

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Demis Mirarchi

Divieto di discriminazione e limiti dei diritti fondamentali

La relazione tra l'art. 8 cpv. 2 e l'art. 36
della Costituzione federale

Indice

Ringraziamenti.....	VII
Sommario.....	IX
Indice.....	XI
Indice delle abbreviazioni.....	XIX
Bibliografia.....	XXV
Indice dei materiali.....	XXXV
Introduzione.....	1
§ 1 Introduzione al problema.....	3
§ 2 Oggetto della ricerca.....	5
I. Domanda di ricerca.....	5
II. Precisazioni.....	5
III. Delimitazione.....	5
§ 3 Obiettivo.....	7
I. Stato della ricerca e rilevanza.....	7
II. Apporto originale.....	7
§ 4 Struttura e metodologia.....	9
I. Struttura.....	9
II. Metodologia.....	10
1. In generale.....	10
2. In particolare: approccio descrittivo e dogmatico.....	10
3. Diritto comparato e letteratura giuridica italiana.....	11
§ 5 Fonti.....	13
Parte 1: Restrizione dei diritti fondamentali.....	15
§ 1 Premessa.....	17
§ 2 Eterogeneità dei diritti fondamentali.....	19
I. Diritti „incomprimibili“ e diritti <i>prima facie</i>	19
II. Conseguenza.....	20

§ 3	Campo di protezione.....	21
I.	In generale.....	21
II.	In particolare: campo di protezione materiale.....	21
	1. Oggetto di protezione.....	21
	2. Pretese.....	22
	2.1 Dimensioni dei diritti fondamentali: sintesi.....	22
	2.2 Tipi di pretesa e rispettivi obblighi.....	23
	2.3 Pretese e obblighi di astensione.....	24
	2.4 Pretese e obblighi di intervento.....	24
	2.5 Pretese e obblighi di protezione.....	25
	3. Concretizzazione.....	25
§ 4	Lesione.....	27
I.	Concezione „estesa“.....	27
II.	Tre elementi costitutivi.....	28
III.	Funzione.....	30
§ 5	Giustificazione.....	31
I.	Nota introduttiva.....	31
II.	Elementi costitutivi.....	32
	1. Base legale (art. 36 cpv. 1 Cost.).....	32
	1.1 Esigenza di materialità, densità e formalità.....	32
	1.2 Lesione lieve e lesione grave: demarcazione.....	34
	2. Interesse pubblico (art. 36 cpv. 2 Cost.).....	34
	3. Proporzionalità (art. 36 cpv. 3 Cost.).....	36
	3.1 In generale.....	36
	3.2 Struttura trifasica dell'esame.....	36
	4. Inviolabilità dell'essenza intangibile (art. 36 cpv. 4 Cost.).....	37
III.	Importanza dell'art. 36 Cost.....	39
	1. Art. 36 Cost. inteso come strumento o metodo.....	39
	1.1 Strumento di disciplina ex ante e di controllo ex post.....	39
	1.2 Metodo.....	40
	2. Art. 36 Cost. inteso come meccanismo di protezione dei diritti fondamentali.....	40

§ 6	In particolare: campo di applicazione dell'art. 36 Cost.	43
I.	Accenni di diritto comparato	43
	1. Obiettivi e delimitazioni	43
	2. Verticalità e orizzontalità dei regimi di restrizione	43
	3. Considerazioni	45
II.	Applicazione monolitica?	46
III.	Applicazione in funzione della tipologia o della direzione della protezione	47
	1. Dibattito: applicazione primariamente alle libertà fondamentali o presunzione di applicazione a tutti i diritti fondamentali?	47
	2. Origine del dibattito	48
	3. Possibile soluzione: applicazione ai diritti contenenti delle pretese di astensione	49
	3.1 Direzione della protezione più che tipologia dei diritti	49
	3.2 Garanzie di procedura	50
	3.3 Diritti politici	51
	3.4 Diritti sociali	51
	3.5 Diritti di uguaglianza	53
§ 7	Bilancio intermedio	55
 Parte 2: Cornice giuridica dell'art. 8 cpv. 2 Cost.		57
§ 1	Premessa	59
§ 2	Dignità umana: art. 7 Cost.	61
I.	Fonti	61
II.	Funzioni	61
	1. Funzione soggettiva	61
	2. Funzione oggettiva	62
III.	Campo di protezione personale e materiale	63
§ 3	Uguaglianza giuridica: art. 8 cpv. 1 Cost.	65
I.	Uguaglianza e identità	65
II.	Uguaglianza e uguaglianza giuridica	66
III.	Uguaglianza giuridica e giustizia	66
IV.	Fonti	67

V.	Titolari e destinatari	68
VI.	Funzioni.....	68
	1. Funzione soggettiva.....	68
	2. Funzione oggettiva	69
§ 4	Giustificazione di un'ineguaglianza di trattamento.....	71
I.	Formula del TF.....	71
II.	Dialogo tra soggetto e autorità.....	71
	1. Due tappe della procedura.....	71
	2. Critiche.....	72
	3. Irrigidimento delle condizioni giustificative	73
III.	Divieti di differenziazione	73
§ 5	Relazione tra l'art. 8 cpv. 1 Cost. e l'art. 36 Cost.	77
I.	Libertà fondamentali e uguaglianza giuridica: analogie e contrasti	77
	1. Analogie	77
	2. Contrasti	77
	2.1 Trasversalità.....	77
	2.2 Relazionalità.....	78
	2.3 Incomprimibilità?	78
II.	Dottrina	79
	1. Motivi interni e scopi esterni.....	79
	1.1 Matthias Oesch, René Wiederkehr	79
	1.2 Bernhard Rütsche	81
	2. Vincent Martenet: „Justification situationnelle“ e „justification finaliste“	84
III.	Giurisprudenza	85
	1. Distinzione tra motivi interni e scopi esterni nella giurisprudenza del TF	85
	2. „Lesione“ o „violazione“ dell'art. 8 cpv. 1 Cost.: la confusione terminologica del TF (nelle sentenze in lingua italiana)	87
IV.	Critiche.....	88
	1. Mezzo per raggiungere uno scopo	88
	2. Nella pratica: delimitazione tra le possibili giustificazioni	88
	3. Federalismo e separazione dei poteri	89
	4. Considerazioni.....	90
V.	Bilancio intermedio.....	90

Parte 3: Divieto di discriminazione (art. 8 cpv. 2 Cost.)	93
§ 1 Premessa	95
§ 2 Convergenze e delimitazioni con gli art. 7 Cost. e 8 cpv. 1 Cost.	97
§ 3 Cenni storici e filosofici	99
I. „Henggeler-Praxis“	99
II. Immoralità della discriminazione	100
1. Ragioni dell’immoralità della discriminazione	100
2. Considerazioni.....	102
§ 4 Fonti	105
I. Diritto costituzionale nazionale	105
II. Diritto regionale	106
III. Diritto internazionale	107
§ 5 Titolari e destinatari	109
§ 6 Funzioni	111
I. Funzione soggettiva	111
II. Funzione oggettiva.....	111
§ 7 Tre possibili livelli di divieto	113
I. Divieto di differenziare („Differenzierungsverbot“)?	113
II. Divieto di svantaggiare („Benachteiligungsverbot“)?	114
III. Divieto di svalutare („Herabwürdigungsverbot“)?	115
§ 8 Criteri sensibili: analogie e contrasti	117
I. Analogie	117
II. Contrasti	117
§ 9 Principali forme di discriminazione	121
I. Premessa.....	121
II. Discriminazione diretta.....	121
III. Discriminazione indiretta.....	122
§ 10 Tipizzazioni	125
§ 11 Bilancio intermedio	127

Parte 4: Relazione tra l'art. 8 cpv. 2 Cost. e l'art. 36 Cost. 129

§ 1	Premessa	131
§ 2	Studio descrittivo: giustificazione nella giurisprudenza del TF.....	133
I.	Metodologia e finalità.....	133
II.	Base legale non decisiva.....	134
1.	Scopi esogeni.....	134
2.	Approccio ibrido: motivi endogeni e scopi esogeni.....	136
III.	Base legale implicita.....	137
1.	Motivi endogeni	137
2.	Scopi esogeni.....	138
3.	Approccio ibrido: motivi endogeni e scopi esogeni.....	141
IV.	Base legale decisiva.....	142
1.	Scopi esogeni.....	142
2.	Approccio ibrido: motivi endogeni e scopi esogeni.....	145
V.	Risultati dell'analisi descrittiva	146
1.	Categorie di giustificazione.....	146
2.	Legalità.....	147
VI.	Confronto con l'approccio della CorteEDU.....	149
1.	Categorie di giustificazione.....	149
2.	Legalità.....	152
VII.	Bilancio intermedio.....	154
§ 3	Studio dogmatico: struttura dell'art. 8 cpv. 2 Cost.	155
I.	Metodologia e finalità.....	155
II.	Struttura ibrida	155
1.	Confronto con l'art. 8 cpv. 1 Cost.	155
1.1	Analogie	155
1.2	Contrasti	156
2.	Confronto con le libertà fondamentali	156
2.1	Analogie	156
2.2	Contrasti	159
3.	Bilancio intermedio.....	160
III.	Relazione tra la figura dogmatica della lesione e l'art. 8 cpv. 2 Cost.	162
1.	Obiettivo.....	162

2.	Accostamento tra la nozione di lesione e l'art. 8 cpv. 2 Cost. nella giurisprudenza del TF e in dottrina	162
3.	Pertinenza della nozione di lesione nel contesto dell'art. 8 cpv. 2 Cost.....	163
3.1	Svantaggio	163
3.2	Presunzione di inammissibilità.....	164
3.3	Integrità, autonomia e autodeterminazione	165
II.	Bilancio intermedio.....	165
1.	Confronto tra lo studio descrittivo e lo studio dogmatico	165
2.	Convergenza tra lo studio descrittivo e lo studio dogmatico	166
3.	Pertinenza dell'argomento dogmatico.....	166
§ 4	Tre categorie di giustificazione.....	169
I.	Punto di partenza: categorie di giustificazione secondo la dottrina.....	169
1.	In generale	169
2.	Vincent Martenet: „Justification situationnelle“ e „justification finaliste“.....	170
3.	Bernhard Waldmann: „Biologische Eigenschaften“	171
4.	Considerazioni.....	171
4.1	Caratteristiche personali: motivo giustificativo legittimo	171
4.2	Confronto con la dogmatica di restrizione dell'art. 8 cpv. 1 Cost.....	172
4.3	Tipizzazioni	173
4.4	Selezione della categoria di giustificazione pertinente.....	173
II.	Tre categorie di giustificazione.....	174
1.	Prima categoria di giustificazione: motivi endogeni	174
1.1	Base legale (art. 36 cpv. 1 Cost.).....	174
1.2	Interesse pubblico e proporzionalità (art. 36 cpv. 2 e 3 Cost.)	177
1.3	Intangibilità dell'essenza del diritto (art. 36 cpv. 4 Cost.).....	177
1.4	Esempi	177
2.	Seconda categoria di giustificazione: scopi esogeni	178
2.1	Base legale (art. 36 cpv. 1 Cost.).....	178
2.2	Interesse pubblico e proporzionalità (art. 36 cpv. 2 e 3 Cost.)	180
2.3	Intangibilità dell'essenza del diritto (art. 36 cpv. 4 Cost.).....	180
2.4	Esempi	180
3.	Terza categoria di giustificazione: tipizzazioni	181
3.1	Base legale (art. 36 cpv. 1 Cost.).....	181
3.2	Interesse pubblico e proporzionalità (art. 36 cpv. 2 e 3 Cost.)	182
3.3	Intangibilità dell'essenza del diritto (art. 36 cpv. 4 Cost.).....	182

§ 5	Problematiche della suddivisione in categorie di giustificazione.....	183
I.	Test giustificativo meno rigoroso	183
II.	Nella pratica: delimitazione e cumulazione tra le categorie di giustificazione	184
	1. Delimitazione tra le categorie di giustificazione	184
	2. Cumulazione tra le categorie di giustificazione	185
III.	Eterogeneità dei criteri sensibili	186
§ 6	Bilancio	189
I.	Conflitto tra pratica e teoria	189
II.	Base legale	189
III.	Proporzionalità	190
IV.	Tipizzazioni	191
	Conclusion.....	193
§ 1	Domanda di ricerca.....	195
§ 2	Risposta alla domanda di ricerca	197