autonomi in meno; tuttavia, la stima degli occupati è cresciuta solo dello 0,1% (+21mila), essendo il tasso di occupazione stabile al 58,7%. Parrebbero, quindi, in crescita le trasformazioni dai contratti a termine a contratti a tempo indeterminato, ma contemporaneamente in calo le nuove assunzioni a termine. La scarsa crescita degli occupati, tuttavia, induce a pensare che con il decreto dignità non si sono creati nuovi posti di lavoro, ma sono state favorite le trasformazioni dei rapporti a termine in contratti stabili, posto che si contano anche 15mila disoccupati in più, con un aumento del tasso di disoccupazione, anche tra i più giovani.

nelle assunzioni a tempo indeterminato)⁸. Come anche chiarito da una successiva circolare ministeriale⁹, nessuna limitazione è stata introdotta per l'invio in missione di lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione. In questo caso, tali lavoratori possono essere inviati in missione senza obbligo di causale o vincoli di durata nel rispetto dei limiti quantitativi di utilizzo di cui all'art. 31, commi 1 e 2, d.lgs. n. 81/2015. Parimenti, non sussiste l'obbligo di giustificare nel caso di contratti lavoro a tempo determinato di durata inferiore a dodici mesi, salvo il caso di rinnovo, e in relazione ad attività stagionali individuate dal d.p.r. n. 1525 del 1965 e dai contratti collettivi, così come imposto per i contratti a termine in generale (art. 21, co. 01, d.lgs. n. 81/2015 che rinvia al co. 2 dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015), a prescindere dalla durata del contratto medesimo e posto che la stagionalità viene riferita all'attività dell'utilizzatore.

Per effetto dell'estensione delle regole sul lavoro a termine, spicca l'introduzione di causali tassative a fondamento della possibilità di sottoscrivere contratti di lavoro a termine in somministrazione nel tentativo di applicare alla somministrazione le nuove regole sancite per il contratto a tempo determinato e, tra queste, la regola della giustificazione; ma, come meglio si dirà, si è probabilmente creato un nuovo equivoco nella complessa relazione tra il contratto di lavoro in somministrazione e il contratto commerciale di somministrazione.

Il rinvio all'applicazione delle regole sul contratto a termine in caso di assunzione a tempo determinato tra l'agenzia e il lavoratore (art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) ha imposto una necessaria precisazione in sede di conversione del decreto, ovvero si è dovuto specificare che le condizioni di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 (causalità e durata), si applicano esclusivamente all'utilizzatore (art. 2, co. 1^{ter}, d.l. n. 87/2018, aggiunto dalla legge di

⁸ Cfr., in generale, M. MISCIONE, *Il lavoro somministrato dopo il "decreto dignità" e momenti di storia del diritto*, in *Lav. giur.*, 2/2019, 123 ss.

⁹ Cfr. circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 17 del 31 ottobre 2018, 3.

conversione n. 96 del 2018). Il novellato articolo 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, impone l'esistenza di una rigida causale tra quelle indicate, ossia esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori, oppure esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria, in caso di contratto stipulato o prorogato con durata superiore a dodici mesi entro la durata massima di ventiquattro mesi e in ogni caso di rinnovo anche se intervenuto entro dodici mesi e sempre nei limiti della durata massima di ventiquattro mesi (art. 19, co. 1, e art. 21, co. 01, d.lgs. n. 81/2015 che rinvia all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015).

Prima di entrare nel vivo delle questioni relative alla somministrazione di lavoro, va detto che il ritorno alla causalità del contratto di lavoro a tempo determinato, già definita una condizione impossibile¹⁰ o difficilmente utilizzabile¹¹, è ispirato a logiche più restrittive rispetto alle regole del passato che fissavano l'obbligo di indicazione delle causali¹². In particolare, con riferimento alla prima tipologia di causali «esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività», la formulazione letterale parrebbe imporre l'esistenza simultanea di tutte le caratteristiche indicate, ossia temporaneità, oggettività e straordinarietà dei motivi di ricorso al lavoro a termine¹³. Senonché proprio questa lettura unificante con-

¹⁰ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma dei contratti a termine*, Intervento al Seminario di Bertinoro “Dal contratto di Governo agli interventi legislativi”, Bologna, 28-29 novembre 2018.

¹¹ Cfr. A. MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, in *Lan. dir. eur.*, 2018, 3.

¹² In relazione sia alla legge n. 230 del 18 aprile 1962 (che stabiliva un maggiore numero di causali e non fissava una durata predeterminata del contratto) sia al decreto n. 368/2001 (che sanciva le generiche ragioni tecniche, produttive, organizzative, sostitutive). In tal senso cfr. P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.it*, 380/2018, 9.

¹³ Si potrebbe verificare ciò, ad esempio, nel caso di lancio di un nuovo prodotto (così P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 10) oppure in relazione soltanto

tribuisce a rendere, in pratica, l'interpretazione oscura, poiché un'esigenza estranea all'ordinaria attività difficilmente potrebbe essere non temporanea, poiché se fosse duratura sarebbe con ogni probabilità collegata all'attività ordinaria del datore di lavoro. La seconda ipotesi di legittima stipulazione di un contratto a termine, ossia le esigenze di sostituzione di altri lavoratori, è una causale distinta, pur se contenuta nella medesima lettera a) dell'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015; il riferimento è all'indicazione della sola ragione sostitutiva e non anche del nome del lavoratore sostituito, con l'effetto di legittimare le c.d. "sostituzioni per scorrimento" già oggetto di precedenti favorevoli da parte della giurisprudenza in relazione alla previgente disciplina del d.lgs. n. 368 del 6 settembre 2001¹⁴.

La seconda condizione di cui alla lettera b) dell'art. 19, co. 1, ossia l'esistenza di «esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria» sembra riferirsi all'attività ordinaria e pertanto consente un più ampio margine di utilizzabilità. Sul punto è stato detto che queste esigenze non si riferiscono agli eventi ciclici e alle punte stagionali¹⁵, poiché in questi casi mancherebbe la non programmabilità delle esigenze. Ad avviso di chi scrive, la non programmabilità può anche essere riferita all'aspetto quantitativo delle esigenze e non solo a quello qualitativo. In questa prospettiva potrebbe sostenersi la legittimità dell'uso di contratti a tempo determinato tutte le volte in cui le esigenze, temporanee e significative, non siano programmabili sul piano della quantità della forza lavoro occorrente così da consentire l'uso di questa tipologia contrattuale almeno per quanto concerne le punte stagionali.

Venendo all'adattamento della causalità alla somministrazione di lavoro, è da escludersi che l'obbligo di giustificare trasla dal con-

ad eventi strumentali all'attività di impresa (così S. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in *Dir. prat. lav.*, 40/2018, 2368 ss.).

¹⁴ Da ultimo, Cass. 31 agosto 2017, n. 2064.

¹⁵ In tal senso, S. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, cit., 2370, e P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 11.

tratto di lavoro in somministrazione al contratto commerciale¹⁶, poiché anche dopo il decreto dignità la disciplina del contratto commerciale di somministrazione di cui al decreto legislativo n. 81/2015 resta immutata, non prevedendosi alcuna condizione per la stipula se non l'esistenza di un'agenzia autorizzata (art. 30), la durata (a termine o a tempo indeterminato, art. 31, co. 1 e co. 2, d.lgs. n. 81/2015), le clausole di contingentamento (art. 31, co. 1 e co. 2, d.lgs. n. 81/2015), i divieti (art. 32, d.lgs. n. 81/2015), i requisiti di forma e contenuto del contratto (art. 33, d.lgs. n. 81/2015). Del resto, il rinvio alla disciplina di cui al capo III del decreto n. 81/2015, ossia alle regole del contratto di lavoro a termine, è contenuto nell'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 che riguarda appunto la disciplina dei rapporti di lavoro e non la relazione commerciale. Ma vi è di più. Un contratto di somministrazione a termine può essere adempiuto anche inviando in missione lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato, per cui non sarebbe logico ipotizzare l'obbligo di giustificare in presenza di lavoratori a tempo indeterminato.

La precisazione contenuta nella legge di conversione in merito all'applicazione delle condizioni di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, affinché abbia una ragione nel contesto del decreto, non va intesa nel senso che essa ha imposto l'onere di giustificare il contratto commerciale, ma ha l'obiettivo di chiarire che la giustificazione va riferita alle esigenze dell'utilizzatore. Sul piano pratico tale indicazione può essere oggetto di un atto separato oppure incorporata nel contenuto del contratto commerciale, pur se rispetto a questa ipotesi non va trascurato il fatto che nel contratto commerciale si può pattuire anche la somministrazione di lavoratori per diverse finalità, per cui ciò potrebbe complicare il collegamento con la specifica causale che legittima il singolo contratto di lavoro. Ad avviso di scrive, pare preferibile una dichiarazione unilaterale dell'utilizzatore allegata al contratto di lavoro tra agenzia

¹⁶ Cfr. anche circolare Assolavoro n. 9/2018, 5 (in www.assolavoro.it) e, seppure meno esplicitamente, circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 17 del 31 ottobre 2018, 3.

e lavoratore, piuttosto che “appesantire” la relazione commerciale tra agenzia e utilizzatore.

A ben vedere, l’obbligo di giustificare si biforca in due doveri: l’onere di indicazione formale che resta in capo all’agenzia in quanto titolare del rapporto di lavoro e l’onere di indicare il contenuto della giustificazione che spetta all’utilizzatore.

Questa nuova configurazione pone il principale problema di stabilire le conseguenze dell’illegittimità della causale specificata. È stato detto¹⁷ che questo onere di giustificazione è condizione di legittimità solo del contratto di lavoro la cui sorte rimane affidata al rapporto tra agenzia e utilizzatore sul piano delle informazioni e delle relative responsabilità.

L’eventuale illegittimità del contratto di lavoro a termine in somministrazione motivata dal vizio della causale non si configura come una somministrazione irregolare (art. 38, d.lgs. n. 81/2015), con conversione del contratto di lavoro a carico dell’utilizzatore; la sanzione della conversione in contratto a tempo indeterminato è ai danni dell’agenzia poiché il vizio colpisce la relazione lavorativa e non il contratto commerciale di somministrazione¹⁸.

Questa ricostruzione pare la più ragionevole sul piano letterale, tuttavia è la meno efficace per contrastare il fenomeno delle somministrazioni “abusive”, inteso come uso spregiudicato di questo strumento, poiché si avrà l’evidente effetto di favorire il *turn-over* di contratti di lavoro di breve durata, soprattutto per le professionalità fungibili, con un aumento di quella precarietà contro cui il decreto formalmente si scaglia. Il *turn-over* è senza altro la strada più sicura per le agenzie, a fronte dell’obbligo di verificare la sussistenza delle causali e della possibilità di assumere tutti a tempo indeterminato.

Resta aperta la possibilità di configurare le condotte dei due soggetti datoriali sul piano della sussistenza di una somministra-

¹⁷ Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il “decreto dignità”: al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, cit., 18; parimenti, P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 44.

¹⁸ Cfr. anche circolare Assolavoro n. 9/2018, cit., 5.

zione fraudolenta, reintrodotta dal decreto dignità (art. 38*bis*, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall'2, co. 1*bis*, d.l. 87/2018 convertito in legge n. 96/2018) che, come è noto, rappresenta un'ipotesi autonoma di reato¹⁹ e che si configura quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore. I soggetti attivi di questo reato sono entrambi i contraenti del contratto di somministrazione che, per effetto di un'intesa fraudolenta, pongono in essere consapevolmente un negozio per eludere norme di legge e di contratto collettivo inderogabili: in tal caso, ai rei si applica un'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore impiegato e per ciascun giorno di somministrazione²⁰. In relazione a questa fattispecie il nodo cruciale è rappresentato dalla corretta

¹⁹ Sull'autonomia di questa fattispecie rispetto alle altre ipotesi illecite si è molto discusso. Può, infatti, sorgere il dubbio se la somministrazione fraudolenta sia autonoma rispetto alle figure punite dall'art. 18 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, o ne determini una mera condizione aggravante. Se si ammette la tesi dell'autonomia si deve concludere che la pena per la somministrazione fraudolenta non si sostituisce a quelle prescritte dall'art. 18 del decreto, ma si aggiunge ad esse (in tal senso e in relazione alla precedente disciplina del decreto n. 276/2003, P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, 2006, 361; in senso contrario, ossia a sostegno della non cumulabilità delle conseguenze sanzionatorie si confronti P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.it*, 10/2004, 61).

²⁰ Si veda F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (art. 1-32)*, Torino, 2004, 316. In relazione all'elemento psicologico richiesto affinché si configuri questo reato, si discute se sia necessaria l'esistenza del dolo specifico delle parti oppure un mero comportamento colposo. Il tipo di pena irrogata (ammenda) chiarisce che si tratta di un reato contravvenzionale, punibile anche per un comportamento colposo; a favore della necessaria sussistenza del dolo specifico della finalità elusiva di norme inderogabili si veda F. SCARPELLI, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, 163).

individuazione delle condotte penalmente rilevanti. In questo caso l'accordo fraudolento potrebbe riguardare la veridicità/esistenza delle causali di giustificazione, anche se data la sanzione e il suo impatto sull'attività delle agenzie, tali condotte non rischiano di essere così frequenti.

L'imputazione della sanzione della conversione ai danni dell'utilizzatore potrebbe aversi solo interpretando le norme in modo sistematico e non letterale, pur nella consapevolezza della maggiore complessità dell'interpretazione di seguito proposta.

Il rimedio della conversione, che colpisce il contratto a termine "diretto" con difetto di causale, riguarda un obbligo che, nel caso della somministrazione di lavoro, si biforca e dipende da due condotte diverse, rispettivamente a carico dei due soggetti datoriali, entrambi responsabili. In tal caso la responsabilità dell'utilizzatore è frutto dello sdoppiamento dell'obbligo che è stato sancito dalla legge ed in grado di integrare il contenuto del contratto di lavoro a termine in somministrazione, poiché, per espressa volontà della legge, si è precisato, in sede di conversione del c.d. decreto dignità, che le condizioni di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, nel caso di ricorso al contratto di somministrazione, si applicano all'utilizzatore (art. 2, co. 1^{ter}, d.l. 87/2018).

Se è vero che lo schema dell'imputazione della sanzione a carico dell'agenzia per i vizi inerenti all'indicazione delle esigenze (obbligo che è a carico dell'utilizzatore) è frutto del tradizionale collegamento negoziale tra il contratto di lavoro e il contratto commerciale²¹, è altresì vero che l'art. 2, co. 1^{ter}, d.l. n. 87/2018, ha riferito le condizioni di applicazione delle causali all'utilizzatore, dovendo questo ultimo indicare le esigenze all'agenzia. Questo dovere non integra il contenuto della pattuizione commerciale – in quanto questa ultima resta acausale – ma si riferisce alle condizioni di legittimità del contratto di lavoro. Il citato articolo 2, co. 1^{ter}, d.l. n. 87/2018, potrebbe essere considerato una norma che introduce, per legge e in relazione allo specifico e limitato profilo

²¹ Cfr. P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 44.

dell'indicazione delle causali, un'area di co-datorialità all'interno del contratto di lavoro a termine in somministrazione e che, pertanto, legittimerebbe la possibile azione di conversione anche nei riguardi dell'utilizzatore. In questo modo l'utilizzatore, in virtù del rinvio legislativo e limitatamente a questo profilo, diviene co-datore formale, insieme all'agenzia, nell'ambito del contratto di lavoro, oltre che datore di lavoro sostanziale all'interno della relazione lavorativa in somministrazione in virtù degli altri obblighi che per legge sono stati posti a carico dell'utilizzatore (come accade, ad esempio, in materia di salute e sicurezza, art. 35, co. 4, e trattamento retributivo, art. 35, co. 3).

3. *Tendenze contrapposte e considerazioni di sistema: conclusioni*

Sin dai primi commenti²² è stata messa in risalto la complessità della disciplina transitoria conseguente all'approvazione del c.d. decreto dignità, sia perché alcuni profili sono stati trascurati sia perché la legge di conversione ha apportato modifiche al decreto legge, ponendosi così il problema delle disposizioni in tema di causali, durata massima, proroghe e rinnovi da applicare ai rapporti di lavoro stipulati nel periodo intercorrente tra l'approvazione del decreto legge e la successiva legge di conversione, fermo restando che le altre disposizioni del decreto non sono soggette a regime transitorio in quanto entrate in vigore immediatamente in forza del decreto o della legge di conversione²³.

²² Cfr. particolarmente A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, I, 1012.

²³ Va detto che, per quanto concerne la somministrazione, alcuni istituti sono stati inseriti dalla legge di conversione e, pertanto, l'entrata in vigore è il 12 agosto 2018; ciò riguarda la somministrazione di lavoro fraudolenta di cui all'art. 38bis, d.lgs. n. 81/2015, e i limiti quantitativi congiunti dell'art. 31, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 (in tal senso, si veda anche circolare Assolavoro n. 9/2018, 10). In relazione al contratto a termine, ad esempio, l'incremento dello 0.5% del contributo addizionale stabilito, fin dalla versione originaria del decreto dignità (art. 3, co. 2, d.l. n. 87/2018) opera per tutti i nuovi contratti e per tutti i rinnovi effettuati dal 14 luglio 2018.

La complessità, inoltre, è data anche dall'impatto delle nuove regole sulla precedente disciplina collettiva in materia²⁴.

Le spinose questioni di diritto transitorio e le conseguenti incertezze interpretative sorte all'indomani dell'approvazione del decreto dignità non paiono essere soltanto la conseguenza di una tecnica regolativa frettolosa, ma piuttosto il sintomo di una non sempre chiara idea di politica del diritto alla base delle misure introdotte. La recente riforma in materia di somministrazione è ispirata ad una duplice e contraddittoria logica: da un lato, la continuità rispetto al precedente intervento del *Jobs Act* per quanto concerne la liberalizzazione della pattuizione commerciale intercorrente tra le agenzie e i datori di lavoro utilizzatori²⁵ e, dall'altro, l'imposizione di limiti all'uso dei contratti di lavoro a termine tra le agenzie e i lavoratori. Il primo obiettivo è confermato non solo dal mancato intervento sulle causali del contratto commerciale, abbandonando così il consueto approccio legislativo di adattare le sorti del contratto a termine alle vicende del contratto commerciale di somministrazione di lavoro, ma anche dalla disciplina più favorevole dettata in relazione ai limiti quantitativi di utilizzo per i contratti di somministrazione a termine di cui al nuovo tetto legale del 30% (art. 31, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) che testimonia un certo favore verso la somministrazione di lavoro rispetto ai contratti a termine diretti assoggettati al più contenuto limite del 20%.

L'altra direttrice teorica che fonda la riforma è data dalle imponenti misure di contenimento dei contratti a termine in somministrazione, misure non solo rappresentate dall'estensione delle norme in materia di durata massima, rinnovi, proroghe e successione dei contratti, ma anche dal prevalente uso della sanzione della conversione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato a presidio delle nuove regole.

²⁴ Si veda A. MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, cit., 1012 e ancora P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 35 ss.

²⁵ Cfr. particolarmente P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 35 ss.

Questo rimedio ha un effetto deterrente sulla gestione del contratto di lavoro in somministrazione da parte delle agenzie e non sull'uso di questa tipologia contrattuale da parte dell'utilizzatore, poiché, come detto, la conversione per i vizi del contratto di lavoro è ai danni dell'agenzia e non a carico dell'utilizzatore; pertanto, in questi casi, la conversione è uno strumento di governo, più che di deterrenza dei fenomeni abusivi.

Restano, invece, sottoposti alla disciplina della somministrazione irregolare (art. 38, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) i precedenti vizi (ossia la violazione delle regole sancite dagli articoli 31, commi 1 e 2 in tema di limiti quantitativi, dall'art. 32, in tema di divieti e dall'art. 33, co. 1, lett. a, b, c, d, per quanto riguarda il contenuto del contratto di somministrazione, oltre che in caso di carenza di forma scritta ai sensi dell'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 81/2015).

Rispetto al passato, tuttavia, si registra come il rinvio generico a questi articoli per individuare i casi di somministrazione irregolare pare svuotare la portata deterrente della sanzione della conversione, poiché, dopo le modifiche apportate dal *Jobs Act* e soprattutto dopo il decreto dignità, questo rimedio viene posto a carico dell'utilizzatore che rispetto a certi vizi potrebbe essere del tutto estraneo. Posto che il richiamo ai vizi del contratto commerciale come ipotesi di somministrazione irregolare era funzionale a governare il sistema delle causali e dei casi a sostegno del ricorso alla somministrazione di lavoro rispettivamente a termine o a tempo indeterminato, nell'attuale formulazione pare sicuramente un *vulnus* nel sistema sanzionatorio l'applicazione della sanzione della conversione ai danni dell'utilizzatore nel caso di trasgressione dell'obbligo, imposto dall'art. 31, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, di somministrare soltanto lavoratori assunti a tempo indeterminato nel caso di contratto di somministrazione a tempo indeterminato. Si tratta, evidentemente, di un inadempimento dell'agenzia di cui l'utilizzatore potrebbe non avere contezza né strumenti per scongiurarla tempestivamente²⁶.

²⁶ Cfr. P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 36 e 37.

Da un lato, il sistema sanzionatorio a protezione delle regole sulle condizioni di stipula del contratto di lavoro, come si è visto, produce un sovraccarico di responsabilità per le agenzie che, nell'impossibilità di condividere i profili di illegittimità del contratto di lavoro per i vizi e le condotte poste in essere dall'utilizzatore (ad esempio, l'indicazione delle causali), prediligeranno, come già detto all'inizio di questo studio, contratti di lavoro di breve o brevissima durata inferiore ai dodici mesi per sfuggire a questi meccanismi sanzionatori sopra ricordati. A compensare questo effetto dovrebbe intervenire la spinta ad assumere lavoratori a tempo indeterminato da parte delle agenzie in virtù di regole e di politiche che rendano maggiormente attrattiva la somministrazione a tempo indeterminato. Pur se è stata confermata la liberalizzazione dei casi di somministrazione dopo il decreto dignità, a quanto consta, non sono stati introdotti particolari strumenti incentivanti, e, per di più, è stata ribadita la regola che addossa il rischio della conversione a carico dell'utilizzatore nel caso di erroneo invio da parte dell'agenzia di lavoratori a termine in luogo di lavoratori a tempo indeterminato in caso di somministrazione a tempo indeterminato.

Le due tendenze (liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione e restrizioni al contratto di lavoro a termine in somministrazione) paiono disarmonicamente coordinate (se non proprio in conflitto), con la conseguenza che l'invocato obiettivo di incentivare le assunzioni a tempo indeterminato rischia di diventare una chimera.

In definitiva, dalle considerazioni svolte appare chiaro che nell'ultimo sforzo regolativo la dignità pare declinata come strumento per rafforzare la posizione del lavoratore nel contratto di lavoro a termine in somministrazione allo scopo di prevenire il cattivo uso o l'abuso di questi rapporti di lavoro; tuttavia, le nuove regole sembrano esporre gli stessi lavoratori ad un'ennesima condizione di debolezza nel mercato del lavoro.

DIGNITÀ E TUTELA DELLA SICUREZZA SUL LAVORO. LA NORMATIVA PREVENZIONISTICA NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

ROBERTA NUNIN
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Una riflessione sul tema della tutela della dignità della persona nel quadro della prospettiva costituzionale non può non stimolare, nell'ottica del giuslavorista, qualche considerazione anche in relazione al ruolo ed al rilievo della normativa in materia di protezione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; quest'ultima, infatti, trova un solido ancoraggio *in primis* negli artt. 32 e 41 – oltre che negli artt. 2 e 35 – della Costituzione, disposizioni che evocano o direttamente richiamano proprio tale valore, da garantire e proteggere anche nei contesti lavorativi, come la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale non ha mancato nel tempo di rimarcare e precisare¹.

Diverse potrebbero essere le linee di indagine, ma in questo scritto riteniamo utile concentrare l'attenzione in ordine ad un profilo specifico, concernente il possibile collegamento tra la normativa prevenzionistica ed il diritto antidiscriminatorio, nella misura in cui una corretta applicazione delle regole concernenti la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (di cui al Testo unico d. lgs. n. 81/2008) può considerarsi uno strumento prezioso ed efficace, accanto ad altri previsti dal nostro ordinamento, per contrastare possibili fenomeni di discriminazione. La normativa prevenzionistica appare infatti capace di fornire un importante contributo nel

¹ V., per una rassegna, A. D'ORO, *Giurisprudenza costituzionale e sicurezza sul lavoro*, in *Ig. Sic. Lav.*, 2007, 3, Inserto.

“rendere visibile l’invisibile”, consentendo di squarciare metaforicamente quel velo che non di rado occulta e rende arduo fare emergere tali fenomeni; può così risultare più agevole decifrare (e denunciare) i contesti nei quali condotte e pratiche discriminatorie vengano ad assumere non solo carattere puntuale, ma, talora, anche connotazioni sistematiche e strategiche sotto il profilo organizzativo, con quanto ne consegue in termini di lesione della dignità di lavoratori e lavoratrici.

Si tratta di una prospettiva che – come abbiamo già avuto modo di osservare in altra sede² – risulta peraltro del tutto coerente con le indicazioni che arrivano in materia anche dal livello eurounitario; le politiche dell’Unione europea, infatti, si sono nel corso del tempo progressivamente indirizzate verso la trasformazione della promozione delle pari opportunità e del contrasto alle discriminazioni (non solo di genere) da obiettivo di interventi specifici e mirati a priorità di carattere generale e trasversale e, dunque, rilevante anche in relazione all’ambito specifico della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Se questa è la prospettiva proposta, preliminarmente dobbiamo qui richiamare la nozione di “salute” assunta quale imprescindibile riferimento nella normativa prevenzionistica cui si è fatto sopra cenno, salute che viene intesa come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattia o d’infermità» (art. 2, lett. *o*) del d. lgs. n. 81/2008); l’espressa considerazione di un benessere non solo di carattere psico-fisico, ma anche sociale, evidenzia ancora una volta e senza possibilità di equivoci la rilevanza centrale del rispetto della dignità di chi lavora (che peraltro era ed è, di fatto, già individuato come dovere del datore di lavoro dal “vecchio” art. 2087 del codice

² Sia consentito rinviare a R. NUNIN, *L’applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, 265 ss.; v. anche A. ROSIELLO, *La sottile linea di confine tra violazione della normativa in materia di sicurezza e discriminazione quando si è in presenza di gruppi di lavoratori soggetti a rischi particolari*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 287 ss.

civile, laddove si individua un obbligo datoriale di tutelare non solo l'integrità fisica, ma anche la "personalità morale" del prestatore di lavoro subordinato), rispetto che presuppone, ovviamente, anche l'assenza di fenomeni di discriminazione nel contesto lavorativo.

Ci sembra, a tale proposito, importante rammentare che il legislatore italiano ha esplicitamente imposto ai datori di lavoro, con le disposizioni contenute nell'art. 28 del d. lgs. 81/2008 (norma che costituisce l'asse portante per la costruzione del sistema prevenzionistico in ogni luogo di lavoro, privato o pubblico, grande o piccolo), un preciso obbligo di valutazione dei rischi lavorativi che richiede di tener conto anche della possibile maggiore vulnerabilità delle persone riconducibile a fattori di carattere soggettivo quali il genere, l'età e la provenienza da altri Paesi, nella consapevolezza che, nel contesto lavorativo, alcune "differenze" rischiano talora di tradursi in pesanti diseguaglianze. La stessa norma appena citata, poi, contempla anche l'obbligo per la parte datoriale di valutare il rischio di natura psico-sociale riconducibile alla presenza di eventuali situazioni di stress lavoro-correlato: si richiede di conseguenza al datore di lavoro di riservare specifica e puntuale considerazione a tutta una serie di possibili indicatori, riferibili a svariati profili concernenti, tra l'altro, l'organizzazione del lavoro³; si sottolinea così, di fatto, come – ad esempio – le scelte di carattere organizzativo, lo "stile" relazionale, la maggiore o minore trasparenza nella comunicazione aziendale possano aprire talora spazi nei quali possono annidarsi illecite condotte e/o prassi discriminatorie, vuoi semplicemente tollerate, vuoi direttamente poste in essere e/o incoraggiate dal datore di lavoro (o dai dirigenti, visti come *longa manus* di questi). Situazioni, queste ultime, che vanno attentamente valutate nell'ottica della prevenzione dei rischi lavorativi e che richiedono un'attivazione in chiave di contenimento, contrasto e rimozione. L'intervento preventivo in tema di sicurezza assume così, più in generale, un carattere di presidio, posto a tutela della dignità di chi

³ Sulla rilevanza, per la tutela del diritto alla salute, di una attenta riflessione sull'organizzazione del lavoro v. già L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986.

lavora, anche di fronte e possibili condotte discriminatorie. Difesa preventiva, questa, ricollegabile ad una valutazione dei rischi ad ampio spettro, cui abbiamo fatto riferimento, e che dovrebbe impedire anche l'insorgere di vere e proprie patologie organizzative, come molto spesso risultano essere lo stress lavorativo, le molestie sessuali, il *mobbing*, fenomeni che il più delle volte sono indicatori non solo di un problema o conflitto individuale, ma – appunto – di un'organizzazione del lavoro “malata”.

Per i limiti entro i quali si deve contenere questo intervento, nelle pagine che seguono l'attenzione sarà diretta ed evidenziare solo alcune tra le relazioni che possono intercorrere tra la normativa prevenzionistica e le strategie di contrasto alle discriminazioni; abbiamo qui volutamente scelto il terreno delle possibili discriminazioni legate al genere ed alla provenienza da altri Paesi – espressamente considerate, come abbiamo già ricordato, dall'art. 28 del testo Unico – senza peraltro esimerci dal segnalare che, *mutatis mutandis*, considerazioni simili potrebbero farsi anche in relazione ad altri possibili profili di discriminazione, quali l'età o la disabilità, sui quali però in questa sede non ci soffermeremo.

Muovendo quindi, in primo luogo, dalle questioni di genere, non si può non segnalare, quale positiva novità nella costruzione dei sistemi di prevenzione dei rischi lavorativi, il recente (ri)orientamento dell'approccio al tema della sicurezza sul lavoro secondo un'ottica non più *gender-blind*^{4,5} in tal senso, il già citato art. 28 del Testo

⁴ Si utilizza tale ultimo termine per richiamare le costruzioni culturali che ogni società erige intorno alle differenze biologiche; con il termine “sesso”, invece, si indica l'insieme delle caratteristiche legate al corredo genetico (caratteri biologici e anatomici) che distinguono la femmina dal maschio.

⁵ In argomento v. P. CONTI, A. NINCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro, una questione anche di genere*, 2013, in <http://www.inail.it>; A. NINCI, *Le differenze di genere e l'impatto su salute e sicurezza in ambito lavorativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2009, 800 ss. Sia inoltre consentito rinviare a R. NUNIN, *Lavoro femminile e tutela della salute e della sicurezza: nuovi scenari per una prospettiva di genere dopo il d. lgs. n. 81/2008*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, 2, 383 ss.; EAD., *Tutela della sicurezza sul lavoro e prevenzione dei rischi per le lavoratrici: un nuovo terreno per il gender mainstreaming*, in *Sal. Soc.*, 2014, 1, 111 ss.

unico del 2008, in materia di valutazione dei rischi⁶, non ha fatto altro che introdurre nel nostro ordinamento gli esiti di un dibattito in precedenza già ampiamente sviluppatosi in sede sovranazionale e ben riassunto anche nel documento di lavoro che la Commissione europea ha dedicato, nel 2010, all'*Implementazione della Strategia per l'eguaglianza tra donne e uomini 2010-2015*⁷; in quest'ultimo, infatti si evidenziava chiaramente la necessità di dedicare specifiche azioni alla valorizzazione di una prospettiva *di genere* nell'ambito della promozione della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, intesa, tale prospettiva, non solo quale indispensabile riferimento da considerare in sede di progettazione e costruzione dei sistemi aziendali di prevenzione, ma anche come costante indirizzo da tenere sempre presente nel perseguimento dell'obiettivo del miglioramento continuo di tali sistemi, attesa la loro natura di veri e propri *work-in-progress*.

Nel contesto italiano – fatta salva la considerazione per la peculiare posizione delle lavoratrici durante la gravidanza e nel periodo

⁶ Per un inquadramento di carattere generale del tema della valutazione dei rischi *ex d. lgs. n. 81/2008*, v., tra gli altri, P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 73/2008, 2008, in <http://www.lex.unict.it>; G.M. MONDA, *La valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 332 ss.; F. BACCHINI, *La valutazione dei rischi*, in *Ig. Sic. Lav.*, 2008, 263 ss.; S. BERTOCCO, *Contenuto della valutazione dei rischi*, in CARINCI F., GRAGNOLI E. (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2010; E. GRAGNOLI, *Sub artt. 28-30*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol. I, *Principi comuni* (a cura di C. ZOLI), Bologna, 2011, 392 ss.

⁷ Vedasi la *Comunicazione* della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2011* [COM(2010) 491]. Più di recente, nella *Comunicazione* del 10 gennaio 2017 [COM(2017) 12 final] relativa all'*Aggiornamento delle normative e delle politiche dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, la Commissione ha avuto modo di ribadire che «è dimostrato che i rischi professionali per la salute e la sicurezza delle donne sono stati sottovalutati e l'adozione di approcci neutrali dal punto di vista del genere ha contribuito a ridurre l'attenzione e le risorse destinate alla prevenzione di tali rischi».

immediatamente successivo al parto – l’attenzione per le *gender issues* in relazione alla sicurezza sul lavoro costituisce dunque un’acquisizione relativamente recente⁸, non solo per il legislatore, ma anche per la stessa dottrina giuslavoristica⁹ così come per la contrattazione collettiva.

I cambiamenti importanti che nel corso degli anni più recenti hanno investito il mondo del lavoro relativamente ai modelli organizzativi e regolativi rendono peraltro plasticamente evidenti svariati nessi tra la tutela della sicurezza sul lavoro, la realizzazione delle pari opportunità di genere ed l’ineludibile contrasto ad ogni forma di possibile discriminazione; non è un caso che, negli studi dedicati al rilievo specifico del profilo soggettivo di genere in relazione al rischio lavorativo, torni ad esempio spesso la menzione del rilievo dell’equilibrio ancora difficile tra lavoro “esterno” e compiti di cura, che produce effetti maggiormente sfavorevoli per le lavoratrici. Sotto tale profilo, l’utilità di un approccio ai temi della sicurezza in chiave di genere¹⁰ emerge in modo chiaro già in sede di analisi dei dati italiani periodicamente diffusi dall’Istituto per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; questi ultimi infatti evidenziano – ad esempio – una peculiare incidenza sulle lavoratrici degli infortuni *in itinere*, che, sebbene tendenzialmente “equamente” divisi in termini assoluti tra uomini

⁸ Nel contesto europeo invece il tema è oggetto di specifica attenzione da tempo; v., anche per i necessari riferimenti bibliografici, Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, *Prospettive di genere applicate alla salute e sicurezza del lavoro. Stato dell’arte*, 2003, in <http://osha.europa.eu>.

⁹ Sia consentito rinviare, sul punto, a M.D. FERRARA, R. NUNIN, *Health and Safety from a Gender Viewpoint. Problems, Perspectives and the Role of Collective Bargaining*, in T. ADDABBO, E. ALES, Y. CURZI, I. SENATORI (eds.), *Well-being at and through Work*, Torino, 2017, 181 ss.; R. NUNIN, *Lavoro femminile*, cit.; EAD., *Tutela della Sicurezza*, cit.; EAD., *Precarietà, lavoro femminile e tutela della salute e sicurezza*, in *Lav. Dir.*, 2010, 3, 425 ss.; v. inoltre anche O. BONARDI, *Sub. Art. 3*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol. I, 2011, cit., 56 ss., a p. 80 ss.; sul rilievo di un approccio di genere ai temi della salute v. R. BIANCHERI, *Dalla medicina di genere al genere in salute*, in *Sal. Soc.*, 2014, 1, 17 ss.

¹⁰ Per un approccio multidisciplinare al tema v. il volume monografico della Rivista *Salute e Società* n. 1/2014 curato da R. BIANCHERI.

e donne, assumono, come osserva l'INAIL, «rilevanza particolarmente diversa se considerati in senso relativo: per le lavoratrici ogni sei denunce una riguarda il tragitto casa-lavoro o viceversa, mentre per gli uomini tale rapporto si dilata ad uno ogni dodici e si allontana ulteriormente per le denunce mortali (rispettivamente uno su due contro uno su cinque)»¹¹; i dati, dunque, ci parlano in modo inequivoco di lavoratrici in perenne corsa contro il tempo, costrette a correre da un impegno all'altro, pressate dalla quotidiana fatica di condurre in equilibrio il gioco del *work/life balance*. Non a caso, anche il pendolarismo lavorativo, come osserva l'INAIL, finisce per risultare maggiormente rischioso per le donne rispetto agli uomini, potendo di fatto le prime contare su di un «minore tempo di recupero, riposo e svago, elementi che possono influire negativamente sull'attenzione, sia nella guida del veicolo che negli spostamenti casa-lavoro, incrementando il rischio di incidenti stradali»¹².

Un approccio di genere alla sicurezza può, poi, risultare opportuno ed utile anche sotto un altro profilo, che assume un carattere particolarmente significativo laddove ci si ponga nell'ottica del contrasto alle discriminazioni di genere: il riferimento è ai fenomeni di segregazione occupazionale, che i dati dell'Istituto assicuratore non mancano di evidenziare e che ci parlano di una persistente concentrazione della manodopera femminile in alcuni settori di attività piuttosto che in altri, con un parallelo ed immediato riflesso anche negli indici infortunistici: si riscontra infatti una netta prevalenza degli infortunati di sesso femminile sul totale nel settore dei servizi domestici ed in quello della sanità e dei servizi sociali¹³; inoltre, una maggiore incidenza della presenza femminile tra i soggetti

¹¹ V. *Dati INAIL*, febbraio 2013, in <http://www.inail.it>, 6.

¹² INAIL, *Dossier Donne 2017*, in <http://www.inail.it>.

¹³ V. INAIL, *Dossier Donne 2017*, cit. Nel settore dei servizi domestici e familiari le donne risultano essere l'89,5% degli infortunati, nella scuola (pubblica e privata) sono l'87%; nel settore della sanità e dell'assistenza sociale il 73,6%; nel comparto manifatturiero si registra un'elevata incidenza sul totale degli infortuni femminili nel settore della confezione di articoli di abbigliamento (70,6%); nel conto Stato si registra un'incidenza infortunistica femminile di poco superiore a quella maschile (51,1%).

impiegati con forme contrattuali meno tutelate e maggiormente discontinue¹⁴ evidenzia una *qualità* deteriore dei percorsi lavorativi delle donne, che si differenziano spesso in peggio rispetto ai percorsi maschili¹⁵; a questo proposito abbiamo già avuto modo di rilevare in passato¹⁶ come tali evidenze dovrebbero suggerire una previa attenta valutazione (fino ad oggi ancora insoddisfacente, se non assente) delle scelte datoriali quanto alle tipologie contrattuali d'impiego, per poter concretamente apprezzare in chiave (anche) di rischio per la sicurezza il carattere potenzialmente non neutro di tali scelte, laddove si ragioni secondo un'ottica di genere.

Non si può dunque che concordare con chi ha osservato come «la mancata considerazione dei rischi tipici cui sono esposte le donne e una valutazione effettuata in modo “neutro” [...] non sembra rispondere ai parametri imposti dal legislatore», con la possibile conseguenza che «una valutazione inadeguata sotto questi profili ponga le donne in una situazione di particolare svantaggio, configurando così una discriminazione», alla quale possono ritenersi applicabili – oltre alle sanzioni specificamente previste per l'omessa o carente valutazione dei rischi – anche «tutti i rimedi che l'ordinamento pone a rispetto del principio di parità, compreso, ad esempio, l'intervento dei Consiglieri di parità»¹⁷. Figure, queste ultime, previste dal legislatore (tanto a livello nazionale, quanto regionale e provinciale) proprio per contrastare le discriminazioni di genere

¹⁴ V. R. PALIDDA, *Diversamente atipiche. Disuguaglianze di genere e costi della flessibilità*, in *Genesis*, 2008, 1-2, 15 ss. Ad una riflessione a più voci sul tema è stato anche dedicato il n. 3/2010 della Rivista *Lavoro e Diritto*, curato da Gisella De Simone e Stefania Scarponi, con saggi di Villa, Scarponi, De Simone, Bozzao, Nunin, Stenico e Torelli.

¹⁵ Già in passato in dottrina si è rilevato che non a caso le donne sono state sempre poco coinvolte nei contratti atipici con finalità formative, che sono quelli in grado di offrire le maggiori probabilità di stabilizzazione: v. P. VILLA, *La crescita dell'occupazione femminile: la polarizzazione tra stabilità e precarietà*, in *Lav. Dir.*, 2010, 3, 343 ss., a p. 351.

¹⁶ Cfr. R. NUNIN, *L'applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro*, cit.; EAD., *Precarietà, lavoro femminile*, cit.

¹⁷ Per questa e le precedenti citazioni v. O. BONARDI, *Sub. Art. 3*, cit. p. 82.

e verificare il rispetto delle pari opportunità lavorative tra uomini e donne.

Infine, proprio il tema della tutela del valore costituzionale della dignità della persona nei contesti lavorativi suggerisce un'ultima riflessione, legata alle più recenti prospettive volte al perseguimento del benessere lavorativo (anche) tramite la prevenzione dei rischi di matrice psico-sociale, tra i quali un particolare rilievo assumono le molestie (sia morali che sessuali) e lo stress lavoro-correlato¹⁸. In relazione a quest'ultimo, ci limitiamo qui a ricordare che già dieci anni orsono l'ISPESL aveva evidenziato una significativa maggiore incidenza dei fenomeni di stress sulle donne rispetto agli uomini (con un rapporto di 2:1 a svantaggio di queste ultime)¹⁹. Anche in relazione ai peculiari fattori di rischio sopra indicati, dunque, la lettura di genere appare indispensabile per realizzare misure di prevenzione e contrasto realmente efficaci; queste ultime dovrebbero, infatti, dedicare mirata attenzione all'impatto di alcuni possibili *job stressors* che appaiono particolarmente importanti per le lavoratrici: si pensi, ad esempio, alla modulazione, più o meno rigida, dei tempi del lavoro, posto che, come si è già ricordato e come confermano i dati di Eurostat, le difficoltà di conciliazione dei tempi (di lavoro e vita familiare) gravano in Italia tuttora in misura assai maggiore sulle donne rispetto agli uomini. Inoltre, sempre nell'ambito dei rischi di natura psico-sociale, il tema delle molestie morali e sessuali evidenzia un'ulteriore, interessante intersezione tra la normativa in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e la normativa antidiscriminatoria, rinvenibile nelle disposizioni di cui al d. lgs. n. 198/2006 e, per le discriminazioni "non di genere", nelle previsioni dei d. lgs n. 215 e 216 del 2003, laddove, appunto, questi apparati normativi prendono in considerazione possibili ricadute (anche)

¹⁸ Sia consentito in argomento rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste, 2012,

¹⁹ ISPESL, Dipartimento di Medicina del Lavoro, *Donne e lavoro: una prospettiva che cambia*, in <http://www.ispesl.it>, 2009. V. inoltre i saggi pubblicati nel già citato volume di *Salute e Società* (2014) curato da R. BIANCHERI.

discriminatorie del fenomeno delle molestie, intese come comportamenti indesiderati, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona (lavoratrice o lavoratore) creando un clima ambientale intimidatorio, ostile, umiliante, degradante, offensivo. Tali condotte non sono affatto irrilevanti sotto il profilo della normativa in tema di sicurezza, in quanto vanno considerate tra gli indicatori che vengono in gioco proprio per valutare la presenza o meno, in un contesto lavorativo, di situazioni di stress lavoro-correlato, nella misura in cui le molestie – anche solo tollerate, laddove non direttamente poste in essere dal datore di lavoro – contribuiscono a creare un clima ambientale deteriore, che offende e ferisce la dignità delle persone. Di fronte a tali situazioni, il datore di lavoro si vede rivolto non solo l'ovvio divieto di tenere tali condotte, ma è anche chiamato a rispettare l'obbligo – laddove egli non sia il soggetto agente – di intervenire sollecitamente adottando tutte le necessarie misure di prevenzione e contrasto a tutela dei propri dipendenti che possano esserne o ne siano vittime: e ciò, a pena di una responsabilità che, in caso di mancato intervento, sarà (anche) a lui ascrivibile, oltre che, eventualmente, agli altri soggetti concretamente autori della condotta illecita (quali dirigenti o colleghi di lavoro della persona molestata).

Se, dunque, in ottica di genere ci sembra sia pienamente leggibile l'intreccio che si è all'inizio prospettato tra diritto antidiscriminatorio e possibile rilievo in chiave di tutela delle norme prevenzionistiche in materia di sicurezza sul lavoro, deve ancora aggiungersi un'osservazione quanto al ruolo importante che, in relazione a tale intreccio, può svolgere la contrattazione collettiva. Su questo terreno vi è, però, ancora molto da fare; infatti, come osservato di recente da un'autrice, la "normazione collettiva" più ancora che *gender neutral* appare, in realtà, *gender-blind*, continuando a non tener significativamente in conto le differenze biologiche e di ruoli esistenti tra i due generi²⁰. La stessa dottrina rileva come, da un esame di un campione di contratti aziendali, la promozione del

²⁰ V. le condivisibili considerazioni di Maria Dolores Ferrara, in M.D. FERRARA, R. NUNIN, *Health and Safety from a Gender Viewpoint*, cit.

benessere e della salute di genere sia un capitolo inconsapevole ed un effetto indiretto delle clausole fissate dai contratti a sostegno delle politiche di conciliazione vita/lavoro e di sostegno alla famiglia; si riproduce così ancora un *cliché* regolativo secondo cui i problemi relativi al benessere e alla salute delle lavoratrici sono solo quelli patiti dalle lavoratrici in quanto madri e non, invece, quelli dipendenti anche dalla fisiologia del genere femminile, dalla tipologia delle mansioni cui le donne prevalentemente sono addette e dall'organizzazione del lavoro in generale²¹. Un mutamento di prospettiva appare dunque assolutamente necessario; peraltro, deve rilevarsi come sul tema si registrino finalmente alcuni positivi segnali di crescita dell'attenzione delle parti sociali, come evidenziano alcuni recenti accordi territoriali conclusi nel 2018 tra le parti sociali in alcune regioni, come il Friuli Venezia Giulia e l'Emilia Romagna, e volti alla prevenzione delle molestie e della violenza nei contesti lavorativi, con l'obiettivo di dare attuazione a livello territoriale alle indicazioni dell'Accordo quadro europeo del 2007 e dell'Accordo interconfederale in materia del 2016.

In quest'ottica, ci sembra auspicabile anche un ulteriore supporto da parte degli attori sindacali alla crescita della presenza femminile, ancora limitata, in seno agli organismi rappresentativi dei lavoratori in materia di salute e sicurezza; allo stesso tempo ci auguriamo di assistere ad una maggiore valorizzazione delle competenze femminili nell'ambito della c.d. "tecnostruttura della sicurezza" (RSPP, servizio di prevenzione e protezione, medico competente), cioè di quelle figure chiamate ad assistere, con un importante ruolo consultivo, il datore di lavoro nell'individuazione, implementazione e monitoraggio delle misure e delle strategie prevenzionistiche.

Se, con riguardo ai profili di genere, possiamo qui limitarci alle suesposte considerazioni, un altro e diverso ambito in relazione al quale risulta evidente la possibilità di utilizzare la normativa prevenzionistica quale utile strumento di supporto per il contrasto alle

²¹ *Ibidem.*

discriminazioni è quello che riguarda i lavoratori migranti²², e specialmente gli stranieri extracomunitari, più esposti a discriminazioni e a forme brutali di sfruttamento²³, come la cronaca non manca periodicamente di segnalarci.

Al tema dedica da tempo una particolare attenzione l'INAIL, che in una ricerca recente (2016)²⁴ ha tra l'altro rilevato come l'incidenza infortunistica risulti notevolmente più elevata per i lavoratori stranieri rispetto al dato complessivo, riflesso, questo, anche di una persistente segregazione occupazionale, dal momento che il lavoratore straniero opera «in settori particolarmente rischiosi con maggiore attività manuale (costruzioni, trasporto e magazzinaggio, industria dei metalli e agricoltura)»²⁵. Anche l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro (EU-OSHA), nel delineare cinque *priority groups* per cui dovrebbero essere intraprese incisive azioni volte al miglioramento delle condizioni di lavoro,

²² Sia consentito in argomento rinviare a R. NUNIN, *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati: profili regolativi e questioni ancora aperte a cinque anni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 81/2008*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2013, 4, 76 ss. Si tratta di un tema particolarmente complesso, anche in ragione della stessa forte eterogeneità interna del gruppo di riferimento. Gli stessi termini “lavoratori migranti” o “lavoratori immigrati” richiamano un insieme estremamente variegato di persone, con diversi gradi di suscettibilità ai rischi lavorativi. Si segnala che proprio per questo, nell'ambito di un progetto di studio volto ad analizzare il profilo di salute dei lavoratori immigrati, e riprendendo una classificazione utilizzata anche dalla Banca mondiale, l'Inail ha optato per una misurazione della “rischiosità infortunistica” distinguendo tra lavoratori nati in Paesi a sviluppo avanzato (PSA, tra i quali sono ricompresi anche i lavoratori italiani) e lavoratori nati in Paesi a forte pressione migratoria (PFMP): proprio i maschi appartenenti a tale ultimo gruppo sono risultati avere l'indice di rischio più elevato.

²³ Sul tema dello sfruttamento lavorativo (non solo) dei migranti, v. L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2012; EAD., *Lo sfruttamento lavorativo oltre le migrazioni: percorsi di ricerca*, in D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Torino, 2016, 155 ss.

²⁴ INAIL, *Salute e sicurezza in agricoltura. Un'indagine conoscitiva sui lavoratori immigrati*, Roma, 2016.

²⁵ INAIL, *Salute e sicurezza in agricoltura*, cit., p. 14.

con riguardo al tema specifico della tutela della salute e della sicurezza, ha incluso tra questi i migranti (oltre ai lavoratori anziani, i disabili, le donne ed i giovani)²⁶. In particolare, l'Agazia sottolinea che, sebbene non tutti i lavoratori migranti in quanto tali debbano considerarsi automaticamente a rischio, vi sono tre profili particolarmente delicati e critici che vanno tenuti in considerazione in relazione a questi ultimi: l'elevato tasso di impiego dei lavoratori immigrati nei settori ad alto rischio (dove gli stessi vanno ad occupare posizioni lavorative progressivamente abbandonate dai lavoratori autoctoni proprio in ragione della gravosità, insalubrità e pericolosità del lavoro); il rilievo delle barriere linguistiche e/o culturali (che possono ostacolare la comunicazione e la stessa attività informativa e formativa in materia di salute e sicurezza); la circostanza che i lavoratori migranti spesso siano disponibili a fare molti straordinari e/o non siano in buone condizioni generali di salute (risultando di conseguenza più esposti a infortuni e malattie professionali legati a ritmi di lavoro pesanti)²⁷. A quanto appena evidenziato può anche aggiungersi l'effetto delle periodiche situazioni di crisi economica, che colpiscono sempre con particolare durezza la manodopera immigrata²⁸: infatti, soggetti spesso già maggiormente vulnerabili e ricattabili si vengono a trovare in una posizione di debolezza accentuata, che può rendere assai poco effettiva la possibilità di pretendere il rispetto, da parte di un datore disattento o, quel che è peggio, criminale, degli standard minimi di sicurezza.

Per questi lavoratori, inoltre, l'effettiva possibilità di proteggere efficacemente la dignità di chi lavora deve spesso confrontarsi con persistenti meccanismi di segregazione occupazionale che di fatto si traduce – come abbiamo già ricordato – nella maggiore concentrazione degli immigrati nell'ambito dei c.d. *Three-D Jobs*, ovvero

²⁶ V. O. BONARDI, *Sub. Art. 3*, cit.

²⁷ V. EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, in http://osha.europa.eu/it/priority_groups/migrant_workers.

²⁸ V. E. GALOSI, G. FERRUCCI, *L'impatto della crisi sulle condizioni di vita e di lavoro degli immigrati: un'indagine della Associazione Bruno Trentin*, settembre 2013, in <http://www.ires.it>.

dei lavori (o delle mansioni) *dirty, dangerous, demanding*: insalubri, pericolosi, faticosi. Circostanza nota è, ad esempio, la significativa incidenza della presenza di lavoratori stranieri nel settore agricolo, in quello delle costruzioni, in quello dei trasporti, oltre che nel bacino ampio (e non di rado sommerso) del lavoro domestico e/o di cura²⁹. I dati INAIL sugli infortuni evidenziano la specifica vulnerabilità di tali soggetti, che, ancora di più nelle fasi di crisi economica, si somma alla difficoltà di realizzare un auspicabile, ampio processo di integrazione “attiva”³⁰; come abbiamo avuto modo di sottolineare già in passato³¹, le difficoltà occupazionali si aggiungono così alle criticità derivanti da una normativa di riferimento (in materia di ingresso, di lavoro e, in chiave più generale, di diritti degli immigrati) che risulta sempre più inadeguata, oltre che sotto molti aspetti iniqua (e ad un miglioramento non stanno certo contribuendo le iniziative legislative più recenti), con un approccio alla materia che, da parte degli attuali decisori politici, si ostina caparbiamente a non voler considerare il lavoro degli immigrati come un dato ormai strutturale ed una risorsa – quantomeno in termini di tenuta del sistema previdenziale, attesi gli andamenti demografici italiani ed il marcato invecchiamento della popolazione – per il nostro Paese.

Ritornando però ai profili che qui specificamente interessano, la possibile diversa incidenza del rischio lavorativo sui lavoratori stranieri rispetto agli autoctoni, evidenziata dai dati dell’INAIL, deve trovare mirata considerazione da parte del datore di lavoro ai sensi dell’art. 28 del d. lgs. n. 81/2008. Come si è già ricordato, infatti, la norma impone la necessità di una tale valutazione, sottolineando il potenziale rilievo di un elemento soggettivo che in passato tendeva a non essere oggetto di particolare considerazione nel processo valutativo dei rischi. Ovviamente, qualora una tale analisi riveli un’incidenza differenziata del rischio infortunistico, il datore non

²⁹ V. EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK – EUROPEAN RISK OBSERVATORY, *Literature Study on Migrant Workers*, 2007.

³⁰ E. GALOSSÌ, G. FERRUCCI, *L’impatto della crisi*, cit.

³¹ R. NUNIN, *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati*, cit.

potrà rimanere indifferente, ma dovrà indagare le ragioni di tale situazione e impegnarsi per attivare tutte le indispensabili misure preventive e di contrasto. Potrebbe, ad esempio, risultare necessario considerare le eventuali difficoltà linguistiche, per approntare interventi informativi e formativi che risultino realmente efficaci, talora prevedendo anche idonee azioni supplementari rispetto a quelle previste per i lavoratori autoctoni; oppure, per fare un altro esempio, le diversità culturali e religiose potrebbero richiedere al datore di operare con cautela, nell'ottica della prevenzione, con riguardo all'adibizione a determinate mansioni (caratterizzate da profili di rischio alto) in certi periodi dell'anno (si pensi a lavoratori che osservino periodi di digiuno rituale per seguire i precetti della propria religione)³²; certamente non si può ormai più parlare di problemi inediti, ma certo si tratta di questioni che, in contesti lavorativi sempre più multiculturali, impongono nuove sensibilità ed attenzioni.

Anche con riguardo alla posizione dei lavoratori immigrati emerge, dunque, l'importanza del fattore organizzativo nella costruzione di adeguati sistemi prevenzionistici e, in quest'ambito, un tassello fondamentale è sicuramente quello dell'informazione e della formazione. Proprio in considerazione delle particolari difficoltà linguistiche che potrebbero ostacolare il raggiungimento degli obiettivi formativi obbligatori in tema di sicurezza sul lavoro, da un lato il legislatore oggi dispone che l'adempimento dell'obbligo di *informazione*, ove riguardi lavoratori immigrati, debba avvenire previa verifica della comprensione della lingua utilizzata nel percorso informativo (v. art. 36, quarto comma, d. lgs. n. 81/2008) e, dall'altro, con riguardo all'obbligo di *formazione*, non solo si specifica che il contenuto di quest'ultima debba essere in linea generale facilmente comprensibile per i lavoratori e debba consentire loro di acquisire le conoscenze e competenze necessarie in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ma anche, analogamente a quanto previsto in tema di informazione, che, ove la formazione riguar-

³² Cfr. sul punto S. BERTOCCHI, *Contenuto*, cit., 300.

di lavoratori immigrati, essa debba avvenire previa verifica della comprensione e conoscenza della lingua veicolare che si utilizzerà nel percorso formativo (art. 37, tredicesimo comma, d.lgs. n. 81/2008). Si tratta di previsioni che assumono un chiaro rilievo antidiscriminatorio, poiché risultano strumentali per il contrasto e la correzione di possibili asimmetrie informative che potrebbero derivare dalle condizioni personali (come, ad esempio, le conoscenze linguistiche) del lavoratore migrante, e poiché chiariscono anche che l'eventuale «disagio operativo che può determinarsi per il datore di lavoro, quando il lavoratore non italiano manifesti persistenti difficoltà linguistiche»³³, non potrà mai essere utilizzato per giustificare eventuali carenze e/o inadempimenti rispetto agli obblighi di informazione e formazione in materia di sicurezza previsti dalla legge.

Dalle considerazioni sintetiche che abbiamo sopra esposto, tanto in tema di sicurezza di genere quanto in relazione al rischio specifico riferibile alla provenienza del lavoratore da un altro Paese, riteniamo in conclusione che risulti evidente come vi siano utili ed interessanti spazi per utilizzare gli strumenti di cui alla normativa prevenzionistica anche in chiave di tutela antidiscriminatoria. Una tale consapevolezza ci sembra importante, nella misura in cui siffatta “contaminazione” – ci si passi il termine – tra strumenti diversi possa contribuire a meglio garantire la tutela della dignità della persona che lavora.

D'altra parte, non ci nascondiamo che l'effettività delle disposizioni in materia di salute e sicurezza di cui al d. lgs. n. 81/2008 appare ancora assai lontana dall'essere compiutamente realizzata nel nostro Paese; è sufficiente scorrere le cronache quotidiane che riportano il continuo stillicidio di infortuni e morti sul lavoro per averne un'immediata percezione; in questa sede, poi, non ci soffermiamo nemmeno sulla ulteriore e diversa questione, non certo marginale e che richiederebbe una trattazione *ad hoc*, dell'economia sommersa, nell'ambito della quale la sicurezza sul lavoro rischia

³³ Così R. DEL PUNTA, *Sub artt. 36-37*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol. I, cit., 439 ss., a p. 457.

di essere poco più di un miraggio. In un tale contesto, per molti aspetti ancora arretrato, la difficoltà maggiore resta proprio quella di superare un'impostazione culturale che continua ancora troppo spesso a guardare agli interventi in materia di prevenzione dei rischi e miglioramento del benessere organizzativo quali meri costi e non quali investimenti produttivi, suscettibili di ricadute positive concretamente misurabili in termini di vantaggi economici per le imprese, come da anni vanno invece ripetendoci i periodici rapporti dell'INAIL e delle istituzioni europee, già più volte citate. Non si possono, a tale proposito, che condividere le notazioni di chi ha osservato che, per far sì che l'obbligo prevenzionistico sia compatibile con il perseguimento dei fini produttivi, nel rispetto dell'art. 41 Cost., «non servono tanto sconti o presunte semplificazioni del debito di sicurezza quanto piuttosto robusti investimenti sul versante dell'organizzazione aziendale e, nel suo ambito, dell'organizzazione del sistema di prevenzione»³⁴.

Proprio in una logica di miglioramento organizzativo, che deve sempre porre al centro in primo luogo il valore della tutela della salute e della dignità della persona, ci sembra dunque che non debba essere trascurato, in una ideale cassetta degli attrezzi, quello che può essere il contributo della normativa prevenzionistica anche in chiave antidiscriminatoria, richiamando ad un ulteriore impegno su questi temi la contrattazione collettiva, che ben potrebbe valorizzare maggiormente e meglio gli intrecci che qui abbiamo provato solo a tratteggiare tra gli interventi legati ad contrasto alle discriminazioni e quelli riconducibili alla promozione in senso ampio del benessere organizzativo nell'ambiente di lavoro, ad esempio attraverso specifiche azioni positive a tale obiettivo rivolte; come si è da alcuni sottolineato, proprio lo strumento dell'"azione positiva" – nato nell'ambito del diritto antidiscriminatorio – potrebbe così diventare (anche) «una cifra per determinare l'adeguatezza delle

³⁴ P. PASCUCCI, *Una carrellata sulle modifiche apportate nel 2013 al d. lgs. n. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, in *I Working Papers di Olympus*, ottobre 2013, in <http://www.uniurb.it/olympus>.

misure e del livello di tutela»³⁵.

Si tratta, senza ombra di dubbio, di una nuova sfida, assai importante, per gli attori della contrattazione collettiva – chiamata da sempre a svolgere un ruolo decisivo ai fini del miglioramento e dell'effettività della tutela della sicurezza e della salute ed a presidio della dignità dei lavoratori e delle lavoratrici – che auspichiamo possa essere, in tempi brevi, ampiamente e positivamente raccolta.

³⁵ Così A. ROSIELLO, *La sottile linea di confine*, cit., 316.

CONCLUSIONI

PAOLO GIANGASPERO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

1. Il merito dei lavori qui raccolti, che segnano la conclusione di una ricerca concepita e coordinata da Gian Paolo Dolso, sta nella ambizione di “incrociare” due principi, che sia pure, come si vedrà, con gradi di elaborazione differenti, fanno parte del “cuore” del costituzionalismo: da un lato la tutela della dignità della persona, dall’altro l’eguaglianza. Di questi principi non ci si limita a trattare il problema (già di per sé non semplice) della definizione: al contrario, se ne pongono in rilievo anche le ricadute per così dire “operative”, particolarmente attraverso l’analisi delle applicazioni giurisprudenziali dei principi e delle loro attuazioni di natura legislativa, ossia del concreto “impatto” regolativo che essi hanno dimostrato in sede attuazione giurisdizionale del diritto (ed al connesso “uso” giurisprudenziale dei principi costituzionali) e di attuazione legislativa della Costituzione, con particolare riguardo, specie quanto alla portata del principio della tutela della dignità, ai problemi correlati al mondo del lavoro.

L’impostazione della ricerca nei termini descritti dà luogo ad un perimetro di indagine vastissimo, che si lascia affrontare soltanto con strumenti interdisciplinari (e sotto questo profilo non è un caso che gli autori degli studi qui raccolti coltivino ambiti di ricerca diversi). E tuttavia, può facilmente osservarsi come la vastità del campo di indagine (e la necessità di selezionare alcuni terreni particolarmente promettenti per la ricerca) non vada a discapito

della fondamentale unitarietà degli scritti qui pubblicati, che sono in qualche misura tenuti assieme da una serie di “fili rossi” che collegano i due principi e le norme costituzionali specificamente dedicate alle loro puntuali ricadute (si pensi, ad es., quanto alla dignità, all’art. 3 ed agli artt. 36 e 41 Cost., che danno ragione delle relazioni profonde tra dignità ed uguaglianza ed esplicitamente contengono richiami alla dignità umana con riguardo ai rapporti economici ed ai rapporti di lavoro).

2. Certo, tra i due principi richiamati dal titolo del volume senza dubbio il più “enigmatico” è quello della dignità. Ma in forza di una sorta di paradosso sono proprio le difficoltà definitorie del principio di tutela della dignità della persona ed il carattere pervasivo di tale principio a dare alla pluralità degli interventi qui raccolti un carattere unitario ed una intima coesione reciproca. È dunque a partire da alcune osservazioni sul concetto di dignità che si possono cogliere i “fili rossi” di cui si diceva, che hanno consentito agli interventi qui raccolti di misurarsi con alcuni dei problemi più complessi che si pongono, oggi, alla luce di alcune sfide cruciali – alcune per così dire “tradizionali”; altre per molti aspetti nuove o inedite – alla riflessione dei costituzionalisti.

Guardando al complesso delle riflessioni dottrinali in materia di principi fondamentali della Costituzione, può osservarsi come l’attenzione all’analisi della portata del principio di tutela della dignità della persona si sia intensificato in anni recenti. Ciò è dovuto, almeno in qualche misura, ai processi di “apertura” dell’ordinamento italiano, che hanno riguardato in particolare la possibilità di utilizzare, in sede di tutela dei diritti fondamentali, strumenti di garanzia non solo interni, ma anche derivanti da regole esterne al nostro ordinamento. Se si considerano le carte di tutela dei diritti adottate attraverso strumenti internazionali, si può facilmente osservare come i richiami alla dignità umana siano in essi più frequenti (e per taluni aspetti più pregnanti) di quelli contenuti nella Costituzione italiana, che viceversa – come è noto – non contiene alcuna disposizione che esplicitamente faccia richiamo alla tutela della dignità come principio fondamentale. L’assenza di disposi-

zioni, analoghe a quella contenuta nell'art. 1 della Costituzione tedesca non ha tuttavia impedito alla dottrina che se ne è occupata di considerare la tutela della dignità dell'uomo come uno dei principi fondamentali della Costituzione, che tuttavia – in assenza di un puntuale richiamo testuale di carattere generale – viene di volta in volta ricondotta per un verso al principio di eguaglianza, tanto nella sua dimensione “formale”, il che è del resto giustificato sul piano testuale dal richiamo alla “pari dignità sociale” di cui all'art. 3.1) che in quella sostanziale; per altro verso all'art. 2 Cost., disposizione espressiva della centralità dei diritti fondamentali, ma anche dei doveri di solidarietà, sottolineandone per questa via il legame con il principio “personalista”. Ed ancora, la circostanza già accennata che i richiami espliciti alla dignità siano contenuti nelle parti della Costituzione dedicate ai rapporti economici (si pensi ai richiami espliciti alla dignità contenuti negli artt. 41 e 36 Cost.) ne giustificano la relazione anche con il principio lavorista (artt.1 e 4 Cost.), così come frequenti sono i collegamenti della dignità della persona al principio democratico (nella misura in cui il pieno riconoscimento della dignità è strumento necessario per il godimento dei diritti fondamentali, visti nella loro strumentalità alla piena realizzazione del principio democratico). Come si può osservare, ciò che hanno in comune queste riflessioni (e molte altre, che evidenziano connessioni della dignità con norme costitutive del “cuore” del nostro sistema costituzionale, di cui qualcosa si dirà tra poco) è l'inclusione della tutela della dignità tra i principi caratterizzanti dell'ordinamento costituzionale. E tuttavia, al di là di questo (generalissimo) dato comune, da varie parti si rileva come l'analisi dottrinale del principio di tutela della dignità della persona non sia giunta al grado di maturazione che si può invece riscontrare con riguardo al principio di eguaglianza, che costituisce l'altro termine che segna il perimetro della ricerca, ed alle ricadute di quest'ultimo in termini di utilizzazione nella giurisprudenza comune e costituzionale, anche attraverso il ricorso da parte di quest'ultima a strumenti quali quelli del controllo di ragionevolezza che all'affermazione dell'eguaglianza ex art. 3 Cost. sono certamente collegati.

La circostanza che il principio di tutela della dignità permanga per alcuni aspetti ancora poco definito (o addirittura “oscuro e confuso”) non dipende soltanto dal fatto che gli studi ad essi specificamente dedicati, come si è detto, siano meno risalenti rispetto a quelli riguardanti l’eguaglianza. Probabilmente nemmeno la circostanza che manchi una disposizione analoga a quella dell’art. 1 della Cost. tedesca può dare completamente ragione della mancanza di conclusioni largamente condivise¹. In realtà probabilmente la spiegazione della circostanza che le analisi sulla portata normativa del principio di tutela della dignità umana non abbiano ancora raggiunto conclusioni definite sta nella percezione, abbastanza diffusa nella dottrina, del carattere per così dire “assolutamente supremo”, e “fondativo” di questo principio, che porta a concludere taluni che la dignità non sia, a differenza di tutti gli altri principi della Costituzione, suscettibile di bilanciamento con altri e concorrenti principi garantiti dalla Carta fondamentale, ma in realtà costituisca la base ultima di tutti.

Questo modo diverso di porsi del principio della tutela della dignità umana rispetto agli altri principi costituzionali, che a loro volta a buon titolo possono dirsi caratterizzanti dell’ordinamento italiano, è particolarmente evidente non soltanto nelle impostazioni di coloro che danno alla tutela della dignità una coloritura per così dire “pre-giuridica”², legandovi una sorta di “anteriorità” della persona umana rispetto al diritto con alcune venature “giusnaturalisti-

¹ La dottrina ha rilevato, infatti, come la collocazione del principio della tutela della dignità non sia priva di problemi rilevanti anche nell’ordinamento tedesco, nonostante l’espressa inclusione della tutela della dignità nel già citato art. 3333 della Costituzione. Sul punto si v. ad es. J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, working paper, in *Polis working papers*, Alessandria, 2006, leggibile in <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther79.pdf>

² Per la breve rassegna sulle varie possibili concezioni della dignità si fa qui riferimento ad Apostoli A., *Dignità, paper* discusso a Trieste nell’ambito di un seminario organizzato dal prof. G.P. Dolso, ora oggetto di pubblicazione: il riferimento è A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiorem non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. Onida, *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Bari, 2019, 219 ss.

che”, ma anche nelle tesi di chi, a sottolineare il carattere veramente supremo del principio, ne esclude la suscettibilità di bilanciamento, ed osserva come la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. «Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»³. Un orientamento per certi aspetti non dissimile può anche rilevarsi in coloro che, pur negando la natura “pregiuridica” del concetto, ne enfatizzano il carattere diverso rispetto alle altre posizioni costituzionali, e lo individuano come una sorta di sintesi tra tutti i diritti dell’individuo, che devono essere concepiti ed interpretati in una logica di indivisibilità⁴.

3. Il collegamento del principio della tutela della dignità con molti dei principi fondamentali della Costituzione, nei termini che si sono accennati in precedenza, o addirittura la sua ricostruzione come principio fondativo ultimo dell’ordine costituzionale, dà ragione altresì del fatto che il principio in parola abbia un’utilizzazione, anche in sede di giurisprudenza costituzionale, che rimane abbastanza fluida e non mostra una sua collocazione del tutto definita nell’ambito dei parametri utilizzati dalla Corte nel controllo sulla legislazione. Certo, vi sono esplicite enunciazioni che proclamano il carattere supremo della dignità umana, che si possono ad esempio riscontrare nell’affermazione della Corte secondo la quale «quello della dignità della persona umana è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo» (così Corte cost., sent. n. 293 del 2000)⁵, e non è un caso che nell’unico caso di “vera” applica-

³ In questi termini G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona (Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola)*, in *Rivista AIC* 2008. I corsivi sono nel testo originale.

⁴ In questo senso S. RODOTÀ, *L’antropologia dell’homo dignus*, in *Civilista.com.*, 2013, cit. da A. APOSTOLI, *op.cit.*; si v. anche A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Giurcost.org*, 2018, 2 (<http://www.giurcost.org/studi/ruggeri76.pdf>).

⁵ Si veda anche, nella medesima direzione, Corte cost., sent. n. 142 del 2017, che individua nella dignità, quale sintesi dei diritti fondamentali della persona anche la ragione giustificatrice di norme penali.

zione dei c.d. controlimiti da parte della Corte costituzionale (nella sentenza della Corte cost. n. 238 del 2014) la dignità sia richiamata a sostegno dell'individuazione del diritto alla difesa e all'azione in giudizio (art. 24 Cost.) quale "superprincipio" costituzionale, sul quale è costruita la motivazione della decisione.

In questo quadro, peraltro, il richiamo alla dignità della persona, nelle sue diverse evocazioni, non frequentemente si dimostra come essenziale alla costruzione degli argomenti della Corte. Le decisioni della Corte infatti spesso sono principalmente fondate sull'applicazione (e sul bilanciamento) di altri principi costituzionali, e la dignità, il cui carattere supremo è talora inquadrato come al contempo il fondamento della necessità di un bilanciamento e come limite alle possibilità da parte del legislatore di operare sacrifici eccessivi di diritti costituzionali, è spesso utilizzata per rafforzare conclusioni cui la Corte perviene per altre vie: il concreto assetto dei principi disegnato dalla Corte all'esito delle sue decisioni, dunque, è rafforzato con il richiamo alla dignità.

Se questo approccio della Corte dà ragione del carattere supremo del principio, esso tuttavia appare offuscare l'idoneità del richiamo al principio di dignità a fondare autonomamente decisioni della Corte costituzionale: in vari casi l'impressione è infatti che esso sia considerato dalla Corte come il presupposto della necessità di un bilanciamento, che tuttavia entra nei discorsi della Corte a bilanciamento avvenuto, ed è – quanto alla sua portata normativa – in qualche modo il sinonimo di un bilanciamento costituzionalmente orientato tra principi, sicché sottoponendo le decisioni che vi si richiamano ad una sorta di "prova di resistenza" (tentando di espungere il principio di dignità dagli argomenti della Corte) in realtà gli argomenti fondati su altri principi paiono non risentirne sul piano della loro tenuta. Questa posizione è in alcuni casi quasi esplicitamente enunciata dalla Corte, come avviene, ad esempio nella sent. n. 85 del 2013, in cui la Corte afferma come, in assenza di un bilanciamento come quello che la Corte svolge tra principi costituzionali concorrenti – nella specie il diritto alla salute e il diritto al lavoro – si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei

diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

D'altra parte, questo impiego del principio di tutela della dignità spiega anche la sua pervasività, ed il collegamento con una molteplicità di situazioni soggettive costituzionalmente tutelate, e caratterizzate da strutture anche molto diverse.

Pur senza nessuna pretesa di giungere a un inventario completo (per il quale si rimanda alla lettura dei contributi qui raccolti, ed agli studi che in materia di dignità vanno moltiplicandosi⁶) può osservarsi come di volta in volta la dignità sia assunta, in stretta connessione con l'eguaglianza, alla necessità di una garanzia universale (riconosciuta anche ai non cittadini, anche in assenza di un titolo di soggiorno) di un nucleo irriducibile di diritti, consistenti anche in prestazioni di riconducibili ai c.d. diritti sociali (ad esempio in materia di tutela della salute: si vedano a riguardo ad es. le sentt. 269 del 2010 e 61 del 2011); nella medesima direzione, sul richiamo alla dignità (sempre in connessione con il nucleo essenziale di diritti riconnessi all'art. 32 Cost.) la Corte costruisce anche i limiti alla incidenza della riduzione dei fondi sull'arretramento della protezione fornita dal sistema sanitario nazionale (cfr. Corte cost, sent. 162/2001)

In altri casi ancora, il richiamo alla dignità è invece utilizzato (sempre in collegamento con specifici diritti costituzionalmente previsti) per porre un argine alla possibilità di un intervento pubblico o per limitarne le possibili incidenze sulla sfera più intima dell'individuo, ed è collegata all'esistenza di un ambito di libertà in favore del singolo (si pensi alla sent. 142 del 2017, nel quale si evidenzia il collegamento tra la dignità ed una classica “libertà difensiva”, quale la libertà e segretezza della corrispondenza, o a

⁶ Tra essi, per una rassegna di giurisprudenza costituzionale, si può fare riferimento al quaderno elaborato dall'Ufficio studi della Corte costituzionale a cura di M. BELLOCCI e P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Roma, 2007 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf).

talune estensioni del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., ed ancora alla libertà religiosa⁷). In senso limitativo dei poteri pubblici (ed in particolare della potestà punitiva dello Stato) operano anche le decisioni in tema di divieto di trattamenti sanzionatori contrari al senso di umanità di cui all'art. 27.3 Cost. (che è uno dei terreni in cui più frequentemente entrano negli argomenti della Corte considerazioni riconducibili alla tutela della dignità⁸). Ancora, in taluni casi la dignità della persona è collegata alla sua identità, e dunque vi è coinvolta in qualche misura la proiezione sociale dell'individuo, la autorappresentazione del soggetto, collegata al diritto a valersi di strumenti per definire la propria identità e per vederla riconosciuta (nel primo senso, con un richiamo esplicito alla dignità della persona, si vedano, tra le decisioni che esplicitamente impiegano il principio di tutela della dignità, la sent. 494 del 2002 in materia di riconoscimento della paternità, e la sent. n. 180 del 2017, in materia di rettificazione anagrafica del sesso).

In altri casi ancora la dignità si ricollega alla necessità di fornire prestazioni pubbliche in favore dei cittadini o di certe categorie di soggetti, per garantirne sul piano dell'effettività la pari dignità sociale (art. 3, comma 1, in relazione al comma 2), attraverso limitazioni, anche "orizzontali" delle sfere di libertà dei cittadini (si pensi alle applicazioni giurisdizionali, anche da parte dei giudici comuni dei principi relativi alla retribuzione del lavoro di cui all'art. 36 Cost.); nello stesso senso si v. anche la giurisprudenza in materia di prestazioni da riconoscere ai portatori di handicap⁹.

Vi sono peraltro anche casi diversi, in cui – in forza del collegamento con altre norme costituzionali – il principio di tutela della dignità finisce per entrare nel bilanciamento (per un caso in cui la dignità della persona, tutelata dalle disposizioni in materia di

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 52 e 63 del 2016.

⁸ Si v. sul punto, ad es., G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere (Intervento al Convegno Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU)*, 28 maggio 2014, pubblicato in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Dignitacarcere_Silvestri.pdf.

⁹ Si v. sul punto *La dignità dell'uomo come principio*, cit., p. 50 ss.

diffamazione, è esplicitamente bilanciata con il principio dell'insindacabilità parlamentare si v. Corte cost., sent. n. 221 del 2014). In talune di queste ipotesi, il richiamo alla dignità conferisce alle relative decisioni il carattere di casi particolarmente difficili ¹⁰, in quanto caratterizzate da qualche tensione “interna” al concetto di dignità, talvolta collegate alla differenza delle possibili estensioni del principio, ed alla mancanza di consenso generalizzato in materia¹¹.

4. È seguendo il filo di alcune delle connessioni qui segnalate che si possono ricondurre ad unità gli interventi qui raccolti, e si può giustificare il loro raggruppamento tematico. Per un verso, infatti, vi sono contributi che si misurano con approfondimenti sul piano definitorio, sia quanto alla portata del principio di tutela della dignità (di cui il lavoro di Massimo Cavino enfatizza particolarmente le relazioni con l'art. 2 Cost. nella sua dimensione non solo di garanzia dei diritti, ma anche di adempimento dei doveri di solidarietà), sia al tema delle implicazioni del rispetto della dignità non soltanto alla pretesa di un eguale trattamento, ma anche al rispetto e al riconoscimento di identità differenziate ed in genere alla necessità che la dignità sia un argine ad un impiego dell'eguaglianza tale da tradursi in arbitrarie omologazioni (su questo, l'intervento di Mauro Barberis).

Altri interventi si incentrano più direttamente sulla trama delle relazioni – tutt'altro che di semplice individuazione – tra dignità

¹⁰ Per alcuni esempi di *hard cases* connessi alla tutela della dignità umana, con l'evocazione di casi giurisprudenziali particolarmente significativi a riguardo, vedasi M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli 2011, 3163 ss.

¹¹ Si v. a questo riguardo le sentt. n. 229 del 2015 e 84 del 2016 in materia di procreazione medicalmente assistita, nelle quali emerge come un profilo problematico la questione della dignità dell'embrione, nella soluzione di due questioni di legittimità costituzionali in tema di divieto di soppressione degli embrioni e di divieto di sperimentazione sugli embrioni. I due casi sono a buon titolo qualificabili come difficili, sia perché in essi la dignità è in qualche misura oggetto di bilanciamento, sia perché sono sottolineate le possibili differenze di posizioni in materia di statuto dell'embrione, anche alla luce della giurisprudenza della CEDU.

ed eguaglianza: ciò viene fatto sia, da un punto di vista definitorio, dall'intervento di Nicola Riva, in cui si evidenziano le complesse interazioni tra il principio di eguaglianza, nelle sue diverse possibili estensioni (le cui radici sono approfondite in un'ottica piuttosto innovativa, legata alle scienze cognitive, dal lavoro di Nicola Muffato), ed il rispetto della dignità della persona; sia dal punto di vista, in certo senso più immediatamente "operativo", che è la prospettiva propria della relazione di Gian Paolo Dolso, dedicata all'impiego giurisprudenziale del concetto di dignità ed al contributo che la giurisprudenza, non solo costituzionale, ha dato alla definizione del principio. In questa cornice vi è chi ha coltivato una prospettiva storico-evolutiva del concetto di dignità (ed è il filo conduttore del contributo di Davide Rossi) Infine, sono affrontate le ricadute più immediatamente "operative", ossia per così dire l'"impatto" che l'intreccio tra tutela della dignità della persona ed eguaglianza hanno in specifici settori. In questi ambiti, le relazioni contenute nella terza parte del volume hanno riguardo sia ad interventi normativi che a decisioni giurisdizionali che si riconnettono in particolare alla tutela della dignità della persona. Tra i settori considerati, sono ricompresi anche quello dello *status* dei non cittadini (affrontato da Fabio Corvaja), e del bagaglio di diritti ad essi riconosciuti nel nostro ordinamento (che come si è visto è un terreno in cui particolarmente intensi sono i legami tra il rispetto della dignità e quello della parità di trattamento) ed infine il settore del diritto del lavoro, in cui si inseriscono gli interventi di Roberta Nunin e Maria Dolores Ferrara.

In quest'ultimo ambito, come si segnalava, è particolarmente intenso il ruolo che la tutela della dignità assume anche attraverso richiami testuali nella Costituzione (art. 36 e art. 41 Cost.) ed anche in questo settore si possono ravvisare collegamenti tra il rispetto della dignità della persona e situazioni soggettive diverse, sia riconducibili a diritti "di libertà", sia anche a diritti di prestazione¹². È anzi possibile affermare che il collegamento tra dignità e

¹² Sul punto si veda ad esempio, in termini generali, G.M. FLICK, *Lavoro, dignità e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2 (https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2018_Flick.pdf).

lavoro può percepirsi anche su un piano più generale, se è vero - come si potrebbe sostenere - che il lavoro non è soltanto definito dall'incrocio di una serie di diritti e doveri, ma è inquadrato dalla Costituzione come una "dimensione" essenziale ed ineliminabile - ed anzi costituzionalmente riconosciuta, valorizzata e protetta - dell'individuo, che è al contempo uno strumento attraverso il quale il singolo può garantire la propria dignità sociale ed un terreno nel quale il rispetto della dignità del lavoratore (fra l'altro non altrimenti definito, e quindi con regole costituzionali che si applicano tanto ai cittadini, quanto agli stranieri lavoratori) trova in Costituzione una protezione particolarmente intensa, la quale va ricondotta al complesso delle regole costituzionali sulla tutela del lavoro, che si caratterizza anche per la presenza di disposizioni che operano con la garanzia "orizzontale" di diritti nei rapporti interprivati, che finisce per formare un limite alla libertà contrattuale dell'individuo.

Come è naturale, il complesso degli studi qui raccolti non pretende di fornire una soluzione a problemi così complessi come quelli qui solo evocati; e tuttavia può segnare la via per ulteriori indagini, che si dimostrano necessarie, anche in considerazione delle evoluzioni cui stiamo assistendo sia dal punto di vista dei "materiali" normativi che hanno fatto ingresso nel nostro sistema, sia da quello delle evoluzioni nella nei rapporti sociali cui siamo di fronte. Quanto al primo profilo, come è noto, il processo di apertura dell'ordinamento italiano all'ingresso di strumenti di garanzia dei diritti fondamentali sovranazionali ed internazionali rende se possibile ancora più complesso il tema qui trattato, in ragione della circostanza che nelle carte internazionali e nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali si possono ravvisare legami tra dignità e eguaglianza non necessariamente sovrapponibili a quelli desumibili dalla Costituzione italiana.

Con riguardo al secondo profilo, si pensi al tema dell'immigrazione ed ai problemi che essa comporta in chiave di riconoscimento della titolarità di diritti a cittadini e non cittadini; ma si pensi anche alla crisi finanziaria che rischia di porre sotto pressione conquiste in tema di diritti sociali che parevano consolidate, ma che oggi ri-

schiano ritorni indietro, la cui compatibilità con la garanzia della dignità delle persone potrebbe fungere da argine; si pensi infine alle linee di trasformazione del mondo del lavoro, ed ai mutamenti che esse inducono nella trama dei rapporti lavorativi, mutamenti che evidenziano i limiti di alcuni “vecchi” strumenti di tutela dei lavoratori (pensati per un’organizzazione produttiva molto diversa da quella attuale) e rimandano alla necessità di trovarne di nuovi.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019
da Rubbettino print – Soveria Mannelli (CZ)