



Studi giuridici 2020

€ 21,00



Jovene editore 2020



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

7

Studi giuridici 2020

Comitato di Redazione

Alessandro Morelli (*Caporedattore*) - Elena Ghi (*Vice caporedattore*) - Dario Ortoleva (*Segretario di redazione*) - Claudio Bassetti - Marco Boscarol - Carlotta Loggetto - Francesco Scolaro - Miriam Sferra - Maria Luisa Zannini Quirini

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Fulvio Costantino - Luca Di Donna - Alberta Fabbriotti - Maura Garcea - Domenico Mezzacapo - Giovanna Montella - Gianluca Scarchillo - Roberta Tiscini - Franco Vallocchia

Advisory Board

Nicolai Badenhoop - Sophie Schürmann - Angelo Dominick Tannuzzo

Alla redazione hanno collaborato

Ottavia Carla Bonacci - Lucrezia Caruso - Luca Dettori - Claudia Esposito - Chiara Giuliani - Andrius Malinauskas - Cecilia Morelli - Andrea Schioppa - Francesco Scolaro - Francesco Tomasicchio - Simone Vescio - Maria Luisa Zannini Quirini

Contatti

email: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
facebook: Sapienza Legal Papers
Instagram: sapienzalegalpapers
website: www.scienze giuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali
www.digef.uniroma1.it/publicazioni
www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali

In amichevole collaborazione con



DIRITTI D'AUTORE RISERVATI - ©COPYRIGHT 2020

ISBN 978-88-243-2701-5

JOVENE EDITORE

VIA MEZZOCANNONE 109 - 80134 NAPOLI

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

website: www.jovene.it email: info@jovene.it

PRINTED IN ITALY - STAMPATO IN ITALIA

*Non chiederci la parola che squadri da ogni lato
l'animo nostro informe, e a lettere di fuoco
lo dichiari e risplenda come un croco
Perduto in mezzo a un polveroso prato.*

*Ah l'uomo che se ne va sicuro,
agli altri ed a se stesso amico,
e l'ombra sua non cura che la canicola
stampi sopra uno scalcinato muro!*

*Non domandarci la formula che mondi possa aprirti
sì qualche storta sillaba e secca come un ramo.
Codesto solo oggi possiamo dirti,
ciò che non siamo, ciò che non vogliamo.*

Eugenio Montale
(da *Ossi di Seppia*, 1925)

INDICE

- 1 *Nota di redazione*
- 5 Corpi e libertà tra diritto e letteratura. Antigone e la Ballata di Adam Henry: L'importanza dell'incontro e la libertà relazionale
Ottavia Carla Bonacci - Luca Dettori
- 33 Il minotauro di noi stessi siamo noi
Lucrezia Caruso
- 43 Observance of the Principle of the Respect for Human Dignity in the EU Asylum Policies: Lessons from Border Issues between Italy and France
Andrius Malinauskas
- 55 Alcune riflessioni su Aldo Moro costituente
Francesco Tomasicchio
- 69 Gli aspetti eticizzanti della clausola di buona fede nella Relazione al Codice civile del 1942
Francesco Scolaro - Maria Luisa Zannini Quirini
- 85 Diritto del lavoro e *riders*: discipline a confronto
Chiara Giuliani
- 97 The introduction of Class Action in the Belgian legal system
"L'Action en réparation collective"
Andrea Schioppa
- 107 Il delitto di bancarotta: reato di mera condotta, pericolo o danno?
Simone Vescio - Claudia Esposito
- 117 La curva di Kuznets nella transizione verde
Cecilia Morelli

NOTA DI REDAZIONE*

Camminando nei corridoi della Facoltà sembra ancora di udire il festoso e concitato vociare della folla di studenti e professori da cui a volte eravamo infastiditi e che oggi ricordiamo con dolce nostalgia. Ognuno di noi è rimasto 'impigliato' nella rete dell'effervescente clima universitario che ci ha preso per mano accompagnandoci sotto la sua protezione nel percorso della nostra formazione.

Cos'è l'Università senza i suoi studenti che incontrandosi scambiano le loro opinioni, esperienze, emozioni e risate prima di una lezione? In questi mesi per la prima volta abbiamo avuto l'occasione di accorgerci di quanto l'Università non consista solo nello studio dei libri che accompagnano le nostre giornate e di quanto una lezione confinata nei quattro freddi angoli di uno schermo non possa pretendere di paragonarsi alla sua omonima ma partecipata esperienza di quelle due ore che si stendono lungo un'aula scaldata dalla viva voce dei professori e dei loro studenti.

È, allora, necessario, nell'angosciante attesa della normalità, trovare un modo per tenere salde le sue 'mura'. Gli studenti e i loro professori ne hanno trovati vari. Uno di questi è stato contribuire alla stesura di questa settima edizione dei *Quaderni degli alunni della Facoltà di giurisprudenza* partecipando, così, alla missione che questa rivista lentamente ma incessantemente cerca di svolgere: creare l'occasione per dare spazio all'approfondimento e sfogo agli interessi di ognuno di noi, consentendo quell'essenziale confronto di idee che è capace di irradiarsi sia all'interno della nostra Facoltà sia all'esterno, attraverso la rete che ormai tiene stretti vari atenei di tutta Europa e che si prefigge di estendersi oltreoceano.

I *Papers* che qui pubblichiamo svolgono una profonda analisi di un'arricchente molteplicità di temi caratteristica dei nostri volumi.

* Per la Redazione: Alessandro Morelli e Elena Ghi, studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma.

Carla Ottavia Bonacci e Luca Dettori ci offrono, attraverso un viaggio che intreccia diritto e letteratura, uno studio attento del concetto di libertà, partendo con l'analisi della doppia concezione che della stessa propone Isaiah Berlin, da un lato come area entro la quale un uomo può agire non impedito da altri e, dall'altro, come la volontà, dell'individuo, di essere padrone della sua vita.

«I muri cadono continuamente» scrive, invece, Lucrezia Caruso nel suo articolo ricordandoci che ciò accade «perché fissano il mondo, lo chiudono e lo dichiarano compiuto. L'uomo, invece, è alla continua ricerca di ciò che manca al suo vissuto. Quel qualcosa che è altrove, al di là del muro».

Il rispetto della dignità, tanto acclamata dalle norme di più alto rango a livello nazionale e sovranazionale quanto di difficile attuazione, è affrontato da Andrius Malinauskas con particolare riferimento alla condizione dei minorenni nonché con una attenta analisi della situazione del confine tra Italia e Francia.

A seguire, Francesco Tomasicchio da un lato e Francesco Scolaro e Maria Luisa Zannini Quirini dall'altro, attraverso una prospettiva diacronica, descrivono i percorsi storici fondamentali, rispettivamente, del ruolo di Aldo Moro nell'Assemblea Costituente e della genesi del principio di buona fede con particolare riferimento alla Relazione al Codice Civile del 1942.

La spasmodica ricerca della soddisfazione del cliente e della massimizzazione dei profitti sembra divenire sempre più incompatibile con quella concezione del lavoro come elemento che nobilita l'uomo e su cui si fonda la nostra Repubblica, a tutto discapito della 'libertà' di coloro che pesando meno nella bilancia del potere contrattuale sono costretti ad accettare le condizioni che il sistema 'propone'. Chiara Giuliani affronta, *apertis verbis*, la questione della subordinazione in ambito giuslavoristico, avendo particolare riguardo alla categoria dei *riders*.

Sempre nell'ambito della tutela dei soggetti che subiscono uno 'squilibrio' *de facto* nei rapporti giuridici di cui sono diretti interessati si colloca l'elaborato redatto da Andrea Schioppa, il quale evidenzia come, attraverso un articolato e complesso percorso storico-culturale, nello Stato belga sia stato possibile introdurre *'l'action en réparation collective'*. Quest'ultima è diventata, come spiega l'autore, lo strumento finalizzato alla tutela dei diritti dei soggetti i cui interessi diventano giuridicamente e, quindi, processualmente rilevanti solo se attivati congiuntamente.

Sul fronte del Diritto Penale, Simone Vescio propone un attento studio del fenomeno della bancarotta e, infine, Cecilia Morelli illustra gli effetti dell'inquinamento sull'ambiente con una visione di *law and economics* che considera anche come su ciò abbia inciso l'emergenza sanitaria generata dal Covid-19.

Al termine di questa breve introduzione possiamo rispondere meglio alla domanda iniziale. L'Università a nostro parere è i suoi studenti, il loro confronto e l'occasione per esprimere e affinare le loro passioni. Se mancassero i primi, sarebbe solo una maestosa ma pesante struttura tra le cui mura il suono della cultura non potrebbe che rimbalzare a vuoto da una parete all'altra senza trovare un terreno su cui germogliare. Senza i secondi, invece, non si farebbe altro che ridurre gli studenti stessi ad una serie di fertissime aiuole ben distanziate tra loro, senza alcuna speranza di poter, insieme, divenire un diversificato e resistente ecosistema.

OTTAVIA CARLA BONACCI - LUCA DETTORI*

CORPI E LIBERTÀ TRA DIRITTO E LETTERATURA
ANTIGONE E LA BALLATA DI ADAM HENRY:
L'IMPORTANZA DELL'INCONTRO E LA LIBERTÀ RELAZIONALE

In order to discuss the topic of freedom in a journey throughout literature and law, the question arises spontaneously: is it possible, today, to consider the area of freedom and autonomy as a negative, empty and narrow space, or is it more suitable to look at these concepts as a positive and open space full of interpersonal relationships and mutual recognitions?

With this dissertation we will demonstrate that, between the two options, it is preferable to opt for the latter.

SOMMARIO: 1. Isaiah Berlin, *Due concetti di libertà*. – 2. La vicenda di Antigone: una scelta per la libertà. – 3. Il Coro: la valutazione dell'agire di Antigone dal punto di vista collettivo. – 4. Il conflitto tra Antigone e Creonte: sia reale che simbolico. – 5. Antigone: donna *αυτόνομος*. – 6. Libertà e Vulnerabilità. – 7. L'evoluzione del concetto di dignità. – 8. *La ballata di Adam Henry*: la questione dei diritti fondamentali e l'importanza dell'incontro. – 9. Il *balancing test*. – 10. Il caso Walter Piludu. – 11. Il caso Eluana Englaro. – 12. Conclusioni.

1. *Isaiah Berlin*, Due concetti di libertà

Nel saggio *Due concetti di libertà* Isaiah Berlin delinea una distinzione fondamentale: quella tra libertà negativa e libertà positiva. Queste due tipologie di libertà rispondono a due domande differenti¹.

* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Schillaci.

¹ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano, Feltrinelli, 2000.

La libertà negativa appare essere la risposta alla domanda: «qual è l'area all'interno della quale il soggetto, una persona, un gruppo di persone, è o dovrebbe essere lasciato fare o essere ciò che è in grado di fare o di essere, senza interferenze da parte di altre persone?».

La libertà negativa così intesa è l'area entro la quale un uomo può agire non impedito da altri.

Se quest'area viene sottratta all'uomo, si sfocia nel rapporto di coercizione che implica l'interferenza deliberata di altri esseri umani nell'area in cui l'uomo potrebbe agire: quanto più grande è l'area della non interferenza, tanto è più grande la sua libertà. Certamente la libertà 'negativa', termine che i filosofi classici inglesi elevarono a principio cardine dell'epoca liberale, non deve essere intesa come libertà naturale, cioè illimitata, perché altrimenti tutti gli uomini potrebbero illimitatamente interferire negli affari di tutti gli altri creando uno stato di caos sociale, in cui non sarebbero soddisfatte neppure le esigenze minime; oppure perché le libertà dei più deboli sarebbero soppresse dai più forti.

Dunque, per Berlin, la libertà deve essere limitata per giungere a quell'associazione che i liberali ritenevano desiderabile. L'area delle azioni che gli uomini sono liberi di compiere deve essere limitata dalle leggi, salvaguardando, come sostenevano Locke, Mill, Tocqueville e Constant, un'area minima di libertà della persona che per nessun motivo deve essere violata, perché altrimenti l'individuo si ritroverebbe in un'area troppo limitata persino per quel minimo di sviluppo delle proprie facoltà naturali che solo rende possibile perseguire e addirittura concepire i vari fini che gli uomini reputano buoni, giusti, sacri. Le regole, le leggi non debbono essere viste come restrizioni, bensì come baluardi o direttive per perseguire i giusti interessi per giungere poi ad un bene generale.

La libertà in senso positivo risponde, invece, secondo Berlin, alla seguente domanda: «quale o chi è la fonte del controllo o dell'interferenza che può determinare che qualcuno faccia o sia una cosa piuttosto che un'altra?».

Il senso positivo della libertà deriva dalla volontà, da parte dell'individuo, di essere padrone della sua vita: ogni scelta di vita deve essere frutto di un processo di autodeterminazione cosciente, scevro da qualsiasi tipo di condizionamento esterno. Questo è il significato intrinseco di un 'essere libero di': il fatto che le ragioni e le cause dell'agire umano siano l'effetto di una consapevolezza to-

talmente interiore, il che significa decidere di essere qualcuno e scansare la nientificazione dell'essere umano.

Quindi, per Berlin, la libertà positiva consiste nell'essere padroni della propria vita e la libertà negativa consiste nel non essere impediti da altri di scegliere come si vuole; questi due concetti possono a prima vista sembrare non molto distanti logicamente l'uno dall'altro, quasi fossero due modi, l'uno negativo e l'altro positivo, di dire in fondo la stessa cosa. Tuttavia la nozione positiva e quella negativa di libertà si sono sviluppate secondo linee storiche assai diverse, addirittura entrando in conflitto tra di loro.

Chi è libero porta a compimento un processo di realizzazione di sé, attraverso un uso critico della ragione, capendo cosa è necessario e cosa è contingente.

Dunque, per Berlin, un uomo deve desiderare di essere libero di vivere e di assecondare la razionalità, ossia il vero io; ma altrettanto liberi devono essere gli altri: dunque quale sarà la linea di confine fra la mia aspirazione di libertà e quella degli altri? Come posso essere libero di perseguire i miei desideri razionali senza intaccare la sfera di libertà altrui?

La riflessione e il dibattito per Berlin si aprono sul dove si debba tracciare quel confine: gli uomini sono interdipendenti e nessuno agisce in modo così completamente privato da non ostacolare mai, in nessun modo, la vita degli altri.

Ma libertà può essere identificata come ricerca di un riconoscimento da parte degli altri? Su questo punto la riflessione di Berlin parte dal presupposto che l'interazione con altri individui non determina solo l'affermazione della vita materiale, ma nel fatto che la stessa identità morale e sociale di ognuno diventano intelligibili solo nei termini del contesto sociale di cui si è un elemento. L'assenza di libertà di cui si lamentano gli uomini o i gruppi consiste abbastanza spesso nella mancanza di un riconoscimento adeguato, ossia nel fatto di non essere considerati come individui, di non vedere sufficientemente riconosciuta la propria unicità, di essere anzi classificati come membro di una massa amorfa priva di qualità identificabili e specificamente umane e di scopi propri.

Ed è proprio questo desiderio di reciproco riconoscimento, spiega Berlin, a far sì che le democrazie più autoritarie siano a volte coscientemente preferite dai propri membri rispetto alle oligarchie illuminate.

Tuttavia, sottolinea Berlin, questo sentimento di mutuo riconoscimento non può essere identificato con la libertà, negativa o

positiva che sia: è un qualcosa certamente di assimilabile alla libertà, un qualcosa per cui gli uomini combattono strenuamente, e che per realizzarsi necessita della presenza di una libertà negativa, ma che tuttavia è legata assai più intensamente alla solidarietà, alla fraternità, alla comprensione reciproca, al bisogno di associarsi in condizioni di parità, le quali cose sono a volte chiamate, in modo fuorviante, libertà sociale.

L'essenza della nozione di libertà, sia nel senso positivo che in quello negativo, è di garantire contro qualcosa o qualcuno, contro chi tenta di invadere il campo altrui o d'imporre la sua autorità sugli altri. Il desiderio di essere riconosciuti è rivolto a qualcosa di diverso: è desiderio di unione, di più stretta comprensione, di integrazione degli interessi, di una vita di fiducia e di sacrifici comuni.

Ma è la confusione tra il desiderio di libertà e questo profondo ed universale anelito di *status* e di comprensione, reso ancora più indistinto dalla nozione di auto-direzione sociale, nella quale il soggetto che deve essere liberato non è più l'individuo, ma l'insieme sociale, che rende possibile agli uomini affermare che il sottomettersi all'autorità di oligarchi o di dittatori in qualche senso li rende liberi.

Non c'è dubbio per Berlin che ogni interpretazione della parola libertà, per quanto insolita, debba includere un minimo di quella che lui stesso definisce come 'libertà negativa'. Ci deve essere necessariamente un'area all'interno della quale l'individuo non venga ostacolato. Nessuna società sopprime tutte le libertà dei suoi membri: un essere a cui sia impedito dagli altri di fare qualsiasi cosa per conto proprio non è più un soggetto morale e non potrebbe né legalmente né moralmente essere considerato un essere umano, anche se biologicamente fosse classificabile come tale. Ma Mill e Constant volevano qualcosa di più di questo 'minimo': chiedevano il massimo grado di non interferenza compatibile con un minimo di esigenze della vita sociale.

Il più delle volte l'umanità si è rivelata pronta a sacrificare questo in favore di altri scopi: la sicurezza, lo *status*, la prosperità, il potere, la virtù, le ricompense, oppure per la giustizia, per l'eguaglianza, la fraternità e per molti altri valori che appaiono, in tutto o in parte, incompatibili con la conquista del più alto grado di libertà individuale e che certamente non hanno bisogno di questa condizione preliminare della loro realizzazione.

Due sono i principi affinché una società possa essere considerata libera: il primo è che solo i diritti e non anche i poteri deb-

bano essere considerati assoluti; il secondo è la presenza di frontiere non artificiali, all'interno delle quali gli uomini sono inviolabili e che le regole a sostegno di tali frontiere siano il risultato della libera decisione degli individui verso i quali le stesse frontiere si rivolgono.

Libertà positiva e libertà negativa non sono due diverse interpretazioni dello stesso concetto, bensì due atteggiamenti divergenti ed inconciliabili rispetto ai fini della vita, perché ciascuno dei due rivendica un diritto assoluto.

La realtà che incontriamo nella nostra esperienza quotidiana è tale che siamo posti di fronte a fini ugualmente fondamentali e a rivendicazioni ugualmente assolute, e la realizzazione di alcuni di essi comporta inevitabilmente il sacrificio di altri. Ed è proprio perché questa è la loro condizione che gli uomini danno così grande valore alla libertà di scegliere; se infatti si avesse la sicurezza che nessuno dei fini perseguiti dagli uomini potesse entrare in conflitto con gli altri, la necessità e lo strazio della scelta scomparirebbero e con esse l'importanza centrale della libertà di scegliere.

La libertà in senso positivo non è altro che la rivendicazione dell'autonomia nazionale o sociale, ma ciò non toglie che la libertà di un uomo o di un popolo di scegliere la vita che preferisce deve essere bilanciata con le esigenze di molti altri valori, dei quali l'eguaglianza, la giustizia, la felicità, la sicurezza e l'ordine pubblico e questo comporta che la libertà non può essere illimitata.

La libertà negativa è quindi un sacrificio, ma un sacrificio di per sé non è mai un aumento di ciò che viene sacrificato (cioè un aumento della libertà), indipendentemente da quanto grande è la necessità morale o il compenso per questo stesso sacrificio.

E allora la critica alla libertà positiva secondo Berlin è necessaria perché essa si esaurirebbe solo nell'imporre ai membri della collettività una volontà unica e collettiva in nome di una libertà più alta.

La nostra presa di distanza, pur riconoscendone l'alto valore filosofico, dalle conclusioni di Berlin risiede soprattutto nel fatto che il filosofo distingue in maniera netta la libertà dalla realizzazione di uno *status*, ossia dal riconoscimento di sé, sostenendo che il pluralismo, con la sua parte di libertà 'negativa', gli appare come l'ideale più vero e più umano delle mete di coloro che cercano nelle grandiose e ordinate strutture autoritarie l'ideale 'positivo' dell'autonomia di classi, di popoli o dell'umanità intera; invece, il riconoscimento di un individuo, come tale, all'interno della società, ossia

allo stesso tempo un riconoscimento di sé come essere umano e un reciproco riconoscimento di condivisione della condizione umana con l'altro, sono tutte manifestazioni di libertà e pieno riconoscimento della pari dignità.

E ancora: considerare la libertà positiva (in ottica individualistica) come la signoria di sé avrebbe facilitato la scissione della personalità in due parti: in un'istanza di controllo dei desideri e delle passioni (da disciplinare e da sottomettere) e nel capovolgimento della libertà «nel desiderio di essere autodiretto, ossia diretto dal proprio io vero».

2. *La vicenda di Antigone: una scelta per la libertà*

Differenziatosi così il concetto di libertà positiva e negativa, possiamo notare come le riflessioni sin qui condotte possono aiutarci a introdurre la vicenda di Antigone, per giungere poi a definire quale sia invece il concetto di libertà umana che traspare dall'opera e quali siano stati i nuclei concettuali dell'opera di Sofocle che lo hanno realizzato.

La vicenda narrata nell'*Antigone* di Sofocle ha da sempre attirato l'attenzione della riflessione giuridica. Conosciamo il tema del conflitto tra la legge della coscienza, la fedeltà agli affetti, e la legge della *polis*, in tutta la sua durezza, di cui si fanno interpreti rispettivamente Antigone e suo zio Creonte.

La lettura dell'*Antigone* polarizzata sulla opposizione tra lei e Creonte non rende giustizia allo scenario più complesso che Sofocle ha delineato nella tragedia, in cui troviamo personaggi come Emone, figlio di Creonte e promesso sposo di Antigone, che cerca di persuadere Creonte a non applicare in modo così duro la legge della *polis* contro di lei, rea di aver sepolto i fratelli, senza considerare la benevolenza che Antigone così aveva raccolto tra la gente di Tebe (il cui consenso era necessario alla legittimazione del potere); come l'indovino Tiresia, che prevede tragedie inenarrabili nel destino di Creonte e lo invita alla lungimiranza; come il Coro, rappresentante l'Assemblea, che richiama continuamente alla molteplicità dei punti di vista e delle visioni del mondo.

La tragedia inizia con un atto giuridico, quello di Creonte che pronuncia con l'editto «se qualcuno trasgredisce il comando di lasciare Polinice senza sepolcro e compianto, per lui è stabilita pubblicamente la morte».

È interessante qui sottolineare un primo punto: Antigone, che viola tale legge dando sepoltura al fratello e che è per questo motivo condannata ad essere sepolta viva (anziché ad essere pubblicamente lapidata), sceglierà poi di suicidarsi. Questo andrà tenuto presente come un filo rosso per tutta la riflessione.

Ciò che però sorprende nella tragedia sofoclea è un elemento in particolare: l'*Antigone* di Sofocle è il primo caso riconosciuto in cui il termine *autonomos* viene riferito a una persona singola, e non a una comunità, per l'appunto Antigone stessa. Antigone è infatti l'identificazione dell'aspirazione umana verso l'autonomia; identificazione che assume una valenza esistenziale ma allo stesso tempo giuspolitica².

La valenza giuspolitica di questo predicativo dato ad Antigone è innanzitutto dimostrata dal fatto che a pronunciarlo e ad attribuirlo è il Coro, rappresentativo dell'Assemblea, secondo il quale appunto Antigone si reca a morire *autonomos*³.

Il termine autonomia, in riferimento alla morte di Antigone, secondo alcune letture forse troppo semplicistiche, si riferirebbe proprio alla sua decisione di suicidarsi piuttosto che aspettare la morte sepolta viva nella caverna: in questa accezione si contrappone allora la morte in autonomia ('secondo una sua propria legge') alla morte determinata da una scelta altrui. Quindi l'autonomia di Antigone si risolverebbe nell'atto fisico di togliersi la vita per propria mano⁴.

Eppure, una lettura giuridicamente più rilevante di questo predicativo sta nel fatto che Antigone, in ogni sua scelta, non rivendica mai di obbedire ad una sua propria legge, bensì di obbedire alle leggi non scritte degli dèi: leggi immutabili che non sono né di oggi né di ieri, che esistono da sempre e che prevedono proprio il diritto alla degna sepoltura.

L'autonomia di Antigone quindi non consisterebbe nel far valere una propria convinzione ma consiste piuttosto nel far valere una norma giuridica che appartiene a quel *corpus* di leggi non scritte e mai contestate fino al quel momento.

È per questo motivo che Sofocle fa ripetere ad Antigone molte volte che seppellire il fratello, nel rispetto delle leggi divine, è una sua scelta, cosciente e volontaria: così allo spettatore appare chiaro

² L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 16.

³ L. RONCHETTI, *op. cit.*, p. 19.

⁴ L. RONCHETTI, *op. cit.*, p. 17.

che Antigone agisce con la piena consapevolezza delle conseguenze della sua azione e quindi la sua adesione alle norme non scritte la rende partecipe della loro produzione e allo stesso tempo garante della loro efficacia.

Così la libertà di Antigone non può essere confinata al mondo della sua morale interna (al rispetto di una sua legge interiore), ma va anzi collocata nello spazio politico pubblico, che si forma nella zona di contatto tra il foro interno e quello pubblico.

Ed è qui che arriviamo al nucleo concettuale di nostro interesse: la sorella di Antigone, Ismene, le consiglia di agire in segreto, di riservare degna sepoltura a Polinice senza sfidare pubblicamente il potere costituito; Antigone rifiuterà ogni sotterfugio e compirà un gesto privato (come la sepoltura di un congiunto), che ha però dei risvolti politici fondamentali, pubblicamente. Antigone infatti insiste moltissimo su, e si assicura del fatto che, il suo gesto e il suo rifiuto di rinnegarlo siano noti a tutti.

È in questo modo che la tragedia sofoclea mostra la dipendenza inscindibile che c'è tra l'autodeterminazione individuale e il contesto relazionale politico: la libertà e l'autonomia di Antigone si realizzeranno solo nel contesto pubblico relazionale con l'altro e tramite le interdipendenze che si formano nella comunità. Sussiste un nesso inscindibile, che si farà sempre più vivido con lo svilupparsi della tragedia, tra il gesto di disobbedienza di Antigone e il sentire generale della comunità politica, laddove l'autonomia deve essere intesa come libertà positiva di partecipare alla formazione delle norme giuridiche che si applicano a sé stessi, diventando così paradigma dell'autonomia sia pubblica che privata.

3. *Il Coro: la valutazione dell'agire di Antigone dal punto di vista collettivo*

Bisogna tenere presente un altro aspetto: la maggior parte del conflitto, non solo dialettico, ma anche ideologico, tra Creonte e Antigone, si svolge al cospetto del Coro, rappresentante l'Assemblea dei cittadini: è in questo contesto che si realizza una lotta tra autonomia ed eteronomia. Secondo Martha Nussbaum, il Coro in Antigone è l'unica voce che riesce a porsi al di sopra del conflitto tra le due parti e che riesce a far entrare nella tragedia elementi come le emozioni e l'empatia⁵.

⁵ A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e dei diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 264.

Quello del Coro è un punto di vista saggio perché esso, così come osservò il Guastini, riesce a 'mettersi nei panni degli altri'. Il sentire del Coro rispetto a tutta la vicenda, la sua posizione, si definisce molto lentamente, a causa dei suoi continui ripensamenti e delle sue ambiguità, proprio come è tipico di ogni processo di 'apprendimento' collettivo. Infatti, partendo dal presupposto per cui il Coro rappresenta l'Assemblea degli anziani, la critica è quasi totalmente concorde nel dire che esso ha avuto il compito di far entrare all'interno della tragedia le pluralità delle prospettive e dei punti di vista presenti all'interno della città⁶.

Come è possibile, dunque, attribuire al Coro questo fondamentale compito di riconoscimento del dramma di Antigone, di comprensione e integrazione nel dramma che essa stessa ha realizzato, tramite il suo atto libero? È possibile perché il Coro durante tutta la tragedia si evolve, adegua il suo punto di vista in base alle scene rappresentate. Ad esempio, nel primo dialogo con Creonte, il Coro riconosce la legittimità del suo ordine di non seppellire Polinice, ordine che si applica ai morti e ai vivi.

Ecco però che nel famoso 'inno all'uomo' il punto di vista del Coro si eleva: descrive i due modelli di attitudine civica dell'essere umano e dice che «se rispetta le leggi del suo paese e la giustizia degli dèi nella città sarà considerato grande, ma ne sarà cacciato se per arroganza lascerà che il male lo contamini».

È così che il Coro esalta l'ingegno e la libertà dell'uomo e aderisce alla idea per cui il male dell'*apolis*, cioè di chi rifiuta le leggi della città, è la sua arroganza⁷.

A questo punto della vicenda, però, il Coro non aveva ancora ascoltato il confronto tra Antigone e Creonte ma aveva solo saputo dalla guardia che qualcuno aveva violato l'ordine di non seppellire Polinice. Perciò l'opinione del Coro è ancora astratta. È infatti nel successivo dialogo tra Antigone, ormai condannata, e il Coro che si raggiunge il massimo grado di riconoscimento e di rivendicazione della scelta di Antigone da parte della città: di fronte al dramma di Antigone e del suo destino di morte solitaria e in virtù di questa immedesimazione empatica, il Coro giungerà a descrivere come Antigone era ormai considerata «gloriosa e da tutti lodata mentre, per sua scelta, sola tra i morti, scende viva nell'Ade». Ecco che quindi, seppur tra molte ambiguità, il Coro riconoscerà l'atto di li-

⁶ A. SCHILLACI, *op. cit.*, pp. 264-265.

⁷ A. SCHILLACI, *op. cit.*, p. 267.

bertà di Antigone e conferirà valore e stima sociale alla sua autonomia di scelta, che la renderà gloriosa e amata da tutti.

Quello che il Coro fa, quindi, è da una parte sottolineare la sofferenza di Antigone per la solitudine e la morte a cui è condannata e dall'altra integrare l'istanza di riconoscimento della sua scelta nel tessuto della comunità politica.

Il Coro esprime un punto di vista integrativo e comprensivo, riflettendo sulla unicità (non paradigmatica e quindi irriducibile) di Antigone, la cui concreta esperienza di vita può mettere in crisi i modelli della convivenza. Si apre quindi la possibilità di uno spazio problematico di riconoscimento solidale.

In modo articolato, il riconoscimento di Antigone da parte del Coro apre a una dinamica di questo genere: è tramite il Coro che Sofocle ha cercato di trovare, rispetto al dualismo tra legge della *polis* e legge divina, 'una via di fuga', rappresentata da una città aperta e comprensiva, composta da uomini e donne liberi.

Così appare chiaro che giustizia e bene comune, perseguiti dalla legge degli uomini, possono essere un male se diventano assoluti e se sono limitati alla rigidità di ciò che è costituito, senza alimentarsi dalle relazioni di mutuo riconoscimento con le quali si può fare di essi una continua revisione critica.

4. *Il conflitto tra Antigone e Creonte: sia reale che simbolico*

La natura del conflitto tra Antigone e Creonte è complessa: è un conflitto tra il corpo della donna e la legge, tra la condizione femminile e quella di uomo, tra due antropologie. È anche un conflitto tra due opposte visioni etiche, ma allo stesso tempo tra due opposte visioni politiche. È il conflitto tra il governo degli uomini e il governo delle leggi, tra la non violenza e la violenza, tra la responsabilità sociale e l'egoismo individuale, tra l'immedesimazione e l'identità. Il conflitto tra Antigone e Creonte è una somma eterogena di conflitti. Se dovessimo trovare un contenitore più ampio di conflitti che li riassume tutti, con la propria scelta di disobbedire Antigone solleva il grande conflitto tra la dignità umana e il diritto. È questo un conflitto che sta tutto dentro la legge positiva e non deve essere collocato fuori da essa. La dignità umana non è qualcosa che sfugge al diritto essendo ben all'interno del sistema giuridico. Nonostante la sua origine sia non giuridica, la sua finalizzazione è nel diritto svelandone le lacune e le fallacie. La sua forza è

nell'assenza di una definizione. La dignità umana aiuta il diritto a rigenerarsi e a non chiudersi nella sua roccaforte formale.

Antigone disobbedisce pubblicamente al potere. La disobbedienza civile ha una sua forza morale consistente nel fatto che si colloca dalla stessa parte della dignità umana. La sua giustificazione etica sta nell'essere pensata e azionata con uno scopo di allargamento dei confini di protezione della dignità umana. Disobbedienza, non violenza e dignità umana sono tra loro profondamente correlati.

Tutti i conflitti, simbolici e reali, tra Antigone e Creonte si intrecciano. In ognuno di questi conflitti uno dei due poli si posiziona dalla parte della dignità umana. Oppure, cambiando il punto di vista, sarà la dignità umana a qualificare in senso etico uno dei due poli del conflitto.

Tutti i conflitti che emergono dalla tragedia sono riassumibili in un unico meta-conflitto, ovvero quello tra la dignità umana e la ragion di Stato normativamente codificata. Antigone ha contrapposto la persona allo Stato: la dignità di Polinice da un lato e la città di Tebe dall'altra. La dignità di uno è la dignità di tutti. La dignità di uno non è sacrificabile in nome e in ragione dello Stato. Allo stesso modo la dignità del peggiore dei criminali non è sacrificabile in nome della sicurezza collettiva. Nel momento in cui la dignità umana si eleva a parametro normativo e non è più solo criterio di orientamento morale dell'azione individuale entra in conflitto con alcune norme, risolve le dicotomie altrimenti presenti nell'ordinamento giuridico e si pone a fondamento del sistema che legittima il potere. La dignità umana di Polinice, traditore della Patria, vale più della ragion di Stato di Creonte.

Dunque la dignità umana nello stato costituzionale di diritto post-bellico risolve le dicotomie che inevitabilmente si pongono tra sicurezza e libertà. La dignità umana, kantianamente intesa, è l'umanità, ovvero la non degradazione della persona a cosa. È la soglia non superabile dal diritto e dal potere di punire.

L'autonomia di Antigone sta nel disconoscere l'editto di Creonte (quello che vietava la sepoltura di Polinice) in quanto questo era un atto di eteronomia perché era privo del consenso reale dei cittadini (ricordiamo Emone che più volte avverte Creonte del consenso che il gesto di Antigone aveva raggiunto a livello della comunità diffusa): l'editto di Creonte, nel vietare ad ogni tebano la sepoltura di Polinice, andava contro le leggi divine; nell'imporre di lasciare il corpo di Polinice esposto in balia di ogni deturpamento

andava anche contro la tradizione più severa di Tebe che comunque consentiva di seppellire anche i traditori (a patto che ciò fosse fatto al di fuori della città). È qui che troviamo il confronto tra *ius* e *lex*, cioè tra leggi non scritte e leggi scritte, su cui è incentrata la *rhesis* di Antigone, ma che riguarda anche l'attualità giuridica dello Stato moderno.

La lotta morale tra Antigone e Creonte vedeva da una parte le radici tradizionali della città, lo *ius* non scritto e non mutabile, che è di sempre; lo *ius* che vale per le cerchie umane vincolate da comunanza di sangue con al centro la famiglia, che si richiama perciò alla struttura gentilizia originaria della *polis*. Dall'altra parte, la forza innovatrice di una società-stato, formata da leggi proclamate alla luce del sole, per valere universalmente; leggi che esigono ubbidienza uniforme ed incondizionata, spezzando l'unità dei legami interpersonali e familiari.

Questa è, dunque, la tragedia della realtà divisa, assurgendo così a simbolo dell'esito funesto generato dal reciproco disconoscimento di *ius* e *lex*, del diritto profondo e stabile dei legami sociali, impersonato da Antigone, e dell'artificiale e mutevole legge pubblica dello Stato, impersonata da Creonte; tale contrasto porterà a due morti, una fisica (Antigone) ed una spirituale (Creonte).

5. *Antigone: donna αὐτόνομος*

È per tutta questa serie di motivi che Antigone, *autonomos*, si rivolgerà a Creonte chiamandolo *strategos*, detentore della forza, e non *basileus*, istitutore di leggi per i cittadini. Creonte rappresenta il *logos* della forza esercitata in nome della *polis*, Antigone rappresenta lo *ius*: rivendica anch'ella un legame con la *polis* e afferma che se l'Assemblea avesse potuto scegliere avrebbe sicuramente appoggiato la sua scelta (anche se, dice Antigone, la sua decisione di seppellire Polinice sarebbe stata la stessa, anche se l'Assemblea non l'avesse appoggiata, ed ecco quindi, di nuovo, la consapevolezza di Antigone nella scelta suffragata dal fatto di sentirsi in pace nell'aver rispettato le leggi non scritte degli dèi)⁸.

Al tempo in cui la tragedia fu scritta, la legge affacciava appena la sua pretesa e la sua legittimità era fortemente contestata. Oggi si assiste al totale rovesciamento dei punti di partenza: cono-

⁸ L. RONCHETTI, *op. cit.*, p. 20.

sciamo praticamente solo leggi scritte e mutabili, che regolano il nostro vivere in comune e dunque la silenziosa sacralità del diritto è stata soppiantata dall'esteriorità della legge.

La legislazione ha invaso tutti gli ambiti dell'esistenza umana, anche l'area delle relazioni affettive tra le persone: la famiglia, la convivenza, ecc. Il mondo del diritto è saturo di leggi. La legalità, quale corrispondenza alla legge, è rimasta la sola unità di misura giuridica e ha scalzato la legittimità, quale rispondenza al diritto; anzi si è impadronita di essa, come aveva previsto Max Weber, quando aveva parlato di «legalità come esclusiva forma di legittimità» dell'epoca moderna; un'epoca di comportamenti politici, economici e sociali tendenti alla razionalizzazione, alla standardizzazione, alla pianificazione, all'omologazione, rispetto ai quali lo Stato assume sempre di più le sembianze di un'impresa tecnicizzata, burocratizzata, per la quale la legge è l'equivalente del flusso vitale in un organismo vivente.

Questa nostra condizione di individui legalizzati ci appare perfettamente naturale e non pensiamo neppure che sia stata possibile un'altra condizione.

I secoli che separano noi da Antigone sono stati un confronto a fasi alterne tra il diritto e la legge. Il dominio della legge sul diritto, anzi, la fagocitazione monopolistica del secondo ad opera della prima, sono il prodotto di poteri politici astratti, di grandi dimensioni anche spaziali, sviluppatasi prima accanto e poi dopo, contro le strutture sociali tradizionali e concrete di piccole dimensioni, tramite un'amministrazione burocratica del diritto.

La tragica scelta di autonomia di Antigone diventerà paradigmatica del caro prezzo che una comunità politica è costretta a pagare nel momento in cui non riesce a rispettare le norme fondamentali, dunque superiori, riconosciute da tutta la *polis* e quindi 'autonomamente' poste⁹.

È così che dalla tragedia emerge il legame tra autonomia individuale e autonomia collettiva, un legame inscindibile che quasi forma circolo virtuoso: la scelta di Antigone ha la valenza politica di un atto di autonomia della *polis*, intesa come assemblea decidente, che è capace di darsi le sue norme e quindi di rifiutare un comando, come quello di Creonte, se questo comando è avvertito come eteronomo e cioè come imposto dall'alto e 'infondato, perché fondato sulla forza e non sul consenso'.

⁹ L. RONCHETTI, *op. cit.*, p. 21.

Con la sua azione, Antigone rappresenta e porta a compimento (pagandone le conseguenze estreme con la sua stessa vita) un conflitto con la sfera pubblica che ha un ordine giuridico al quale lei si ribella perché questo ordine ingiusto non rappresenta il comune sentire della città. Antigone è quindi il mito fondativo dell'autonomia personale e pubblica perché tramite un principio politico connette il soggetto con l'azione, la potestà di autodeterminarsi con la dimensione istituzionale.

6. *Libertà e Vulnerabilità*

Un altro sviluppo dell'idea relazionale di libertà è stato il passaggio dall'idea di dipendenza al concetto di vulnerabilità: concetto sempre tradizionalmente letto come in antitesi rispetto all'autonomia e alla libertà. Al contrario, ad oggi la vulnerabilità può essere considerata una connotazione positiva, un attributo della condizione ontologica dell'uomo. Legare il concetto di vulnerabilità, alla luce dell'approccio relazionale, all'idea di libertà sarebbe da stimolo sia per la giustizia sociale sia per l'uguaglianza democratica. Il dibattito sulla vulnerabilità della condizione umana consente di riflettere sull'oggetto del riconoscimento dell'altro, sul chi riconosciamo quando ci si pone in ascolto dell'altro¹⁰.

È chiaro che il dibattito sul riconoscimento dell'altro e sulla vulnerabilità riporta al problema della costruzione della soggettività nella dimensione giuridica: in un approccio che consideri i profili della vulnerabilità, il problema della costruzione della soggettività nello spazio politico e giuridico viene affrontato a partire da una critica alla visione della soggettività che si è proposta nell'ambito del liberalismo giuridico¹¹.

Nel contesto del liberalismo giuridico si pensava ad un uomo che in realtà era semplicemente un soggetto avente tutte le caratteristiche dell'uomo bianco, alfabetizzato, adulto, economicamente autonomo, e quindi come un modello paradigmatico di individuo rappresentante una certa classe sociale.

Con la critica al soggetto così come era stato delineato dal liberalismo giuridico, gli studi sulla vulnerabilità hanno cercato di superare il paradigma del soggetto libero e razionale per recupe-

¹⁰ A. SCHILLACI, *op. cit.*, p. 138.

¹¹ A. SCHILLACI, *op. cit.*, p. 139.

rare invece la dimensione più materiale e concreta della sua esistenza¹².

Ecco che allora la vulnerabilità diventa un attributo universalmente riconosciuto ad ogni individuo nella costruzione della sua soggettività: un attributo che è però condizione per riconoscere anche le differenze di ognuno rispetto all'altro. Solo questo riconoscimento di differenze consente lo sviluppo dell'identità.

Spesso la riflessione sulla vulnerabilità è giunta fino a considerare la vulnerabilità come una speciale fragilità (debolezza, condizione di minorità) di ogni individuo a cui il diritto deve rispondere di volta in volta con degli strumenti adeguati; ma la vulnerabilità meno spesso è stata considerata come una fragilità 'personale' o attinente alla sfera morale o privata, quale per esempio quella fragilità che può essere legata alle credenze religiose, alla sfera più intima e anche affettiva delle persone e quindi in definitiva quella fragilità legata a ciò che costruisce l'identità di ognuno. Invece, il concetto di vulnerabilità rinvia alla condizione di precarietà dell'essere umano e alla lesione di sfere di vita da parte del potere pubblico nei confronti dei consociati¹³.

In generale, le varie analisi sulla vulnerabilità dell'uomo hanno cercato di ricondurre il soggetto in alcune sfere di vita e di esperienze concrete ma specifiche e personali e hanno cercato anche di trovare degli strumenti giuridici per colmare il divario tra il soggetto giuridico astrattamente considerato e il soggetto umano in carne e ossa.

La vulnerabilità del soggetto deriva dal fatto che l'essere umano è *embodied* ed *embedded* (incarnato e integrato, immerso) nella trama delle sue relazioni sociali e quindi si deve riflettere sulle diverse esperienze di vita e su tutto ciò che può derivarne. Dunque, da una parte, la riflessione sulla vulnerabilità della persona può portare a costruire la soggettività includendovi gli aspetti più privati e individualistici (come le emozioni, l'affettività e le considerazioni sulla morale); dall'altra, si deve anche considerare la vulnerabilità in relazione alla autodeterminazione del soggetto tramite la intersoggettività e quindi nella sua dimensione pubblica: come disse Butler, infatti, il corpo, in virtù dei suoi limiti, si definisce tramite le relazioni che rendono possibile la vita¹⁴.

¹² A. SCHILLACI, *op. cit.*, p. 140.

¹³ A. SCHILLACI, *op. cit.*, pp. 141-142.

¹⁴ A. SCHILLACI, *op. cit.*, pp. 144 ss.

Ecco di nuovo il ruolo delle relazioni nella costruzione della identità: grazie alle relazioni e al legame tra vulnerabilità e riconoscimento reciproco si arriva ad una nozione di autonomia personale che comprende sia la dimensione individuale, personale, intima, sia la dimensione sociale dell'uomo costruita sulla intersoggettività. Il diritto e le istituzioni devono rispondere alla vulnerabilità, per esempio sul piano dei diritti fondamentali.

7. *L'evoluzione del concetto di dignità*

Sicuramente uno degli strumenti principali di riconoscimento da parte dell'ordinamento per la ricostruzione giuridica della soggettività è il criterio della dignità.

Già nel medioevo la riflessione sulla dignità dell'uomo era legata tutta al binomio tra *dignitas* romana, dipendente dal rango acquisito dall'individuo all'interno delle strutture della società, e *imago Dei*, ossia quella concezione cristiana che era indipendente dai frangenti dell'esistenza umana e che vedeva la dignità dell'uomo dipendente dalla sua somiglianza e aderenza il più possibile stretta alla immagine che dell'uomo aveva delineato il volere di Dio¹⁵.

Tommaso d'Aquino non abbandonò il tema dell'*imago Dei*, ma coniugò questa idea ad una immagine dell'uomo dotato di libero arbitrio e di capacità di discernere il bene dal male.

In base a tale capacità di discernimento, la dignità dell'uomo aveva il suo fulcro nella *vis electiva*: la libertà della volontà si collocava, anche secondo la filosofia tomistica, in una dimensione non solo autoriflessiva ma anche in una cornice pubblica che era quella della ragion pratica orientata al bene comune. Così Tommaso, pur costruendo la sua impalcatura sulla teologia cristiana, collegò dignità e libertà tramite la natura spirituale dell'uomo. Questo collegamento sarebbe rimasto anche nella età moderna¹⁶.

Tra Umanesimo e Rinascimento invece, Pico della Mirandola, che per questo fu condannato dalla Chiesa, costruì la distinzione tra mondo naturale e mondo spirituale partendo dal presupposto che nel mondo spirituale le possibilità di vita dell'uomo risiede-

¹⁵ P. RIDOLA, *Il principio di libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 244.

¹⁶ P. RIDOLA, *op. cit.*, p. 245.

vano tutte nel suo potere decisionale. Qui, secondo il filosofo, si trovava il significato profondo della dignità dell'uomo: nella possibilità di scegliere liberamente le forme da dare alla propria esistenza in quanto l'uomo è creato da Dio ma possiede nelle sue mani la capacità di scegliere il proprio destino, poiché la sua libertà non è più una libertà relativa.

Quando si giunge allo sviluppo delle dottrine del giusnaturalismo razionalista seicento-settecentesco, nell'epoca della formazione dello stato moderno, la dignità viene descritta come una qualità intrinseca dell'uomo, il cui valore prescinde dai confini degli stati e dal loro diritto e, quindi, universale.

Nella *Critica* di Kant, la dignità viene sollevata su un piano razionale: Kant parte dalla premessa che ogni uomo esiste come «scopo in se stesso», in tutte le sue azioni indirizzate sia verso se stesso che verso altri esseri razionali. A differenza degli altri enti non razionali, gli enti razionali sono chiamati persone, perché la loro natura li distingue come «scopi in se stessi», ossia come qualcosa che non è lecito usare solo come mezzo per raggiungere uno scopo «esterno» a loro stessi. Da queste premesse discende, per Kant, il valore assoluto della Dignità dell'uomo: perché l'uomo non ha solo scopi soggettivi, la cui esistenza ha un valore per lui soltanto, ma anche scopi obiettivi «tali da non potere essere sostituiti da nessun altro scopo, poiché senza di essi non si incontrerebbe da nessuna parte nulla di dotato di valore assoluto, come se ogni valore fosse condizionato e quindi accidentale». Quindi la concezione della dignità dell'uomo in Kant è quella di una dote intrinseca di ogni essere umano, tant'è che Kant dirà «sebbene con il concetto di dovere pensiamo a una subordinazione alla legge, tuttavia ci rappresentiamo così, con il concetto di dovere, al tempo stesso una sublimità e dignità in quella persona che compia tutti i suoi doveri»¹⁷.

È così che il pensiero di Kant preparò al successivo passaggio, ovvero la traslazione del piano della Dignità su quello dei diritti fondamentali: i diritti esprimono ciò che a ogni uomo spetta in base alla sua essenza, la dignità esprime in che cosa sia riposta questa essenza.

Con Hegel si realizzò un ulteriore passaggio, ossia il definitivo collegamento tra dignità e libertà: Hegel partì dal presupposto che la spiritualità è la radice della natura dell'uomo e che la libertà dello spirito sia collocata all'interno della sua stessa natura.

¹⁷ P. RIDOLA, *op. cit.*, pp. 247-248.

Così concepì la dignità dell'uomo come la possibilità di realizzare la libertà corrispondente alla sua natura. Hegel sottolineò la capacità che la libertà ha di orientare in modo positivo l'uomo verso la sua moralità, perché proprio la libertà è lo strumento per collegare sfera teoretica e sfera pratica: la volontà si configura così come modalità di un pensiero che si traduce in esistenza.

La dignità dell'uomo, tramite il pensiero di Hegel, andò ad essere quindi pervasa dal concetto concreto di libertà: alla stregua del concetto di libertà il soggetto prende coscienza dei limiti della sua individualità; limiti che derivano dal fatto che esiste un altro diverso da sé. È per questo motivo che il concetto hegeliano di libertà e di soggettività porta a un'idea di dignità dell'uomo fondata non solo sull'io, sulla individualità, bensì sulla relazione con l'altro, perché l'io con la sua particolarità è calato in un sistema universale, nel quale il soggetto è gradualmente assorbito nello spirito oggettivo¹⁸.

Immergendo il soggetto in un movimento circolare che attinge nello Stato la totalità dello spirito oggettivo e con una visione concreta e storica della soggettività, Hegel ha aperto agli scenari su cui poi si sarebbe sviluppato il dibattito contemporaneo sulla dignità dell'uomo.

Solo un ordinamento costruito intorno al riconoscimento del soggetto vulnerabile può dirimere i conflitti sociali e può portare ad una nozione di vulnerabilità più ampia, che ricomprenda al suo interno un'essenza di riconoscimento giuridico di scelte di vita fondamentali, proprio perché l'assenza di riconoscimento di queste situazioni e scelte di vita è un motivo di umiliazione, è un modo per ledere la costruzione della identità del soggetto.

Proprio tramite il riconoscimento della vulnerabilità del soggetto, il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali, il rispetto della sua autodeterminazione privata nelle sue scelte di vita, si può guardare alle esperienze giuridiche e al modo in cui esse consentono di coniugare beni diversificati, ponderando gli interessi, al punto tale da consentire anche di sacrificare la libertà di scelta dell'individuo in virtù di un bene superiore come la vita.

Nell'epoca dello stato liberale, il tema della dignità dell'uomo rimase sullo sfondo, come se anch'esso fosse rimasto impigliato in una struttura rigida che era quella del sistema della legalità formale. Anche il concetto di dignità infatti venne appiattito nella di-

¹⁸ P. RIDOLA, *op. cit.*, p. 251.

mensione dell'individuo 'possessivo' e venne plasmato sull'archetipo borghese delle libertà fondamentali come libertà 'da'.

La riflessione sulla dignità dell'uomo invece tornò in auge durante tutto il XX secolo, come risposta al male assoluto dei totalitarismi. Hannah Arendt collegò la fine dello Stato-nazione con la violazione dei diritti umani: lei descrive come la costruzione dell'apolide, attraverso la esclusione di alcuni, portava con sé il fatto che le persone in fuga non potessero invocare nessun diritto, perché, privati della cittadinanza, erano privati di ogni diritto, anche quelli umani. Questa privazione portò con sé conseguenze ovviamente disastrose e lei chiaramente descrisse la considerazione e il rispetto della dignità umana come «un saluto impotente al di là dell'abisso»¹⁹.

Proprio a seguito del dramma umano consumatosi durante la Seconda guerra mondiale, nel panorama delle costituzioni europee postbelliche del 900, e in particolare in tutto il dibattito costituzionale tedesco precedente e successivo alla Legge fondamentale del 1948, emerse invece una concezione oggettiva e assoluta della Intangibilità della dignità umana, derivata innanzitutto dal fatto che la dignità è ritenuta e pensata come il fondamento del sistema dei Diritti fondamentali e in generale di tutto il sistema di valori su cui posa la Legge fondamentale; ma emerse soprattutto il fatto che la dignità richiedesse una protezione non assoluta, non riservata soltanto al singolo individuo, ma a tutta l'umanità nella sua dimensione antropologica.

Secondo Durig, l'assolutezza della dignità dell'uomo prescinde dalla realtà concreta di ogni individuo e dalla temporalità della vita dell'uomo. Così, il riconoscimento di dignità dell'uomo va al di là del momento in cui l'individuo diventa soggettività di diritto, e anzi il concetto si espande in ragione della sua assolutezza. Il grave rischio di questa concezione, però, era stato quello di allontanare irrimediabilmente il principio di dignità e la libertà di autodeterminazione: se l'assolutezza dell'intangibilità della dignità dell'uomo è legata a una qualità naturale dell'uomo e prescinde dall'individualità del singolo e dalla temporalità, allora essa assorbe la libertà di autodeterminazione dell'individuo, la cui volontà viene schiacciata, e la sacrifica. L'umanità diventa soltanto oggetto²⁰.

¹⁹ P. RIDOLA, *op. cit.*, pp. 257-258.

²⁰ P. RIDOLA, *op. cit.*, pp. 262-263.

Per evitare questo sacrificio, nei successivi sviluppi del dibattito costituzionale, la concezione assoluta dell'intangibilità della dignità dell'uomo va superata.

Questo accadde per una precisa motivazione: l'emersione della questione dei diritti fondamentali.

8. La ballata di Adam Henry: *la questione dei diritti fondamentali e l'importanza dell'incontro*

La questione dei diritti fondamentali emerge in opere come la *Ballata di Adam Henry* di Ian McEwan.

La storia racconta di Fiona Maye, giudice chiamata da un ospedale a prendere una decisione cruciale, e di Adam, un ragazzo testimone di Geova di diciassette anni affetto da leucemia, che si rifiuta di sottoporsi ad una trasfusione di sangue in quanto profondamente legato ai dettami della sua religione.

Fiona Maye è giudice dell'Alta Corte d'Inghilterra, specializzata in cause civili riguardanti i rapporti di famiglia e i diritti fondamentali della persona. Il ritratto che emerge da tutta l'opera è quello di una donna magistrato dedita completamente al compito che la società si aspetta da lei, oltre a quello di una donna profondamente tormentata dalla deriva della sua vita matrimoniale e dalla repressione costante dei suoi sentimenti, in virtù di una sua quasi totale intransigenza e dedizione all'etica che il lavoro le impone.

Fiona si è già occupata di casi che avevano scosso l'opinione pubblica e le coscienze (e qui ritroviamo sicuramente il tema del valore del precedente). Uno di questi casi era stato quello di due fratelli siamesi nati con alcuni organi in comune e destinati a morire, a meno che non fossero chirurgicamente separati, con la conseguenziale morte sicura di uno dei due. Si deve negare l'autorizzazione all'intervento chirurgico perché ciò comporterebbe la commissione di un omicidio volontario? Oppure la morte di uno dei due va considerata come il 'prezzo' necessario per la salvezza di quello dei due che è il più favorito dalla natura? E quindi, sul piano giuridico, il chirurgo che procura quella morte versa in una situazione riconducibile alla fattispecie scriminante dello stato di necessità? La decisione di Fiona in quel precedente caso era stata nel senso favorevole alla vita: sia pure a costo di una morte certa e immediata di uno dei due, ha autorizzato alla separazione chirurgica. Ma è evidente che decisioni come questa presuppongono, in

chi giudica, un sistema di vita scevro da emozioni e improntato a un perfetto equilibrio.

Invece il caso di Adam Henry è quello di un minorenne testimone di Geova che rifiuta, per motivi religiosi, di essere sottoposto a una trasfusione di sangue. Interrogato in udienza, è il padre di Adam a spiegare il motivo del rifiuto: mescolare il proprio sangue con quello di un animale o di un altro essere umano produce inquinamento, contaminazione. Significa respingere il meraviglioso dono del Creatore. Iddio, nella Bibbia, lo avrebbe detto con parole più o meno esplicite, là dove (nella Genesi, nel Levitico e negli Atti degli Apostoli) si fa divieto all'uomo di cibarsi col sangue o di 'introdurre in corpo' il sangue.

Nel caso di Adam, affetto da una grave forma di leucemia, le trasfusioni sono pacificamente necessarie: il rifiuto, se rispettato dai sanitari dell'ospedale in cui Adam è ricoverato, porterebbe alla sua morte certa, come ultimo stadio di una lunga sequenza di atroci sofferenze.

Il caso, di per sé, dal punto di vista prettamente giuridico, non è complesso. Si tratta di applicare la stessa giurisprudenza che vale per la questione dei fratelli siamesi: non c'è lesione del diritto di autodeterminazione del minore se gli si imporrà di subire il trattamento sanitario previsto dalla scienza medica, in quanto il rispetto della volontà di Adam (e di quella dei suoi genitori) provocherebbe un danno grave alla sua salute.

Eppure, prima di emettere il verdetto, Fiona vuole andare a parlare con Adam in ospedale. È qui che ancora una volta si giunge al nucleo concettuale di nostro interesse: la relazione interpersonale è l'unico elemento tramite il quale sarebbe possibile avviarsi verso una giusta decisione e che consentirebbe la realizzazione della più ampia forma di libertà come autodeterminazione.

Incontrare Adam è un desiderio non troppo razionale e non conforme alla prassi giudiziaria. Ma soprattutto è un desiderio contrario allo stesso stile di vita di Fiona, una donna estremamente rigida e molto chiusa rispetto alle sue emozioni, eppure questo incontro appare come una necessità.

Il perché dell'incontro è chiaro: i due si trovano in un nesso di stretta interdipendenza. Adam nella sua condizione di vulnerabilità fisica (ma non psicologica), Fiona nella rigidità della sua posizione professionale. Solo l'incontro tra loro due e quindi la reciproca relazione potrà consentire la validazione della decisione del giudice, che per salvaguardare interessi superiori come quello alla vita e

alla salute andrà a riconoscere (anche se prendendo una decisione contraria) la volontà di Adam.

In altre parole, la volontà di Adam, la sua libera autodeterminazione espressa nel rifiuto alle cure (un rifiuto oltretutto lucido, netto, e con la totale consapevolezza delle conseguenze da parte del ragazzo) è riconosciuta da Fiona ed è da lei compresa (in tutta la sua complessità e motivazione ideologica) proprio tramite il contatto tra i due. L'instaurazione di una interrelazione tra i protagonisti consente il riconoscimento di una libera volontà.

Che poi questo riconoscimento porterà comunque la giudice a prendere una decisione conforme alla legge positiva, andando contro la volontà del ragazzo e obbligandolo a sottoporsi alla trasfusione, è la conseguenza di un altro e importante tema che pervade tutta l'opera ossia quello del conflitto tra religione e legge, proprio quello stesso conflitto tra legge degli dèi e legge della *polis* che si ritrova in Antigone: ciò che la religione vieta (la contaminazione del sangue) può essere imposto dalla legge (i sanitari saranno autorizzati a procedere con le trasfusioni, contro la volontà di Adam e dei suoi genitori). Se nel mito di Antigone però era la religione a comandare l'azione di Antigone per rispondente al diritto naturale e divino (dare sepoltura ai propri familiari), stavolta è la legge positiva (il *Children Act*) a indicare la giusta direzione al giudice. In tutti e due i casi la soluzione del conflitto avrà delle conseguenze: Antigone, per avere infranto un editto del re, sarà condannata a morte, con ciò provocando altri gravi e terribili lutti nella stessa famiglia del re; Adam, costretto ad allontanarsi dai suoi precetti religiosi, subirà al contrario una perdita di orientamento.

Il verdetto su Adam è quello previsto: la trasfusione dovrà essere praticata, in quanto non c'è altra terapia in grado di salvare la vita di Adam. La soluzione è imposta dal *Children Act*, legge del 1989, in base alla quale il benessere del minore dev'essere considerato sempre prevalente e prioritario; è quindi tramite il *balancing* degli interessi in gioco che Fiona prende la sua decisione, sacrificando la libera volontà e autodeterminazione del ragazzo in virtù di un dettame legislativo e pronunciando oltretutto una celebre affermazione secondo cui «la vita è un bene più prezioso della dignità»²¹ proprio come a sottolineare che la vita del ragazzo e la sua sopravvivenza fossero interessi prevalenti e prioritari rispetto alla sua dignità, che, Fiona ammette, sarebbe rispettata solo seguendo

²¹ I. McEWAN, *La ballata di Adam Henry*, Torino, Einaudi, 2014, p. 154.

invece la sua cosciente e lucida volontà perché maturata nel contesto della sua libertà di autodeterminazione.

Si arriva così alla conclusione del caso: «Fiona seppe che i giochi erano fatti, e che lei apparteneva alla legge come certe donne del passato si erano votate spose di Cristo»²².

È proprio a causa di quella perdita di orientamento subita da Adam, costretto a rinnegare le sue convinzioni religiose, che nel finale del libro Fiona verrà a conoscenza della morte del ragazzo, avvenuta quando il giovane, divenuto maggiorenne, al manifestarsi di una nuova crisi della sua malattia, ha rifiutato le trasfusioni senza rendere così possibile in alcun modo le cure.

È chiaro che dal romanzo di McEwan è possibile trarre vari spunti di riflessione: il dualismo ancora una volta irriducibile, come in *Antigone*, tra legge positiva e legge morale, in questo caso rappresentata dalle credenze religiose; la necessità riconoscimento e relazione tra individui, proprio per poter giungere non solo a una decisione giusta, ma soprattutto ad una comprensione reciproca da realizzare in uno spazio aperto che è quello delle interrelazioni personali, in questo caso tra il giudice e Adam; la ponderazione degli interessi in gioco e in particolare il bilanciamento tra beni e interessi diversificati come il diritto alla salute e la libera manifestazioni della volontà, come la volontà di rifiutare delle cure in virtù dei dettami della propria religione.

9. *Il balancing test*

Il *balancing*, la ponderazione, elaborata nella cornice dei diritti fondamentali, consente di volta in volta di considerare prevalente un interesse e un bene della vita ad esso collegato, rispetto ad altri seppur fondamentali. Ecco che la dignità in questa ottica può rimanere coinvolta nel gioco di ponderazione insieme ad altri diritti e beni costituzionalmente protetti. Quindi, l'emersione della questione dei diritti fondamentali ha determinato l'abbandono dell'idea della assolutezza e dell'intangibilità della dignità umana, perché essa invece potrebbe essere subordinata, a seguito del *balancing*, rispetto ad altri diritti e interessi ritenuti prevalenti in una determinata situazione.

Nelle concezioni assolute della dignità dell'uomo essa costituisce un bene che non può essere oggetto di nessuna pondera-

²² I. MCEWAN, *op. cit.*, p. 171.

zione e che in caso di collisione con altri beni costituzionalmente rilevanti non risulterebbe cedevole, ma prevalente. Bisogna prendere atto, però, che in un ordinamento pluralistico, in cui tutti i valori sono relativi, questa visione della dignità renderebbe la stessa dignità come l'unico valore realmente assoluto²³.

Nel suo rapporto con i diritti fondamentali emerge la relatività del concetto di dignità: la dignità non è una briglia rigida che costringe le potenzialità di esplicazione, di effettività dei diritti fondamentali o che impedisce l'ampliamento dei cataloghi degli stessi nelle costituzioni; al contrario, se si fanno derivare i diritti fondamentali dalla dignità allora i diritti stessi diventano uno sviluppo della dignità, anche dal punto di vista dei canoni interpretativi di una costituzione aperta.

I singoli diritti fondamentali diventano un profilo unitario, ispirato a libertà ed eguaglianza, e sintetizzato dal concetto di dignità dell'uomo mentre lo standard di protezione della dignità acquista i suoi contorni solo tramite la disciplina dei diritti fondamentali.

10. *Il caso Walter Piludu*

Altro celebre caso, che ha interessato e diviso l'opinione pubblica italiana, in cui si è realizzato un qualcosa di simile rispetto alla vicenda romanzata in Adam Henry, ossia l'incontro tra giudice e paziente al fine del riconoscimento della volontà dello stesso nonché il *balancing* di interessi, è stato il caso di Walter Piludu.

A Piludu venne diagnosticata nel 2011 la sclerosi laterale amiotrofica e l'anno successivo decise di redigere una scrittura privata nella quale chiese che, in caso di perdita della capacità di autodeterminarsi, causata dall'evoluzione della patologia, non gli fossero praticate cure invasive volte a prolungare la sua vita (come la respirazione assistita, la dialisi e la rianimazione cardio-polmonare). Se questi interventi si fossero resi necessari, chiedeva, piuttosto, la sedazione terminale.

Nel 2015 in un'altra scrittura privata il paziente dichiarò di aver subito un ulteriore grave peggioramento delle sue condizioni e ha delegato il suo amministratore di sostegno ad individuare un medico che procedesse, previa sedazione, al distacco del respiratore. Nel 2016 venne così chiesto all'ASL di Cagliari il distacco del

²³ P. RIDOLA, *op. cit.*, p. 267.

respiratore artificiale, previa una sedazione sufficiente ad evitare ulteriori sofferenze.

Siamo quindi al cospetto ad una serie di dichiarazioni anticipate che non lasciano dubbi sul percorso di maturazione della volontà del malato.

Il 31 maggio 2016, l'amministratore di sostegno di Piludu presentò al Tribunale di Cagliari la richiesta per ottenere l'autorizzazione al distacco di tutti i presidi medici vitali, conformemente alla più volte espressa volontà di Piludu.

Ed ecco che arriviamo a una dinamica simile a quella che delineata nel romanzo di McEwan: nel giugno del 2016, il Giudice tutelare decise di visitare a domicilio Walter Piludu, ottenendo dal paziente la lucida conferma delle sue volontà.

Solo dopo questo incontro, avvenuto il 16 luglio 2016, il Giudice tutelare del Tribunale di Cagliari decise con sentenza di accogliere la richiesta presentata dall'amministratore di sostegno di Walter Piludu.

La motivazione della pronuncia ricostruì i fondamenti giuridici del contenuto del consenso informato; consenso che, notò il giudice, deve essere sempre presente in ogni fase della terapia e che comprende anche il diritto a rifiutare le cure, pur alla presenza del rischio reale o potenziale della vita. Il primo riferimento è ovviamente all'art. 32 Cost. Pur in assenza di una legge sul fine vita, il Giudice individuò altre fonti del diritto dalle quali dedurre l'ampia portata del consenso informato: la Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 1997, approvata nell'ambito del Consiglio d'Europa, che afferma all'art. 5 il diritto del paziente a revocare in qualunque istante il consenso prima fornito al medico. Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge nel 2001 ma ad oggi risulta ancora non depositato lo strumento di ratifica presso il Consiglio d'Europa; tuttavia, la legge di ratifica vale come 'criterio interpretativo' per il giudice, in quanto contiene principi conformi alla nostra Costituzione.

Così, dopo il deposito della sentenza, il 3 novembre 2016 Walter Piludu ha potuto esercitare il diritto di interrompere la ventilazione polmonare previa sedazione. Il Giudice tutelare richiamò nella sua motivazione le scritture private redatte da Walter Piludu.

La sentenza Piludu termina rammentando la decisione del TAR Lombardia sul caso Englaro, che aveva ritenuto sussistente un fatto lesivo e ingiusto, ossia la condotta dell'Ente pubblico che aveva negato l'effettuazione della prestazione sanitaria richiesta e

autorizzata dall'autorità giudiziaria (rifiuto ingiustificato e deliberato che portò alla condanna dell'ente al risarcimento dei danni).

11. *Il caso Eluana Englaro*

Proprio il celebre caso Englaro ci consente di trattare un ultimo punto fondamentale.

Così come il caso letterario di Adam Henry, tutti i casi in cui emerge la necessità di ponderare interessi diversi, quali il diritto alla salute, il diritto alla autodeterminazione personale, il diritto di confessione religiosa, sono tutte situazioni in cui ci troviamo dinanzi ad una palese condizione di vulnerabilità dei soggetti coinvolti: quella vulnerabilità umana intesa come una fragilità non astratta, ma concreta, a cui abbiamo detto che l'ordinamento giuridico, con il tramite del diritto, deve dare delle risposte. Per esempio, nel rispetto assoluto e nella garanzia di effettività dei suoi diritti fondamentali.

Uno degli strumenti più concreti tramite cui l'ordinamento ritrova queste risposte è sicuramente la valorizzazione degli elementi di narrazione nella ricostruzione giudiziaria dei casi per poter arrivare a una decisione²⁴.

Proprio nel caso Englaro infatti, la questione di cui si è occupata la Corte di Cassazione era l'effettività del consenso informato e del diritto a rifiutare le cure, in una situazione in cui però (a differenza del caso Piludu) la paziente era in uno stato tale da non consentire manifestazioni del consenso stesso.

Sulla base di una illuminante ricostruzione del quadro, sia nazionale che sovranazionale, la Cassazione ha precisato i poteri del rappresentante legale dell'incapace in relazione alla manifestazione del consenso: si poneva il problema del fatto che non esistevano dichiarazioni formali precedenti della paziente; al di là delle implicazioni giuridiche che la Cassazione utilizzò per arrivare alla sua decisione, quello che colpisce della sentenza e della ricostruzione operata è il fatto che la Corte qui fa una vera e propria operazione di riconoscimento della personalità e delle volontà di una paziente che non era in grado di parlare per se stessa.

Questa opera di riconoscimento passò in modo decisivo, dalla attribuzione di un rilievo giuridico, all'esperienza di vita precedente della paziente, così come era stata narrata e riconosciuta in

²⁴ A. SCHILLACI, *op. cit.*, p. 204.

giudizio ma soprattutto così come era emersa dalle testimonianze sulla vita e le relazioni dell'incapace.

È sulla base di questa narrazione dei fatti di vita che la Casazione ricostruì la personalità della paziente e diede piena effettività al principio di dignità, declinato nella sua dimensione della libera autodeterminazione nella sfera della salute. L'identità e la personalità dell'incapace così non vennero ricostruiti tramite finzioni o presunzioni ma entrando piuttosto nella sua stessa esperienza di vita tramite il racconto di una storia²⁵.

L'ingresso 'empatico' da parte dei giudici nei fatti dedotti in giudizio non si ridusse ad un atteggiamento compassionevole o ad un'esasperazione della discrezionalità dei giudici stessi.

Piuttosto il giudizio diventò uno strumento di interpretazione e di discernimento. La narrazione della vita della paziente aiuta a comprendere la verità del caso, consente di ricostruire la sua volontà, rende il riconoscimento solidale di quella determinata sua vicenda di vita più aderente alla storia e alla dignità²⁶.

12. Conclusioni.

Come coinvolgere, però, la dignità dell'uomo nel gioco della ponderazione degli interessi senza ledere la sua tutela? Si è riflettuto molto sul rapporto tra l'assoluta e necessaria tutela della dignità dell'uomo e la differenziazione che tale tutela può subire in base alle situazioni concrete. Differenziare la tutela in base alle situazioni concrete non significa fare ponderazione tra il principio di dignità dell'uomo e altri diritti fondamentali, col rischio di sacrificare il principio stesso: infatti, restando ferma l'assoluta priorità da attribuire al principio di dignità, se si parametrizza la stessa tutela del principio in base alla situazione concreta, allora si può arrivare ad una tutela della dignità che sia una tutela soggettiva, relativa al singolo caso, ma sempre rispettosa del principio in sé perché realizzata muovendo da una immagine universale dell'uomo, che è quella presupposta nella Costituzione.

Il principio di dignità è quindi essenzialmente relativo, perché rinvia ad un termine di paragone universale, che trascende le singole individualità, e che è rintracciato invece di volta in volta tramite la cultura e la storia di un popolo o di una comunità politica.

²⁵ A. SCHILLACI, *op. cit.*, pp. 205-206.

²⁶ A. SCHILLACI, *op. cit.*, p. 207.

Così si realizza e si garantisce quel nesso imprescindibile tra dignità dell'uomo e libertà di autodeterminazione.

Nel valorizzare il nesso tra dignità e libertà, che è stato ispirazione di fondo delle costituzioni delle democrazie pluralistiche, parte dall'assunto che la dignità dell'uomo dà risalto al carattere unico e irripetibile di ogni singolo individuo.

Solo la valorizzazione del nesso tra dignità e libertà di autodeterminazione consente di rendere la dignità un ulteriore limite alle ingerenze del potere pubblico nella sfera di libertà privata: allora il riconoscimento reciproco, come strumento di solidarietà morale e sociale, inserisce le dinamiche e le scelte, frutto di autodeterminazione personale, in una rete di relazioni sociali in cui si va ad immergere anche la libertà.

LUCREZIA CARUSO*

IL MINOTAURO DI NOI STESSI SIAMO NOI¹

«Quando soffia il vento del cambiamento, alcuni costruiscono muri, altri mulini a vento»².

How do we react to the changes in the post-modern age? Next to those who would like to simplify the world, eliminating every barrier that divides us, there are those who would like to reduce reality and imaginatively suppress parts of what it is, according to their own blindness.

SOMMARIO: SOMMARIO: 1. È scesa una cortina di ferro... – 2. Tutti insieme separatamente. – 3. L'uomo è un cavo teso tra la bestia e il superuomo. – 4. Murati vivi. – 5. Raddrizzare i torti.

1. È scesa una cortina di ferro...³

«Qui sono straniera e tuttavia è tutto così familiare. In ogni caso non ci si può perdere: s'arriva sempre al muro»⁴.

Era questo il muro di Berlino: una trappola. Non vietava l'ingresso, ma l'uscita. Ed era proprio lì, dove non c'era scampo, che iniziò la lotta per l'esistenza.

Poi il crollo. Era il 1989 e i berlinesi raccoglievano i pezzi del 'Muro' per portarli a casa. Era tempo per la Germania di recuperare l'altra metà di vita spezzata. In fondo, aveva pur il diritto di con-

* Studentessa del Corso di laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati il prof. Gianluca Scarchillo, docente della cattedra di Sistemi Giuridici Comparati e la prof.ssa Giovanna Montella, docente della cattedra di Diritto Pubblico Comparato.

¹ U. Eco, *Labirinti e Minotauri. La bustina di Minerva*, in *L'Espresso*, 4 settembre 2015.

² Proverbio cinese.

³ Queste parole furono pronunciate da W. Churchill in un discorso tenuto al Westminster College di Fulton, in Missouri, il 15 marzo 1946.

⁴ Tratto dal film di W. WENDERS, *Il cielo sopra Berlino*, 1987.

tinuare a vivere. Ma come riuscirci dopo il male assoluto? Occorreva prendere le distanze dalla Shoah, non rinnegandola, ma scegliendo un modo opportuno per ricordarla. Insieme.

La Germania recuperò così la dignità e l'unità necessarie per riscattarsi nell'ambiente europeo.

Il 1989 segnò solo la fine di un'era, ma non dei muri. Quando venne abbattuto, nel mondo si registravano solo sedici recinzioni. Oggi se ne contano sessantatré, che interessano sessantasette Stati, completate o in fase di realizzazione⁵.

Anche a Padova, nel 2006, fu costruito il 'Muro di via Anelli', eretto dal sindaco per separare dal resto della città quel quartiere segnato dal degrado⁶.

I muri ci sono sempre piaciuti. Ai Romani servivano per segnare l'avanzare della civiltà in un mondo incivile⁷. Oggi, invece, non rappresentano più l'affermazione del potere dello Stato-nazione, ma della sua crisi.

«I muri si ergono quando i poteri si concentrano ed aprono il gioco infinito dell'inclusione e dell'esclusione»⁸, senza che nessuno possa scegliere da che parte stare. «Di qua Noi e quelli come noi, di là tutti gli altri. Da un lato i *cives*, da un lato i barbari»⁹. Sì, perché «qualcosa è quello che è soltanto nel suo limite e mediante il suo limite»¹⁰.

È una vera e propria regressione nell'utero materno. Una vita fuori dal tempo, una vita fuori dalla vita.

2. *Tutti insieme separatamente*

«Il vecchio mondo sta morendo. Quello nuovo tarda a comparire. E in questo chiaroscuro nascono i mostri»¹¹.

⁵ F. MASTROIANNI, *L'era dei muri che dividono il mondo. Le nuove frontiere della globalizzazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 giugno 2018.

⁶ Dopo via Anelli, per le stesse ragioni, sono stati realizzati altri due 'muri'. Sono cancelli fatti di pannelli di grigliato elettrofuso 'anti-scavalco' che chiamano 'Orsogrill'. Uno è stato montato in via Galliano, a lato del civico 14. L'altro protegge l'accesso in via Venezia. Altri due cancelli sono stati voluti più tardi in via Cairoli e in via Manara.

⁷ I muri da sempre sono stati impiegati per molteplici scopi: dalle mura di difesa per difendere l'ingresso nella caverna, dal solco tracciato da Romolo al filo spinato nelle pianure del West americano. Ricordo, inoltre, i muri di appropriazione, religiosi (Muro del Pianto), sanitari (muro della peste del 1720), di fucilazione (muro dei Federati al Père-Lachaise), dei ghetti ed infine i muri politici.

⁸ P. APOLITO, *Cives e Barbari*, in *Roma Tre News*, n. 3, 2009.

⁹ P. APOLITO, *op. cit.*

¹⁰ G. HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Brescia, 2017.

¹¹ A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino, 2014.

Lo Stato ha fallito. Ha tradito le sue promesse ed ha perso così il suo ruolo guida, liberando cittadini e capitali. «Ha restituito alle persone la libertà di essere come si vuole»¹². Ora è lecito «smantellare le strutture e liquefare i modelli [...] con casualità e senza preavviso»¹³. Tutti possono rispondere individualmente ai problemi collettivi.

Ed è la crisi.

Morto uno Stato, se ne fa un altro, o almeno si tenta. L'epoca post-moderna eccelle nell'individuare i malumori. Lo scetticismo verso le sovrastrutture ha messo in discussione le soluzioni del passato, per cui non basta più risolvere problemi insoluti, ma occorre ridiscutere di problemi già risolti.

Tali decisioni verranno prese in un contesto nuovo, accelerato, stilizzato dalla globalizzazione e dall'uso delle tecnologie, in cui c'è bisogno di soluzioni repentine, inopinate... e noi non abbiamo più il tempo di pensare.

Così restiamo immobili, incastrati in un eterno presente, incapaci di evolverci. Nell'impossibilità di costruirci prospettive, rimaniamo ancorati agli istanti, come se nel futuro non ci fosse un domani, ma solo tanti oggi.

Orazio ci invitava a cogliere l'attimo, quello giusto. L'era digitale, invece, vuole farci credere che tutti gli attimi siano afferrabili, dimenticando che il percepire un momento lo trasforma già in passato.

I risultati, in fondo, sono comici¹⁴. Penso al dialogo fra Lord Casco e il colonnello Enunziatola in *Balle spaziali* di Mel Brooks: «Che è successo al prima?» «È passato». «Quando?». «Adesso. Siamo all'adesso, adesso». «Torniamo al prima!». «Non possiamo». «Perché?». «Perché l'abbiamo superato!». «Quando?». «Adesso!».

Ed è così che ci siamo ammalati.

In questo chiaroscuro siamo senza tempo. Ed è, forse, proprio ciò che manca per uscire dalla paralisi: accettare che ci sia un tempo per riflettere, per decidere, per produrre effetti e per vederne i risultati. Ma noi no. Accanto a chi ci chiede di aspettare, c'è qualcun altro che ci offre un mondo diverso. E ce lo offre oggi! Misure dal grande impatto estetico con cui rimandare le soluzioni ad un tempo indeterminato, senza mai risolvere. Come i muri. Impo-

¹² Z. BAUMAN, *La città sotto assedio*, Bari, 2007.

¹³ Z. BAUMAN, *La società individualizzata*, Milano, 2001.

¹⁴ D. MONTI, *Il futuro? È adesso*, in *Corriere della sera*, 6 dicembre 2014.

nenti, elettrificati, «ricoperti di filo spinato, controllati da vedette posizionate su torri di sorveglianza, pattugliati da forze dell'ordine e cani addestrati al seguito. Tutto un minaccioso apparato di allontanamento preventivo viene allestito per distogliere il soggetto dal tentativo di attraversarlo. Per suggerire [...] sicurezza, pur senza garantirla mai»¹⁵.

Ma perché difendersi? Chi è il tuo nemico?

Il tenente Drogo, nel *Deserto dei Tartari*, lo ha atteso tutta la vita. Ne ha fatto il suo delirio, ma lui non è mai arrivato.

Già, perché i nemici non si attendono: si inventano.

Il “nemico costruito” è colui che ci minaccia realmente, ma anche colui che qualcuno ha interesse a rappresentare minaccioso. In questo modo, non sarà l'intimidazione a far risaltare la diversità, ma sarà la diversità stessa ad assumere sembianze minaccevoli.

Siamo stati educati a odiare perché il nemico ci aiuta a costruire quell'identità personale o nazionale di cui abbiamo bisogno per sopravvivere e coesistere. Senza, avremmo bisogno di più tempo, di coraggio e di fatica per riuscirci. Per diventare un nemico basta che sia Altro¹⁶. Possibilmente brutto¹⁷, sporco, cattivo, strega.

Riconoscerci solo in sua presenza può diventare insopportabile nella misura in cui non è noi¹⁸, o nella misura in cui noi non saremo mai lui.

La globalizzazione ha semplificato il mondo. Muoversi, investire e coesistere in un mercato unico, senza confini, ha reso più complessa la ricerca del nemico. Non abbiamo più molte scuse. Dove trovare il nemico se l'altro inizia a somigliarci?

Per questo abbiamo bisogno di nuovi muri. Padova si separa dalle prostitute, dagli spacciatori, dai nomadi. Gli Stati, invece, da chi arriva dalla fine del mondo.

¹⁵ E. SFERRAZZA PAPA, *Teoria del muro. L'articolazione materiale del potere*, in *Rivista di estetica*, n. 65, 2007, pp. 155-176.

¹⁶ I Padri Costituenti, all'insegna di quel passato che avrebbe dovuto educare le generazioni future ad una più ampia manifestazione di civiltà, sancirono nell'art. 3 Cost. il divieto di discriminazione in base al sesso, razza, lingua, religione, di opinioni politiche le condizioni personali e sociali. Oggi si ipotizza di eliminare da quell'articolo la parola razza. La professoressa G. Montella, pur negando il valore scientifico del termine, ritiene sia indispensabile la sua presenza nel testo costituzionale, in quanto parte di un linguaggio che non descrive ma prescrive: la parola razza diviene, così, un dato imprescindibile per reprimere tentativi di sopraffazione e di violenza verso una forma di differenza.

¹⁷ Per approfondire, U. Eco, *Storia della bruttezza*, Milano, 2007.

¹⁸ U. Eco, *Costruire il nemico ed altri scritti occasionali*, Milano, 2012.

Ma i muri non solo separano. Creano, inoltre, una gerarchia interna tra i nemici. Oltrepassare il muro è consentito, ma solo a qualcuno: per gli altri c'è il ritorno sui propri passi, o l'esposizione a una morte violenta¹⁹.

«Forse è cominciata un'altra storia, suggerisce Quétel, e i muri di oggi sono destinati ad avere un futuro, più che essere un residuo del passato». Trovano giustificazioni perché non sono più il «segno della vergogna o dell'offesa, ma della tutela. Per questo, la loro abolizione non è più una priorità. Ciascuno ha diritto al suo muro. È la conseguenza della società multiculturale anziché dell'interculturale. Una condizione che propone spazi per tutti, ma senza contaminarsi. Coabitando, ma senza mescolarsi»²⁰.

La città non ci basta più. È evidente. Per questo ne costruiamo altre, ma nella stessa. Le città nella città²¹. Tante realtà murate tutte insieme. Una accanto all'altra. Ed ecco che il borgo assume l'aspetto di un labirinto, non «unicursale», bensì «multicursale»²². E al centro il Minotauro.

Lì ci si perde.

3. *Luomo è un cavo teso tra la bestia e il superuomo*²³

«Questi strani animali che stiamo tutti diventando forse un giorno si estingueranno e i posteri cercheranno di capire come eravamo fatti, come siamo sbucati fuori e che cosa è successo dopo. Forse. Chissà quando. Non necessariamente. [...] Animali mostruosi con un corpo eccessivo, pesante, lento, inutile: un corpo che non è più davvero tale e la cui mostruosità corrisponde a una sproporzionata superfetazione dell'“io”. [...] Inganni viventi che si

¹⁹ Z. BAUMAN, *La società individualizzata*, op. cit.

²⁰ D. BIDUSSA, *Ci sono muri che indicano una coabitazione guardinga più che una distanza*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 novembre 2018.

²¹ A Treviso esiste un quartiere-bunker a due passi dal centro storico: è il villaggio 'Borgo San Martino', difeso da un muro alto quasi tre metri. Una zona esclusiva e inaccessibile, dove abitano prevalentemente liberi professionisti a costi non proibitivi. Sebbene il sindaco abbia rassicurato che l'idea non è quella di quartieri 'fortificati' o 'murati' per Treviso, il progetto fa gola ai più. C'è un villaggio gemello anche a Castelfranco Veneto e a Jesolo, dove queste lottizzazioni impenetrabili sono presenti da tempo. Ad Arese esistono addirittura dagli anni Settanta. Per approfondire, <https://www.lastampa.it/2017/03/04/italia/a-treviso-un-quartierebunker-un-muro-alto-quasi-tre-metri-e-alloggi-videoservegliati>.

²² U. ECO, *Labirinti e Minotauri*, op. cit.

²³ F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, 1976.

avanzano giorno dopo giorno, una solitudine di massa, senza neanche il bisogno di sgomitare. Occupano il territorio. Si ammassano sempre di più. Qualcuno emette latrati o stridii, ma non ce ne sarebbe la necessità poiché nessuno intende uscire dal gruppo, anzi via via molti seguitano ad entrarci. Forse, se osservassimo bene, potremmo riconoscere anche noi stessi lì in mezzo»²⁴.

Nell'immaginario collettivo, l'uomo ottocentesco si presenta aitante, fiero su di un cavallo²⁵, con la spada tratta. Questa figura, oggi, è sostituita dall'uomo ricurvo e pensieroso sulla tastiera. Ciò che è cambiata, dunque, è la postura. Ci siamo ripiegati su noi stessi. Nell'opera *L'origine della specie* di Darwin, questo nuovo portamento potrebbe far pensare ad un'involuzione. Le nuove tecnologie, di fatto, ci distraggono da ciò che ci circonda. Sono continue interruzioni che hanno deformato il nostro modo di esprimerci e rapportarci con l'umanità e con noi stessi. Hanno indiscutibilmente accelerato il mondo, eliminando ogni genere di intermediazione: se occorre nel reale almeno sei passaggi per compiere un gesto, nel virtuale, almeno tre sono morti perché esistevano solo per salvare quella parte di mondo che sa, che conosce. Cresce, così, la nostra capacità di bastarci e la necessità di demolire l'utilità dell'altro. Gli spazi iniziano a diventare sempre più stretti quando non sentiamo più il bisogno di dividerli²⁶.

Ma non solo. L'uomo ha da sempre contribuito all'esistenza di una formazione sociale stabile come la famiglia e la nazione poiché dà senso alla vita. «Ma, nella post-modernità, la globalizzazione ha distrutto le strutture durevoli e le solidarietà sociali. La vita, [così, finisce solo] con la morte [...] e l'uomo non trova più quegli elementi che rendono la passione realistica e il suo sforzo durevole»²⁷.

Per queste ragioni, tutte le nostre attenzioni si riversano sul nostro corpo. Rimandiamo la morte finché si può. E, nel frattempo, viviamo preoccupandoci di eliminare ogni genere di timore, alzando i muri e sentendoci più sicuri.

È il culto di sé: la disgregazione del senso di appartenenza a una tradizione e a una storia. Una distorsione patologica della personalità favorita da fattori strutturali della società e della cultura²⁸

²⁴ P.A. ROVATTI, *Gli egosauri*, in *L'Espresso*, 26 ottobre 2018.

²⁵ Un'immagine che rappresenta questo concetto è l'opera di J. L. DAVID, *Bonaparte valica il Gran San Bernardo*, 1801, Castello di Malmaison.

²⁶ Per approfondimenti, A. BARICCO, *The game*, Milano, 2018.

²⁷ Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2014.

²⁸ Alcuni esempi: la burocratizzazione della vita, la medicalizzazione della società e il conseguente terrore della vecchiaia e della morte, l'alterazione del senso

che hanno reso l'uomo postmoderno più "individuo", più autonomo e libero da qualsiasi legame sociale che inibisca la sua spontaneità e la sua creatività²⁹; la sua libertà si traduce nell'essersi liberato del peso della propria storia, della gente. Così si snatura. Perde la sua umanità, perché accetta di convivere solo con la propria parzialità.

E questa non è vita. È solo un lento consumarsi.

4. *Murati vivi*

«Prima o poi ogni muro cade»³⁰. Vero. I muri cadono continuamente perché fissano il mondo, lo chiudono e lo dichiarano compiuto. L'uomo, invece, è alla continua ricerca di ciò che manca al suo vissuto. Quel qualcosa che è altrove, al di là del muro³¹.

Nella storia, i muri difensivi sono sempre stati adatti solo alla fase della guerra di posizione e d'impaccio all'offensiva. Sì, perché si trattava di costruzioni fisse e artificiali, capaci di perdurare solo fino a quando l'avversario non avesse trovato il modo di sfondarli, scavalcarli o aggirarli. Ciò richiederebbe un reiterato ammodernamento dello schema difensivo. Era chiaro a Napoleone e ai suoi contemporanei che preferirono di fatto una guerra manovrata³².

Durante la Prima Guerra Mondiale si tornò alla costruzione di linee difensive fortificate (Linea Molotov, Linea Maginot, Linea Stalin), tutte travolte dalle offensive tedesche.

I muri ideologici della globalizzazione, costruiti per contrastare terrorismo ed immigrazione, sono ancor più inefficaci: i terroristi possono sbarcare comodamente da un aereo in forme regolari; i migranti trovano sempre forme di aggiramento grazie anche all'ausilio della malavita³³.

A Padova, il cancello di via Galliano è stato costruito accanto ad un muretto alto meno di un metro. Un salto, e si è subito dentro.

del tempo, la proliferazione delle immagini, il culto del consumismo, il fascino della celebrità, la crisi generazionale, la crisi demografica, la crisi dell'educazione. Il mondo di ieri, fino all'età moderna, invece, era caratterizzato da fattori strutturali e culturali che ostacolavano la diffusione del narcisismo quali la durezza della vita, un forte senso della realtà, legami sociali molto forti, ferrei processi di socializzazione, fiducia nel futuro.

²⁹ S. BELARDINELLI, *Cos'è l'uomo oggi?*, in *Il Foglio*, 21 gennaio 2018.

³⁰ Graffito sul muro berlinese.

³¹ https://issuu.com/romatrenews/docs/roma_tre_news_3-2009.

³² Come possiamo vedere nell'opera di F. GÉRARD, *La battaglia di Austerlitz*, 1808, Versailles, Musée National des Châteaux de Versailles et du Trianon.

³³ <http://www.societadipsicoanaliscritica.it/psicoanalisi-del-muro/>.

I muri sono stati costruiti anche in una sola notte ed abbattuti in un solo giorno, ma le separazioni rischiano di rimanere a lungo, forse per sempre. È il caso di Gorizia e Nova Gorica, città separate da confini nazionali. Dopo l'entrata della Slovenia nell'Unione Europea, la separazione è venuta meno³⁴, ma le aspettative di un reale sviluppo comune sono state deluse in assenza di sinergia politica e legislativa³⁵.

A Nicosia, una linea verde separa i greco-ciprioti dai turco-ciprioti. «Nella parte greca candide chiese ortodosse e bandiere bianco-blu; in quella turca, sveltanti minareti ed enormi vessilli con stella e mezzaluna»³⁶. Da un lato si parla il greco, dall'altra il turco. Con l'entrata di Cipro nell'Unione Europea sembra che il confine si sia appena sbiadito. Non è impossibile per gli abitanti di una parte raggiungere l'altra. E, se ci si parla, lo si fa in inglese. Per l'Unione dirimere le ataviche discrasie interne sarà arduo, così come riunire ciò che il muro ha diviso.

«Non c'è nulla di più illecito che ridurre il mondo secondo le nostre manie e la nostra cecità, rimpicciolire la realtà, sopprimere immaginariamente parti di quello che è. Questo succede quando si chiede al *profondo* di presentarsi come il *superficiale*»³⁷.

5. *Raddrizzare i torti*

«Mi vuoi dire, caro Sancho, che dovrei tirarmi indietro perché il “male” ed il “potere” hanno un aspetto così tetro? Dovrei anche rinunciare ad un po' di dignità, farmi umile e accettare che sia questa la realtà?

Il “potere” è l'immondizia della storia degli umani e, anche se siamo soltanto due romantici rottami, sputeremo il cuore in faccia all'ingiustizia giorno e notte: siamo i “Grandi della Mancha”, Sancho Panza... e Don Chisciotte»³⁸.

³⁴ Recentemente qualcuno ha ricominciato a ragionare come in tempo di guerra, riproponendo la costruzione del muro tra Gorizia e Nova Gorica per fermare un trascurabile flusso migratorio in arrivo dai Balcani. Una misura vetusta e inservibile al prezzo di una profonda lesione alla memoria di quei luoghi in cui, fino a poco tempo fa, crescevano cespugli di pomodori che germogliavano dalle viscere decomposte dei soldati italiani che ne avevano mangiati poco prima di morire nella Grande guerra. Per approfondire vedi *L'Espresso*, n. 29, LXV, 14 luglio 2019.

³⁵ G.M. APUZZO, *Nuovi confini, nuovi muri. Quale ruolo per l'Europa?* in occasione del Corso Irse 'Europa-Identità Multiple', Pordenone, maggio 2009.

³⁶ <http://www.occhidellaguerra.it/nicosia-lultima-capitale-divisa/>.

³⁷ J. ORTEGA Y GASSET, *Meditazioni del Chisciotte*, Milano, 2014.

³⁸ F. GUCCINI, *Don Chisciotte*, 2000.

Un'armatura antiquata, un fedele scudiero, poche armi spuntate ed uno smilzo ronzino era tutto ciò che faceva di Don Chisciotte un cavaliere.

Si trova perduto in un mondo in cui non si trova più il senso, un mondo in cui si è creato un divario tra le parole e le cose, tra la realtà rappresentata e quella autentica. Egli continua a cercare una somiglianza tra le parole e le cose e non si accorge che tale somiglianza non ha più spazio nella sua civiltà³⁹.

Così assalta i giganti nelle sembianze dei mulini a vento e ne esce sconfitto.

Già, perché i mulini hanno la forza della non-autorità⁴⁰. E perciò sono contrapposti al castello e alla spada⁴¹. È una premessa di sviluppo, un invito all'azione. Il muro blocca un flusso, il mulino sfrutta il vento a proprio vantaggio, trasformandolo in energia. Come la *Fortuna con vela*⁴², simbolo della lotta con il proprio destino. Una dea che elargisce ricchezza, proprio come fa il mulino. Ed è quindi un riflesso della lotta per l'esserci. La stessa lotta a cui partecipa Don Chisciotte.

«Vuole raddrizzare il mondo e vendicare i torti»⁴³. Salvare gli altri per salvare se stesso. Ma noi viviamo nei labirinti e non c'è più nessuno da salvare.

Solo un mostro da combattere. Noi.

Siamo noi, dunque, ad aver fallito. Credere possibile un mondo in cui si possa coabitare senza condividere. Essere incapaci di fare nostra l'estraneità dell'altro, di approssimarci al mondo.

Chi vuol comprendere l'altro deve essere pronto a lasciarsi dire qualcosa da esso. «Tale sensibilità non presuppone né una neutralità, né un oblio di sé stessi, ma implica una precisa presa di coscienza delle proprie pre-supposizioni e dei propri pregiudizi»⁴⁴.

E tu, cosa vuoi da te?

³⁹ M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Milano, 2016.

⁴⁰ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019.

⁴¹ Entrambi simboli del potere.

⁴² Si tratta di un'iconografia fatta propria dal mercante di età umanistica. È rappresentata da una donna nuda, dritta sulla nave, mentre regge una vela gonfiata da un vento favorevole.

⁴³ A. COCCIA, *La lezione immortale dell'irriducibile Alonso Quijano. Don Chisciotte de la Mancha*, in *Linkiesta*, 23 aprile 2016.

⁴⁴ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2001.

ANDRIUS MALINAUSKAS*

OBSERVANCE OF THE PRINCIPLE OF THE RESPECT
FOR HUMAN DIGNITY IN THE EU ASYLUM POLICIES:
LESSONS FROM BORDER ISSUES
BETWEEN ITALY AND FRANCE

The present article examines the observance of the principle of the respect for human dignity in the EU asylum policies with a special focus on the unaccompanied minors. By utilizing the case of border issues between Italy and France, it concludes that while a well-integrated concept (at both national and EU levels) of human dignity is supposed to guide the asylum policies of those states, in practise its implementation remains rather challenging.

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. An Incorporation of Human Dignity into the EU Law and its Asylum Policies. – 3. Issues Pertaining to Human Dignity under the Dublin III. – 4. (Lack of) Observance of Human Dignity in the Border Issues between Italy and France. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

Despite the fact that for almost 20 years now the European Union (EU) has been working towards the creation of the Common European Asylum System (CEAS), migration issues remain among the most controversial aspects on the EU agenda. The refugee crisis that shook the European continent in 2015 further demonstrated the shortcomings of this EU policy, especially highlighting inadequacies and limitations of the Dublin III system, as well as

* Studente del Corso di Laurea magistrale in European Studies. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Schillaci.

the lack of solidarity among the separate member states in sharing the burden. Moreover, reports by United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) highlighted that the human rights of the migrants were not sufficiently addressed by asylum and migration governance measures across Europe's borders¹. It also stressed that states seem to prioritize a security-based approach in their migration policies as was well illustrated by the increasingly restrictive laws and policies, including the criminalization of irregular entry and the prevalent use of detention procedures². It goes without saying that such measures do have a negative impact not only towards the health and safety of migrants but also to their dignity.

On the other hand, the EU positions itself is regarded as a beacon for the protection of human rights and fundamental freedoms, and the principle of respect for human dignity is considered as a cornerstone on which the EU is based on. As a matter of fact, this principle is enshrined in the key legal documents of the EU, such as the Lisbon Treaty and the EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR).

Bearing in mind the importance that the EU as a whole and its separate member states attach to the principle of respect for human dignity, this paper will focus on its impact in the actual practice of the EU member states' migration policies. Due to the scope of this paper, however, it will be limited to the analysis of the current confrontation between France and Italy in handling migration flows along their common border. While there are other examples that could also demonstrate the difficulties of the prioritization of human dignity in migrations responses, France and Italy were chosen as the countries that occupy a leading role (together with Germany) in formulating the common migration and asylum policy of the EU and their actions are likely to have larger consequences on the regional level. The fact that Italy is among the EU member states most affected by the limitations of the Dublin III system and that it expects other countries to share the burden more equally allows us further to investigate the relevant issues of this system pertaining to human dignity, especially in the context of the treatment of unaccompanied minors.

¹ OHCHR, *In Search of Dignity. Report on the human rights of migrants at Europe's borders*, 2017, p. 41, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/In-SearchofDignity-OHCHR_Report_HR_Migrants_at_Europes_Borders.pdf (accessed 6 December 2018).

² *Ibidem*.

The paper is divided in the following parts: it starts with the short presentation of the concept of human dignity in the legal framework of the EU and its incorporation in migration and asylum policies. The following part deals with the issues pertaining to the human dignity under the Dublin III. Then the paper takes into account actual policies of Italy and France 'vis-à-vis' the principle of the respect for human dignity in the context of border issues between those two countries with special attention focused on the treatment of unaccompanied minors. The final section presents concluding remarks.

2. *An Incorporation of Human Dignity into the EU Law and its Asylum Policies*

As mentioned above, human dignity is a foundational value of the EU and it has rapidly emerged as a core concept in its legal system. With the entrance into force of the Lisbon Treaty and the EU-CFR, this principle became increasingly visible and oftentimes emphasized. As it is stressed in the Article 2 of the Lisbon Treaty: «The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities»³. Consistently, in the EU Charter it is listed as the first of all human rights, stressing that «human dignity is inviolable. It must be respected and protected»⁴. Therefore, the Lisbon Treaty could be viewed as reflecting the crucial decision of the Charter to focus human rights protection based on human dignity. Furthermore, it is important to point out that in the most universal sense dignity concentrates on the inherent worth of each individual and is not based on other factors such as intelligence, morality or social status⁵. By extension, one could argue that in this case nationality or citizenship should not be considered as a defining factor either.

In line with the concept of human dignity is also the principle of *non-refoulement* which is not only codified in the Article 33 of

³ The Lisbon Treaty, 2007, p. 16, art. 2, <http://en.euabc.com/upload/books/lisbon-treaty-3edition.pdf> (accessed 06 December 2018).

⁴ Official Journal of the European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2000, p. 9, art. 2, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (accessed 6 December 2018).

⁵ N. RAO, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 86, no. 1, 2011, p. 187.

the Refugee Convention⁶ (of which all the EU member states are signatories) but also raises large debates in the academic community and legal practises whether it could amount to a customary international law⁷. However, for the EU member states this issue is not that relevant for the fact that all of them are parties to the Refugee Convention and as a result they are bound by this principle based on the nature of the treaty law⁸. The principle of *non-refoulement* requires that states shall not return a refugee in any manner to the territories where his life and freedoms would be threatened. Hence it could be viewed as a manifestation of fundamental principles of humanity, as well as the obligation by the international community to protect human dignity. As a matter of fact, this principle is also reiterated in the Article 19 of the EUCFR, where it states that «no one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment»⁹.

The principle of *non-refoulement* is closely related with another crucial right to preserve human dignity – that of to seek and enjoy asylum. There is no escaping the fact that this right is recognized at both the international and the EU level. Despite the fact that Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which stresses everyone's right «to seek and to enjoy in other countries asylum from prosecution»¹⁰, is not in itself legally binding, this principle was further reiterated in international conventions with binding force. For instance, Article 18 of the EUCFR stresses the right to asylum in line with the 1951 Refugee Convention and the 1967 Additional Protocol as well as the Treaty Establishing the European Community¹¹. It is important to point out

⁶ UNHCR, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 1951, p. 30, art. 33, <https://cobms.emergency.unhcr.org/documents/11982/55726/Convention+relating+to+the+Status+of+Refugees+%28signed+28+July+1951%2C+entered+into+force+22+April+1954%29+189+UNTS+150+and+Protocol+relating+to+the+Status+of+Refugees+%28signed+31+January+1967%2C+entered+into+force+4+October+1967%29+606+UNTS+267/0bf3248a-cfa8-4a60-864d-65cdfce1d47> (accessed 6 December 2018).

⁷ V. MORENO LAX, *Accessing asylum in Europe: extraterritorial border controls and refugee rights under EU law*, Oxford, 2017, p. 249.

⁸ *Ibidem*, p. 249.

⁹ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, p. 12, art. 19.

¹⁰ OHCHR, *Universal Declaration of Human Rights*, 1948, p. 4, art. 14, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf (accessed 6 December 2018).

¹¹ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, p. 12, art. 18.

that most authors agree that the Article 14 of UDHR makes up part of the substance of Article 18 of the EUCFR¹². As a result, the procedural dimension of the right to asylum shall be viewed as included in the Article 18 of the EUCFR, together with material obligations to grant it when the conditions are fulfilled¹³. Thus, in a nutshell, it could be said that the principle of the respect for human dignity is strongly incorporated into the refugee law of the EU and by extension this principle is also expected to play an important part in the EU's asylum policies. At the same time, effective abidance by the EUCFR obligates member states to design and execute mechanisms of internal border management in a manner that does not undermine the enjoyment by asylum seekers of their human rights under the EU law and does not leave them vulnerable to persecution or other form of serious harm¹⁴. In this context, it should be stressed that an adequate balance must be struck in order to ensure that enhanced border controls do not hamper access to asylum systems for those in need of international protection¹⁵.

3. *Issues Pertaining to Human Dignity under the Dublin III*

With the abolition of border controls and the establishment of the Schengen area, asylum seekers circulating without control from one state to another were seen as a potential danger to the system¹⁶. Therefore, to address this issue and determine the member state responsible for an international protection, Dublin Regulation came into force in 1990. Its basic idea is that responsibility first of all shall be assigned to the member state that had the biggest role in the asylum seeker's entry into the EU¹⁷. It was revised twice and since 2013 Dublin III is in force. No one can deny that it did introduce some positive innovations, such as an early warning, preparedness and crisis management mechanism, aimed to tackle the root causes of national asylum systems or problems

¹² MORENO LAX, *op. cit.*, p. 379.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*, p. 394.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ S. MORGAGES-GIL, *The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU?*, in *IJRL*, vol. 27, Issue 3, p. 434.

¹⁷ J. MITCHELL, *The Dublin Regulation and Systemic Flaws*, in *San Diego International Law Journal*, vol. 18, Issue 2, Spring 2017, p. 297.

arising from particular pressures, as well as important provisions concerning the right to information, the protection of applicants, including obligatory personal interview, guarantees for minors and larger possibilities of family reunification¹⁸.

However, as mentioned above, uncontrolled arrival of large numbers of migrants has put a large burden on the CEAS as a whole, but even more so on the member states closer to the «hot spots», primarily Greece and Italy. Hierarchical criteria of Dublin III and the absence of burden sharing provisions bring significant flaws to the assessment of asylum applications¹⁹. It also runs the risk of undermining the principle of human dignity due to the lack of adequate living and detention conditions for refugees, and the issue of chain of deportation. As a matter of fact, the Dublin system is based on the assumption that all member states are secure for the people seeking protection and that their claims will be adequately processed²⁰. Mutual confidence and the premise that other states also ensure the protection of the fundamental rights and human dignity constitute the cornerstone of CEAS. This is not, however, always the case. Overburdened countries as well as states with lower economic development might not be able to propose suitable reception conditions and similar chances of granting refugee status. This leads to the asylum seekers circulating from one state to another with the concern of being refouled under the Dublin convention to the member state where they fear either mistreatment or the inadequate assessment of their asylum application.

While the EU tried at least partially to address the issue of overburdened countries (Italy and Greece) with the relocation scheme proposed by the European Commission in 2015, it is important to point out that its implementation was not very successful based on the fact that the EU member states throughout the period of two years managed to fulfil only the third of their relocation commitments²¹.

¹⁸ European Commission, *Country responsible for asylum application (Dublin)*, 2018, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants_en (accessed 7 December 2018).

¹⁹ MITCHELL, *op. cit.*, p. 298.

²⁰ C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2016, p. 83.

²¹ Amnesty International, *EU: Countries have fulfilled less than a third of their asylum relocation promises*, 25 September 2017, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/09/eu-countries-have-fulfilled-less-than-a-third-of-their-asylum-relocation-promises/> (accessed 07 December 2018).

Finally, a word is due concerning the protection and guarantees accorded to unaccompanied minors under the Dublin III. Article 6 titled «Guarantees for Minors» not only emphasizes that the child's best interests should be a primary consideration in implementing this Convention but also provides more precise descriptions on the circumstances that determine the assessment of the child's best interests²². In order to achieve this objective, the member states are also supposed to appoint the representative that would assist the minor in the procedures of Dublin III²³. Article 6 also imposes the duty on member states to execute family tracing by taking actions in order to «identify the family members, siblings or relatives of the unaccompanied minor on the territory of Member States, whilst protecting the best interests of the child»²⁴. Article 8 with the title «Minors» deals with the determination of member states responsible for unaccompanied minors. According to it, the responsibility primarily shall lie with the state where a family member or a sibling is legally residing²⁵. In the absence of the family member, the responsibility shall lie with the state where the relatives (grandparents, aunt and/or uncle) of the minor are legally present, provided that they are capable and willing to take care of the minor²⁶. However, it should also be stressed that the current rules on family reunification remain in a sense restrictive from the fact that many people older than 18 years are prevented from joining their families. In the absence of family members or relatives, the member state responsible is the one where the minor lodged his application for international protection²⁷. Therefore, it seems that, despite its still prevalent shortcomings, at least in theory Dublin III introduced important changes that should better address the issue of respect for human dignity in asylum procedures, especially vis-à-vis unaccompanied minors. The following part of the paper is dedicated to analysing what role the principle of respect for human dignity plays in the actual asylum policies of France and Italy.

²² Official Journal of the European Union, *Regulation (EU) No 604/ 2013 of the European Parliament and of the Council* of 26 June 2013, p. 8, art. 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=EN> (accessed 07 December 2018).

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 9, art. 8.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

4. *(Lack of) Observance of Human Dignity in the Border Issues between Italy and France*

Recently France and Italy have had some major disagreements and heated exchanges concerning responsibility and solidarity in the context of the reception of refugees and the proceeding of their asylum applications. This tendency became increasingly visible this year after the election of the new Italian Government which promised to significantly reduce migrant arrivals and send back those already in the country. In line with its new policy, Italy on several occasions denied safe harbour to migrants rescued by humanitarian ships. As a matter of fact, more than 650,000 migrants have arrived at Italy's coast since 2014, and as result Italy has slammed its EU partners for not sharing the burden²⁸. Italy's new Minister of Interior Matteo Salvini even went as far as to argue that Italy will no longer be «Europe's refugee camp»²⁹. Reacting to those ship incidents, French President Emmanuel Macron called the behaviour of the new Italian Government cynical and irresponsible³⁰.

Bearing this context in mind, the analysis will focus on recent border issues between France and Italy concerning the treatment of refugees, including unaccompanied minors. According to Oxfam, throughout a one-year period (2017-2018) more than 16,500 refugees and migrants have been staying in and near Ventimiglia, a small Italian town close to the French borders³¹. And no less than one in four of them are unaccompanied minors³². An increasing number of refugees and migrants passing through Ventimiglia have put the Italian asylum system under strain as the country is facing

²⁸ A. DENTI, *Italy refuses safe harbor to migrant ship, Spain also reluctant*, Reuters, 13 August 2018, <https://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-ngo/italy-refuses-safe-harbor-to-migrant-ship-spain-also-reluctant-idUSKBN1KY17H> (accessed 8 December 2018).

²⁹ G. JONES, *Italy will no longer be "Europe's refugee camp", vows new government*, Reuters, 4 June 2018, <https://www.reuters.com/article/italy-politics/italy-will-no-longer-be-europes-refugee-camp-vows-new-government-idUSL5N1T62BN> (accessed 8 December 2018).

³⁰ *Stranded migrants: Macron scolds Italy over Aquarius ship*, BBC, 12 June 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-44452760> (accessed 8 December 2018).

³¹ G. CAPITANI, *Nowhere But Out: The failure of France and Italy to help refugees and other migrants stranded at the border in Ventimiglia*, Oxfam Briefing Paper, 2018, p. 2, https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2018/06/bp-nowhere-but-out-refugees-migrants-ventimiglia-150618-en_update.pdf (accessed 8 December 2018).

³² *Ibidem*.

difficulties in processing a large number of applications. The conditions of those stuck in Ventimiglia could be very rough: not only absence of adequate information but also lack of shelter, heating and drinkable water compounded with safety concerns in general. Unaccompanied minors often choose to leave the reception centres that host them either because their specific vulnerabilities are not addressed or they do not receive relevant assistance for their age³³.

In fact, many refugees and migrants passing through Italy have an objective to reach other European countries (for example France, Germany and Sweden) as they have relatives or acquaintances there, or simply think that in those countries they would find more employment possibilities³⁴. However, as mentioned above, Dublin III does not provide an opportunity to choose the EU country for asylum application at will, unless an applicant is an accompanied minor. In other cases, the member state of first entry is responsible to handle the asylum request. Some of the refugees decide to leave Italy due to the extensive and undefined period of the assessment of their asylum applications.

It should be emphasized that in 2015 France unilaterally reintroduced border controls in Ventimiglia, thus suspending the Schengen Agreement. Since then the French police was routinely blamed for committing abuses of the rights of refugees. Indeed, in October 2018 France was accused by human rights groups of mistreating refugees (including children) at Italian borders and by Italy of illegally crossing its borders in order to bring back unwanted refugees to Italy³⁵. Amnesty International, after its two days mission at the French border town of Briançon, concluded that the list of illegal practises is long, including but not limited to hampering of asylum requests, neglect of unaccompanied minors, harassment, lack of interpreters, no access to emergency health-care and humanitarian assistance³⁶. It also stressed that just in the two days period the mission witnessed no less than 26 *refoulements*

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 6.

³⁵ B. BIBBO, *Border tensions boil over as France 'dumps' migrants in Italy*, *Al Jazeera*, 22 October 2018, <https://www.aljazeera.com/news/2018/10/border-tensions-boil-france-dumps-migrants-italy-181022113500924.html> (accessed 8 December 2018).

³⁶ Amnesty International, *Frontière Franco-Italienne / à Briançon, Les violations systématiques des Droits des Personnes Exilées Doivent Cesser*, <https://www.amnesty.fr/presse/frontiere-franco-italienne-a-briancon-les-violations> (accessed 8 December 2018).

from France to Italy without the individual examination of their asylum applications³⁷. There is no secret that these *refoulements* also include unaccompanied minors, despite the fact that according to Dublin III unaccompanied minors applying for asylum in France should not be sent back to Italy. As mentioned above, the criterion of first entrance is not applicable in the case of unaccompanied minors. Oxfam has collected a number of testimonies that indicate how the provisions of the right to asylum and *non-refoulement* are violated as French police without hesitation put children on regional trains back to Ventimiglia³⁸. Unaccompanied minors oftentimes complain about the mistreatment from French police while crossing the border, and at the same time they are also in danger of arbitrary arrest, despite the fact that this practice violates not only French but also the EU and international law³⁹. There can be no denying that detention is never in the best interests of the child. Moreover, a guardian is oftentimes not appointed for unaccompanied minors, in contradiction to the Dublin III and the French law⁴⁰. Even independent French administrative reports concluded that the principle of due process is not respected in the asylum policies and that there is an overall denial of human dignity and absence of the enforcement of the applicable legislation. The situation is further complicated because of the lack of arrangements in Ventimiglia to take care of the returned minors. Many of them have reported that they do not have meaningful opportunities to seek asylum, not least because the right to information about the process was not provided or they simply were not aware of their rights⁴¹.

As could be seen from the developments along France-Italy borders, the countries do not strike a proper balance between security and human rights. Vulnerable people, including unaccompanied minors, are either left abandoned (Ventimiglia) or are mistreated by the police (Menton). Contrary to the well-established principle of respect for human dignity in the EU, refugees and migrants face indecent living conditions and are exposed to danger, fear of *refoulement* and harassment. Children's best interests are not taken into consideration as authorities of both countries do not

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ CAPITANI, *op. cit.*, p. 13.

³⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, p. 3.

pay a special attention to their vulnerabilities and fail to help them trace their family and relatives in other EU states, in case such a possibility exists. As a result, a significant number of refugees are forced out of the asylum systems at both national and the EU levels only to lead clandestine lives with little or no regard to their fundamental rights and human dignity.

5. *Conclusions*

This paper examined the observance of the principle of the respect for human dignity in the EU asylum policies with special focus on the unaccompanied minors. By utilizing the case of border issues between Italy and France, it is possible to conclude that while a well-integrated concept (at both national and EU levels) of human dignity is supposed to guide asylum policies of those states, in practise it is much more difficult to implement it. Strained asylum systems might lack the capacity to guarantee the fundamental rights of each refugee and, on the other hand, security-based approaches still prevail over the protection of vulnerable people. Despite some positive changes in Dublin III, the system for determining the member state responsible for an international protection remains flawed without the solidarity and burden sharing among the EU member states. Failing to achieve it, the key principles responsible for the observance of human dignity in the asylum policies, such as the right to seek and enjoy asylum, *non-refoulement* and the best interests of child, are likely to remain compromised.

FRANCESCO TOMASICCHIO*

ALCUNE RIFLESSIONI SU ALDO MORO COSTITUENTE

This paper illustrates the contribution that Aldo Moro provided during the development of the Republican Constitutional Charter of 1948.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La fine della guerra e l'avvento della Democrazia Cristiana. – 3. Moro, Dossetti ed i 'dossettiani': il pensiero alla Costituente. – 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

È più che riconosciuta – da colleghi ed avversari politici – l'importanza che Aldo Moro ha rivestito all'interno della vita politica e giuridica italiana. In queste pagine si tenterà – anche mediante l'analisi di alcuni dei discorsi tenuti in sede parlamentare – di porre in rilievo i contenuti del pensiero moroteo durante l'avvento della Repubblica in Italia. A questa laconica introduzione segue una breve descrizione del quadro storico dell'epoca; successivamente si cercherà di evidenziare alcuni contributi significativi apportati dal giurista pugliese alla redazione della Carta costituzionale del 1948, ispirati da un profondo credo religioso, quello cattolico, che lo accomuna ad altri autorevoli giuristi e politici dell'epoca.

2. *La fine della guerra e l'avvento della Democrazia Cristiana*

Orbene, in seguito alla fine della seconda guerra mondiale e alla conseguente caduta del regime fascista, l'Italia, in tutte le sue sfaccettature, si appresta a ripartire. Tuttavia, il quadro politico interno ed internazionale si mostra alquanto complicato: i Trattati di

* Studente del Corso di laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gaetano Azzariti, docente della cattedra di Diritto Costituzionale.

Parigi; stipulati da De Gasperi nel 1947, ridimensionano sensibilmente l'assetto territoriale, politico ed economico del nostro paese, ma non solo, l'Italia viene giudicata come responsabile, correa al pari della Germania nell'aver provocato il conflitto mondiale. A complicare queste circostanze, si aggiunge anche il duro scontro politico causato dalle elezioni del 1948 – in seguito al già tormentato esito referendario del 2 giugno del 1946 che sancì la vittoria della forma repubblicana a discapito di quella monarchica – che vedono fortemente contrapposti la Democrazia Cristiana e gli altri partiti laici contro il Fronte Popolare, rappresentato vivacemente dal partito comunista italiano (PCI) di Palmiro Togliatti e dal partito socialista di Pietro Nenni (PSIUP - PSI). In siffatta cornice storica, la Democrazia Cristiana di Alcide De Gasperi, partito di maggioranza relativa, deve garantire l'adesione dell'Italia a quella che sarebbe divenuta, nel 1949, la NATO e, al contempo, cercare di contenere le spinte provenienti dal Fronte Popolare, che racchiudeva in sé il partito comunista più forte dell'occidente. Non solo, ma la Democrazia Cristiana, sovente, si caratterizza per la divergenza di vedute politiche al proprio interno. Infatti, il partito cattolico dell'epoca è diviso in numerose correnti: esse, al tempo dei costituenti, si contraddistinguono fra loro per caratteristiche, peculiarità eterogenee, l'una dall'altra, ma convergenti a proposito della visione dello Stato costituzionale. Tuttavia, su altri fronti le visioni non erano univoche e prive di differenze: si pensi, ad esempio, alla richiesta di Costantino Mortati di separare i compiti delle due camere, attribuendo al Senato una funzione corporativa; ancora, si pensi al fermo convincimento di De Gasperi sul 'centrismo' o alla 'destra' democristiana di Mario Scelba; si tenga presente, sopra tutte, l'importanza rappresentata dai rapporti sociali e dai rapporti con le diverse forze politiche, che hanno reso la corrente guidata dal sacerdote Giuseppe Dossetti, uno dei fondatori, appunto, della rivista 'Cronache Sociali', protagonista indiscussa in sede di assemblea. Questa ha segnato tutto il percorso dei suoi componenti dell'epoca sia dal punto di vista politico che dal punto di vista spirituale. Fra essi spiccano, oltre il suo ispiratore e fondatore, Amintore Fanfani, Giorgio La Pira, Achille Ardigò, Leopoldo Elia, Costantino Mortati ed anche Aldo Moro. Essi sono latori del più profondo pensiero della dottrina sociale della Chiesa; tuttavia, non mancano fra i menzionati autori visioni che di rado si pongono in contrasto l'una con l'altra: è il caso, ad esempio, delle visioni corporative in materia costituzionale, economica e sociale di Giorgio La Pira, Amintore Fanfani ed in guisa ancor più evidente, di Costantino Mortati, i quali

vedevano nella dottrina corporativa un'ottima soluzione ai problemi che attanagliavano la costituzione della società italiana, diversa e divisa in più classi sociali; non solo, infatti, potrebbe aggiungersi anche l'assoluta importanza attribuita al 'comune' inteso come prima fra le comunità, la più vicina agli individui ed alle famiglie. A tal proposito, mentre questi interlocutori espongono tali idee, Aldo Moro, sebbene collabori attivamente alla redazione di *Cronache Sociali*, è latore di un'altra visione del mondo, sì pluralista al pari delle altre, ma di certo non corporativista (poiché ritenuta troppo vicina alla concezione dello stato fascista). Egli è un fervido sostenitore, in sede di Assemblea Costituente, dell'istituzione e di una larga autonomia delle regioni. In questa cornice politica, Aldo Moro si ritrova ad operare, accompagnato dal gruppo dei 'professorini', all'interno dell'Assemblea Costituente, momento nel quale egli ebbe modo di dimostrare non solo le sue capacità di mediazione fra diverse – se non opposte – componenti politiche, ma anche di mostrare la propria fermezza su argomenti che gli stavano particolarmente a cuore, come la scuola e l'istruzione pubblica od i rapporti fra lo Stato italiano e la Chiesa Cattolica.

3. *Moro, Dossetti ed i 'dossettiani': il pensiero alla Costituente*

Credo che una delle caratteristiche che maggiormente si evince dal pensiero di Moro sia l'idea precisa di Costituzione, da una ben precisa *Weltanschauung*, la quale pone al centro del suo progetto l'individuo inteso prima come persona umana e poi come componente di una o più comunità, soggetto di diritti quali innanzitutto il rispetto della propria dignità e il principio di uguaglianza; ancora, il diritto all'istruzione, alla sanità e alla partecipazione attiva alla vita politica. Come ha affermato Massimo Brutti, in merito al contributo e alla visione dei dossettiani durante la Costituente: «Credo si debba parlare in proposito di un costituzionalismo cattolico, che va oltre La Pira e i dossettiani, secondo il quale la Costituzione è non solo il documento normativo che regola le forme materiali di produzione del diritto e che ne delimita gli ambiti, ma anche la fonte dei principi capaci di vincolare i contenuti e le tecniche dell'interpretazione. La carta fondamentale accoglierà principi come il primato dell'essere umano rispetto alle forme statuali ed ai poteri dell'economia, l'uguaglianza quale meta irrinunciabile della politica, il valore della famiglia»¹.

¹ M. BRUTTI, *Giorgio La Pira. Passione politica e scienza del diritto*, in *Index. Quaderni Camerti di studi romanistici*, XXXIV, Napoli, 2006, p. 41.

Dunque, un'idea di Costituzione ben precisa, che contenga – come rilevato da Costantino Mortati – quei «principi che devono porsi quali pietre angolari di tutta la costruzione dello Stato»² e che il costituzionalista identifica con i rispettivi primi cinque articoli della costituzione repubblicana poiché questi «contengono gli elementi sufficienti ad identificare la forma di Stato»³.

Questi valori trovano una larga condivisione all'interno della prima sottocommissione e durante le discussioni in assemblea, oltre che in sede di votazione, con le dovute obiezioni mosse dai rispettivi partiti politici, i quali, erano mossi da visioni e concezioni diverse gli uni dagli altri. A tal proposito, mi permetto di rilevare come in sede di discussione – e, successivamente, di approvazione – degli articoli costituzionali, si siano venuti a creare i migliori dibattiti politici – sia dal punto di vista contenutistico sia dal punto di vista dell'esposizione ad opera dei migliori professori e oratori che sedevano all'epoca – della nostra storia repubblicana. Ogni partito, ogni costituente tenta di far valere a tutti i costi la propria proposta, il proprio emendamento, ma mosso sempre da un senso di responsabilità ed a tratti anche di verecondia nei confronti del proprio avversario politico, Moro in primis, come a breve tenterò di mostrare. I principi cardine del progetto costituzionale di Moro e dei 'professorini', i loro principi, i loro valori sono perfettamente espressi, a mio avviso, in un dibattito tenutosi il 13 marzo del 1947, in sede di Assemblea Costituente, nel quale Moro medesimo tiene un discorso molto lungo ed articolato, ma ricco di senso e proprio di quella concezione cattolica che, ricca di solidarietà sociale, accompagnerà tutta la sua carriera politica. Il discorso del giurista concerne, nella fattispecie, gli artt. 1, 6 e 7 della Costituzione repubblicana, mentre l'articolo 1 manterrà la propria collocazione, gli articoli 6 e 7, invece, diventeranno, nella stesura definitiva della Costituzione, rispettivamente il 2 ed il 3, i quali sono stati a lungo discussi prima ancora nella prima sottocommissione e che hanno, al contempo, sollevato numerose polemiche in merito ai termini da adoperare per la redazione dell'articolo uno⁴. Ritengo

² C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1949. A tal proposito, si veda altresì quanto affermato da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari-Roma, 2013, pp. 73 ss., il quale asserisce: «E, dunque, il principio democratico, quello personalista, quello pluralista, quello lavorista valgono a conformare e a condizionare ogni altro diritto pretendendo una tutela privilegiata».

³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., (a cura di) F. MODUGNO, A. BALDASSARE, C. MEZZANOTTE, Padova, 1991, pp. 151 ss.

⁴ La composizione finale dell'articolo uno si rivelò alquanto polemica, in quanto Togliatti ed i comunisti volevano fortemente che la Repubblica italiana fosse

altresì che sia di vitale importanza, per comprendere ancor meglio l'idea di Costituzione che Moro avesse in mente, sottolineare come il pensiero del personalismo comunitario di Emmanuel Mounier abbia influenzato costantemente Moro e tutta la corrente dossettiana⁵. Nel discorso che mi accingo a riportare, siffatta concezione emerge in modo lampante ed inequivocabile e, pertanto, ritengo sia opportuno porlo in rilievo: «Mentre mi accingo ad esaminare gli articoli 1, 6 e 7 delle disposizioni generali del progetto costituzionale, mi torna in mente un'espressione adoperata dall'onorevole Togliatti... Aveva detto l'onorevole Togliatti che bisognava che la nostra Costituzione fosse una Costituzione non ideologica... Riguardata così questa espressione, non può non trovare il nostro consenso... Preoccupati, come siamo stati e come siamo, di realizzare attraverso la nuova Costituzione italiana uno strumento efficace di convivenza democratica, noi non abbiamo mai cercato e neppure adesso cerchiamo di dare alla Costituzione un carattere ideologico... Ma vi è, da un altro punto di vista, una ideologia alla quale una Costituzione non può [non] fare richiamo... È necessario perché, elaborando il progetto di Costituzione e preparandoci a votarlo come adesso facciamo, noi attendiamo ad una grande opera: la costruzione di un nuovo Stato. Non dico che ci si debba dividere su questo punto, partendo ciascuno da una propria visione ristretta e particolare; ma dico che se nell'atto di costruire una casa nella quale dobbiamo ritrovarci tutti ad abitare insieme, non troviamo un punto di contatto, un punto di confluenza, veramente la nostra opera può dirsi fallita. Divisi – come siamo – da diverse intuizioni politiche, da diversi orientamenti ideologici, tuttavia noi siamo membri di una comunità, la comunità del nostro Stato e vi restiamo uniti sulla base di un'elementare, semplice idea dell'uomo, la quale ci accomuna e determina un rispetto reciproco degli uni verso gli altri. Costruendo il nuovo Stato noi determi-

una repubblica 'di lavoratori'. A tale formula ammiccò Moro medesimo, ma essa fu respinta in sottocommissione grazie al voto decisivo di Giorgio La Pira, a tal proposito vedi G. CORRADINI, *La "Maggioranza Costituente"*, in *Rivista trimestrale Libro Aperto*, ed. luglio/settembre, Ravenna, 2010, pp. 41 ss.

⁵ E. MOUNIER, *Il personalismo*, Roma, 1949, ora ed. rist. (a cura di) G. CAMPANINI e M. PESENTI, 2004, p. 81, il filosofo annota: «Ogni persona ha un significato tale da non poter essere sostituita nel posto che essa occupa nell'universo delle persone. Tale è la maestosa grandezza della persona che le conferisce la dignità di un universo; e tuttavia la sua piccolezza, in quanto ogni persona è equivalente in questa dignità, e le persone sono più numerose delle stelle». Questa concezione – espressa dal filosofo – è pressoché onnipresente nel pensiero politico moroteo e si riflette anche nell'azione politica, a cominciare dall'esperienza alla Costituente.

niamo una formula di convivenza, non facciamo soltanto dell'organizzazione dello Stato, non definiamo soltanto alcuni diritti che intendiamo sanzionare per la nostra sicurezza nell'avvenire; determiniamo appunto una formula di convivenza, la quale sia la premessa necessaria e sufficiente per la costruzione del nuovo Stato»⁶. In questa premessa, Moro pone al centro del suo discorso la necessità di mediazione che vi deve essere fra le diverse fazioni politiche – nonostante le divergenze delle rispettive visioni – in merito ai c.d. 'principi fondamentali' della Costituzione, in particolare quello concernente la dignità dell'individuo ed il principio di uguaglianza, sui quali si sarebbe dovuta, successivamente, incentrare la costruzione dello Stato.

La convergenza e la condivisione di tutte le forze politiche, ma soprattutto la condivisione del partito comunista di Togliatti, è per Moro una *condicio sine qua non*. La Costituzione non sarebbe stata tale se non vi fosse stata una mediazione fra le forze politiche più rappresentative. Per realizzare siffatto obiettivo, Moro, respingendo le provocazioni del leader comunista, fa appello al senso di comunità caratterizzata dal rispetto reciproco degli uni verso gli altri e alla convivenza che si prospetta fra entrambe le fazioni (non a caso, è in Assemblea Costituente che comincia a prendere campo – seguendo alcuni pareri giornalistici dell'epoca – la tesi di un 'compromesso storico' *ante litteram* fra DC e PCI)⁷. Questa premessa non può che riscuotere il consenso anche del leader comunista e di tutto il suo partito. Moro prosegue asserendo: «...Occorre che ci sia una precisazione intorno ad alcuni orientamenti fondamentali che storicamente caratterizzano la Repubblica italiana. Io, per questo, avevo proposto al nostro amabile Presidente della Commissione, onorevole Ruini, che i tre articoli, il primo, il sesto ed il settimo, congiunti insieme, in quanto mi pareva che essi concorressero, da punti di vista diversi, a caratterizzare il volto storico dello Stato italiano. Sono prevalse altre ragioni, che sono ottime e dinanzi alle quali mi inchino... Questi tre pilastri, sui quali

⁶ Intervento di A. MORO in Assemblea Costituente, Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, 13 marzo 1947.

⁷ Alcuni fra i più autorevoli cronisti parlamentari dell'epoca giudicarono l'atteggiamento di Moro e Togliatti in Assemblea Costituente come una sorta di 'compromesso storico' *ante litteram*. Uno dei sostenitori di questa tesi fu I. MONTANELLI, *L'Italia della Repubblica*, Milano, 1976. Tuttavia, una tesi così suggestiva fu stroncata sul nascere dapprima con la rottura del sindacato unico (CGIL), poi con la nascita dei successivi quattro governi Moro di centrosinistra, con Nenni vicepresidente del Consiglio dei ministri.

mi pare che posi il nuovo Stato italiano sono: la democrazia, in senso politico, in senso sociale ed in senso che potremmo chiamare largamente umano»⁸.

Nell'analizzare le parole, le formule – tutt'altro che casuali – del giurista pugliese, si può scorgere il concetto di democrazia che lo anima durante il periodo dell'assemblea: la democrazia è tutt'altro che concetto astratto e da intendersi *lato sensu*: essa racchiude in sé degli aspetti ben delineati e non superabili da alcuna norma, da alcuna esigenza, da alcun avvenimento. La Costituzione pone le proprie basi, a suo dire, sul concetto di democrazia e sui rispettivi tre principi fondamentali: quello politico, quello sociale e quello umano. Il nuovo Stato rinviene la propria base solo ed esclusivamente su questo aspetto dirimente, quello democratico. Inoltre, ritengo sia doveroso sottolineare come la Costituzione, agli occhi di Moro, debba necessariamente essere in grado di esprimere un antidoto efficace al totalitarismo⁹.

A tal proposito, dal punto di vista costituzionale, Moro tiene a precisare che la «sovranità dello Stato è la sovranità dell'ordinamento giuridico, cioè la sovranità della legge. Non è il potere dello Stato un potere o un prepotere di fatto, è un potere che trova il suo fondamento e il suo limite nell'ambito dell'ordinamento giuridico formato appunto della Costituzione e delle leggi»¹⁰.

Un concetto di assoluta importanza se si vogliono comprendere le idee che hanno permesso la redazione, la realizzazione e il rispetto, poi, degli articoli della nostra Costituzione. Il potere statale, anche quello coercitivo, non trova altro fondamento che nella sua Costituzione e nelle sue leggi. Non vi è altra possibilità di scorgere altre norme, altre leggi che siano capaci di regolare, vincolare, obbligare l'individuo, trascendendo la Costituzione ed i limiti da essa posti. Tuttavia, l'intuizione politica di Moro si può scorgere nella seconda parte del suo discorso, lo stesso poc'anzi menzionato, allorché, giunta la discussione nel merito degli articoli 6 e 7 – che diverranno, come ribadito in precedenza, gli arti-

⁸ Intervento di A. MORO in Assemblea Costituente, Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, 13 marzo 1947.

⁹ In proposito, vi fu un interessantissimo dibattito – a cui rinvio – sia in sede di sottocommissione – la prima – che in assemblea, fra Moro e l'On. Lucifero in merito alla scelta di adottare soluzioni che potessero rendere la Costituzione una costituzione anti-fascista – come voleva Moro – o a-fascista, come invece, voleva il deputato liberale Roberto Lucifero d'Aprigliano, sempre nella stessa seduta, quella del 13 marzo del 1947, in sede di Assemblea.

¹⁰ *Ibidem.*

coli rispettivamente 2 e 3 della nostra Costituzione – relativi ai diritti fondamentali dell'individuo nella sua totalità e concernenti lo sviluppo della persona umana ed il dovere categorico della Repubblica di far sì che essa possa perseguire i propri obiettivi, Moro sostiene: «...A questo punto io credo si debba ricollegare l'altro che costituisce l'ultima parte dell'articolo 7: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli, di ordine economico e sociale, che limitano la libertà e l'eguaglianza degli individui ed impediscono il completo sviluppo della persona umana". Evidentemente siamo, in questa applicazione del principio dell'eguaglianza... Si tratta di realizzare in fatto, il più possibile, l'eguale dignità di tutti gli uomini. Il senso di questo articolo è precisamente questo. Non accontentiamoci di parole, di dichiarazioni astratte, facciamo in modo, attraverso la nostra legislazione sociale, che, il più possibile, siano in fatto eguali le condizioni e le possibilità di vita di tutti i cittadini... E ora permettetemi che io dica qualche cosa sull'articolo 6. L'articolo 6 era inizialmente l'articolo 1° del progetto della prima Sottocommissione. Vi abbiamo lavorato per molti giorni... In fondo in questa rivendicazione della dignità, della libertà dell'uomo, dell'autonomia della persona umana non vi poteva non essere concordanza... È un articolo che ha un duplice riferimento. A prescindere dall'ultima parte nella quale si parla dei doveri di solidarietà economica, politica e sociale, doveri che sono strettamente connessi con i punti ai quali ora ho accennato, l'articolo 6 ha due riferimenti: alla dignità, autonomia e libertà della persona umana, e ai diritti delle formazioni sociali ove si svolge la personalità umana... Uno Stato non è veramente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità... potrei richiamarmi senz'altro a tutto quello che ha detto qualche giorno fa l'onorevole La Pira nel suo elevatissimo discorso, nel quale ha svolto la concezione del pluralismo sociale e giuridico. Egli ha chiarito questa caratteristica considerazione della società, la quale non è unica, non è monopolizzata nello Stato, ma si svolge liberamente e variamente nelle forme più imprevedute, soprattutto in quelle fondamentali, che corrispondono più pienamente alle esigenze ineliminabili della personalità umana...»¹¹.

¹¹ Intervento di A. MORO, Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, 13 marzo 1947.

Ne consegue che la chiave di volta della nostra Costituzione è da individuare nei primi tre articoli. Per Moro, infatti, la Costituzione sarebbe stata efficiente e duratura nel tempo – come effettivamente si è rivelata – se essa avesse posto al centro della propria struttura non solo la dignità della persona umana, la solidarietà politica, sociale ed economica, ma anche se l'intero ordinamento giuridico – che al proprio vertice pone la Costituzione ed i suoi principi – fosse stato in grado di rimuovere gli 'ostacoli' che si sarebbero potuti frapporre fra la dignità della persona (accompagnata dai relativi ed ineliminabili diritti inviolabili) e qualunque formazione sociale ove essa avrebbe potuto svolgere la propria personalità, come perfettamente indicato negli articoli due e tre. Nell'ultima parte del suo discorso, Moro richiama il punto di vista di Giorgio La Pira in merito – passato tutt'altro che inosservato – a tale questione. A La Pira si deve il merito – come affermato da Moro medesimo – di aver posto un problema rilevante: la società non deve essere interpretata e vista in base alla forza accentratrice e monopolizzatrice dello Stato poiché esso non è l'unico ordinamento giuridico¹². Pertanto, alla Costituzione spetta un compito ben più arduo: quello di tutelare la dignità dell'individuo – inteso come singolo, come componente di una o più comunità e come lavoratore – non solo nella sua espansione – utilizzo qui un termine tipicamente lapiriano – all'interno dell'ambito prettamente statale, ma anche e soprattutto all'interno delle più diverse «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»¹³. Trovo questa affermazione di La Pira in perfetta sintonia con l'idea di una società,

¹² A tal proposito, si potrebbe obiettare che il pensiero di La Pira richiami – in più frangenti – quello istituzionalista di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, I ed., Pisa, 1918. Per ulteriori approfondimenti sul pensiero istituzionalista, rimando ad alcuni ed ulteriori autori, fra i quali brevemente richiamo R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 348 e ss.; ID., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 10 e ss.; ID., *'Diritto' incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 395 e ss.; M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, XXX, 1980, pp. 654 e ss.; ID., *Antiformalismo e studio del diritto. Appunti in memoria di Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini*, XVII, 1988, pp. 675 e ss.; ID., *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 2013, pp. 3-34; G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, pp. 90 ss.

¹³ In merito alla visione costituzionale di Giorgio La Pira, mi permetto di rinviare ad una sua opera all'interno della quale egli spiega più dettagliatamente la propria posizione assunta in Assemblea Costituente, riportando anche curiosi aneddoti degli esponenti principali di 'Cronache Sociali', G. LA PIRA, *Premesse della politica e architettura di uno stato democratico*, Firenze, 1970. L'edizione ristampata è a cura di M. GIOVANNONI, ristampata da Libreria editrice fiorentina nel 2004.

come quella italiana, basata sulle stratificazioni. Ora, dopo aver tentato di riportare alla luce una discussione così pregnante come quella relativa ai principi fondamentali della Costituzione, cerco di porre in evidenza alcuni ed ulteriori contributi apportati da Moro durante la sua esperienza alla Costituente.

Un altro dibattito tanto interessante quanto concitato si sollevava durante l'approvazione dell'articolo 33 della Costituzione – che all'epoca della discussione in prima Sottocommissione e successivamente in Assemblea Costituente era indicato come l'articolo 27 – concernente l'istruzione pubblica. Leggiamo all'attuale articolo 33 della Costituzione, nei primi tre commi, che «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato...». Per giungere a siffatta formulazione, suddetto articolo è stato al centro di numerose discussioni, spesso tramutatesi in polemiche, a causa delle diverse prese di posizione che i componenti della prima sottocommissione presero in merito, in particolar guisa, all'istituzione, ad opera di enti o privati, di scuole od istituti di educazione. Infatti, l'attuale articolo 33 della Costituzione non era tale prima dell'emendamento Corbino, il quale aggiunse la formula «senza oneri per lo Stato»¹⁴. Come ribadito, così non era in origine. Infatti, una delle prime proposte, a cura di Giovanni Dossetti, prevedeva che «enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione». Tuttavia, la proposta di Dossetti, sebbene suscitasse già alcune ritrosie all'interno della sottocommissione, veniva successivamente e definitivamente respinta dall'aula poiché considerata poco chiara e suscettibile di diverse quanto controverse interpretazioni¹⁵. L'articolo 33 della Costituzione, inoltre, ha visto Aldo Moro impegnato notevolmente all'interno della prima sottocommissione per un'adeguata redazione dell'articolo, la quale potesse avvicinare tutte le diverse posizioni di intendere la scuola pubblica e la scuola privata, nonostante le non poche divergenze in

¹⁴ In merito, Epicarmo Corbino, siciliano e futuro Ministro del Tesoro, deputato all'Assemblea Costituente per conto del Partito liberale italiano, criticò la formula iniziale, la quale, a suo dire, non chiariva la situazione che si sarebbe andata a creare in merito all'istituzione di scuole od enti privati rivolti a tale scopo. L'emendamento Corbino vide, alla fine, pressoché l'esclusiva opposizione democristiana e, pertanto, riscosse grande successo in sede di approvazione.

¹⁵ Intervento di E. CORBINO in Assemblea Costituente, Atti dell'Assemblea Costituente, 29 aprile 1947, Roma.

merito. Nella seduta del 22 aprile del 1947, al cospetto di tutta l'aula parlamentare presenziata dal Presidente Terracini, egli prova a ricucire la 'frattura' politica che si era creata a proposito dell'istituzione di scuole private¹⁶. Nella prima parte del suo monologo, Moro è costretto a motivare la proposta di tutta la Democrazia Cristiana, in merito all'istruzione pubblica e privata, ed a rispondere alle accuse scagliate nei confronti del partito ad opera del fronte delle sinistre e del fronte laico, composto – quest'ultimo – principalmente dal partito liberale e dal partito repubblicano. Insomma, a Moro spetta difendere la proposta di Dossetti e della DC contro tutto il resto dell'assemblea, la quale vede in siffatta proposta l'intento da parte del più grande partito cattolico di volersi servire di finanziamenti pubblici per l'istituzione di enti o scuole private cattoliche. A tal proposito, dure si rivelano le critiche rivolte in particolare guisa dal partito socialista e dal suo storico leader, Pietro Nenni, il quale accusa la DC di «umiliare lo Stato» e di mantenere un atteggiamento «tipicamente anti-statalista», reo di voler tutelare gli interessi degli amici d'oltre Tevere piuttosto che quelli dello Stato italiano. Moro ribatte ricordando a tutto il plenum l'obiettivo da perseguire, che non è quello di dividere, bensì di unire, soprattutto nelle questioni più sensibili per il popolo italiano, attanagliato, all'epoca, dalle rovine della guerra. «La scuola è aperta al popolo», così affermerà in seguito. Nel prosieguo del proprio discorso, Moro pare che sia ben consapevole dell'impossibilità di far prevalere la soluzione democristiana: tuttavia, egli non rinuncia a mostrare come le idee che muovono tutto il gruppo dirigente democristiano – soprattutto quelli della propria corrente – a perseguire tale strada. L'idea politica morotea è che le scuole private cattoliche non siano viste come nemiche da quelle pubbliche e altresì, che agli studenti delle prime non sia precluso ogni tipo di sussidio da parte dello Stato. Dalle parole del giurista credo si possa scorgere questa preoccupazione: il tener sì separate decisamente le istituzioni scolastiche pubbliche da quelle cattoliche, ma senza tuttavia discriminare gli studenti meritevoli, i quali, a suo dire, avrebbero dovuto avere tutto il diritto di accedere alle più alte cariche dell'istruzione anche statale, indipendentemente dalla loro provenienza. Pertanto, ritengo sia doveroso sottolineare l'intento di Moro: quello di voler salvaguardare il diritto allo studio nella sua

¹⁶ Intervento di A. Moro, in Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, 22 aprile 1947.

totalità, tentando di mediare fra le soluzioni giudicate estremiste dalle sinistre e dal fronte laico e quelle cattoliche.

Ritengo, infine, che l'idea di scuola di Moro vada letta ed interpretata in un'ottica unitaria, volta a dare la possibilità a chiunque – dunque non soltanto agli studenti provenienti da scuole statali – sia davvero meritevole di ottenere una piena assistenza sociale ed economica, in chiaro ed inequivocabile ossequio al principio di uguaglianza di cui all'articolo tre della Costituzione¹⁷.

Un altro significativo e determinante contributo da parte di Aldo Moro all'elaborazione della Carta costituzionale è rappresentato dall'articolo 52, secondo cui: «La difesa della patria è sacro dovere del cittadino. Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici. L'ordinamento delle forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica». Il testo dell'articolo e la sua relativa composizione viene definito il 15 aprile 1947, nella prima sottocommissione. Il contributo di Moro risalta immediatamente nella composizione del primo comma dell'articolo: egli tiene a precisare, alla presenza del Presidente Corsanego, che la formula «Il servizio militare è obbligatorio per tutti. La difesa della Patria è uno dei più alti doveri» non risulti del tutto conforme a quanto prescritto dall'articolo 11 della Costituzione stessa, alludendo all'esclusiva previsione da parte del nostro ordinamento di una 'guerra difensiva'. Alla luce di quanto asserito, Moro chiede alla commissione di impegnarsi affinché si possa evincere dall'articolo che la difesa della Patria si riferisca direttamente in capo al singolo cittadino, in guisa tale da risultare conforme a quanto previsto dall'articolo 11¹⁸. La richiesta di Moro riscontra quasi consenso unanime all'interno della commissione, in primis dal suo mentore, Giovanni Dossetti, il quale tiene a precisare che l'unico conflitto ammesso dall'ordinamento costituzionale italiano sia esclusivamente la guerra difensiva, intesa come *extrema ratio*. Tuttavia, il contributo significativo ad opera del giurista in merito alle prescrizioni dell'articolo 52 è legato al terzo comma dello stesso. A tal proposito, egli ritiene opportuno che la Costituzione contenga una disposizione *ad hoc* concernente l'ordinamento delle Forze Armate. Il quale si sarebbe

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ In proposito, è possibile consultare il resoconto stenografico della seduta del 15 aprile 1947 in *nascitacostituzione.it*.

dovuto conformare allo «spirito democratico della Repubblica», onde evitare atteggiamenti repressivi ad opera delle alte gerarchie militare nei confronti dei componenti di rango più basso dell'esercito, ai quali deve – invero – essere garantito il rispetto della dignità umana, ai sensi dell'articolo due. La proposta di Moro provoca una discussione alquanto concitata, poiché riscuote non solo molte adesioni, ma, al contempo, registra anche alcuni dissensi. Interessante è quanto sostenuto da Antonio Giolitti, membro del partito comunista italiano, in sede di approvazione assembleare, il 20 maggio del 1947, in merito alla nota aggiuntiva proposta da Moro, egli evidenzia la necessità di sancire, mediante una disposizione costituzionale, l'atteggiamento al quale si sarebbe dovuto conformare l'ordinamento delle Forze Armate¹⁹. Questo, nelle riflessioni del deputato comunista, deve rigorosamente conformarsi allo spirito democratico della Costituzione e della Repubblica; è chiaro il significato del suo intervento, il quale è volto ad ammonire i costituenti dissenzienti, ricordando loro quanto il fascismo avesse influenzato l'esercito e le sue gerarchie militari. L'avallo di Giolitti, alla soluzione posta da Moro, è il sintomo di quanto l'esigenza di sottolineare ripetutamente lo «spirito democratico della Repubblica» sia un caposaldo e una costante propria della maggior parte dei costituenti, quantunque sovente si manifestasse in forme e visioni politiche differenti. Tuttavia, come riportato poc'anzi, la proposta di Moro riscontra anche una dura opposizione, come ad esempio osservano gli onorevoli Rodi e Calosso. In particolare, essi obiettano che la proposta del giurista pugliese consenta ai partiti ed alla politica di contaminare l'ambito di competenza che dovrebbe essere di esclusiva appartenenza dell'esercito. A siffatte osservazioni, il relatore della commissione, Umberto Merlin, risponde, confermando in maniera convinta quanto già sostenuto, all'origine della discussione, da Moro: la Costituzione ha il dovere morale di tutelare i diritti inviolabili della persona umana anche all'interno delle Forze Armate. Ciò rende, anche da questo punto di vista, la Costituzione un *unicum*, capace financo di invadere, in guisa determinante, anche gli ambiti più autonomi dell'ordinamento, anche un ordinamento difficile, a tratti dispotico e controverso come quello delle Forze Armate²⁰.

¹⁹ Intervento di A. GIOLITTI, in Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, 21 maggio 1947.

²⁰ Intervento di U. MERLIN, in Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, 21 maggio 1947.

4. *Conclusione*

Orbene, mi pare sia doveroso sottolineare, concludendo, un aspetto peculiare di Aldo Moro costituente: la capacità di saper ascoltare con attenzione e massimo rigore l'altrui pensiero. Questo atteggiamento, a mio parere, ha reso Moro un giurista e politico diverso – senza voler qui giudicarlo come migliore – da tutti gli altri. Ricordo con grande interesse quanto riferitomi in un lungo colloquio – da Ciriaco De Mita, alludendo al *modus agendi* politico di Moro, a proposito dell'elezione a Presidente della Repubblica di Giuseppe Saragat: «...fu Moro in persona ad organizzare e ad eleggere Saragat, con grande e fine abilità politica. Fu egli a trovare la sintesi e a mediare fra i diversi gruppi parlamentari. Moro è stato il gestore politico più raffinato che io abbia mai conosciuto, per me è stata una grande lezione quella ed egli un grande esempio per me»²¹. Credo sia altresì possibile affermare che la raffinatezza dell'agire politico di Moro si evinca già fin dai tempi dell'Assemblea Costituente, prima ancora sia dell'apertura al Partito Socialista (con la formazione dei suoi quattro governi) che all'avvento del c.d. 'compromesso storico' con il Partito Comunista di Berlinguer. È chiaro che i processi storici che si sono susseguiti non erano immaginati dal giurista pugliese sin dai tempi della Costituente, ma di certo, il compromesso racchiudeva, secondo i pareri di molti osservatori dell'epoca – ma anche di molti storici contemporanei – una capacità di mediazione, di sintesi e di sensibilità politica ancora sconosciuta a tutti gli altri esponenti politici nazionali ed internazionali. Sarebbe stato tanto curioso quanto interessante vederlo all'opera anche in età più avanzata, alla luce di tutta la sua longeva carriera politica e giuridica.

²¹ Vedi anche L.C. DE MITA, *La storia d'Italia non è finita*, Napoli, 2012, pp. 51 ss.

FRANCESCO SCOLARO - MARIA LUISA ZANNINI QUIRINI*

GLI ASPETTI ETICIZZANTI
DELLA CLAUSOLA DI BUONA FEDE
NELLA RELAZIONE AL CODICE CIVILE DEL 1942

The following paper aims to analyse the good faith principle regarding the Italian Civil Code of 1942, through a study of the historical and juridical background and the development of the interpretation of the good faith principle after the Italian Constitution of 1948. The paper deals with the ethical aspects of the good faith principle, highlighting the political and the juridical context which promoted the ethical influence of the law. The end of feudalism and its customs, which had been protecting the popular classes, led to the liberal state. The Industrial Revolution created huge conflicts between the bourgeois class and the working class. So, a large part of jurists promoted, in contrast to the neutrality of the liberal state, the idea that the civil law had to protect the social rights with a new approach, characterized by a 'contamination' between private and public law. The economic crisis that took place after the First World War deepened the social issues of the working class and thus provoked the so called Biennio Rosso (1919-1920), which consisted in two years of protests which undermined the stability of the liberal state. Landlords and industrialists found in Benito Mussolini the only leader who was able to defend their interests against the risk of a socialist revolution. After the fascist revolution of 1922 Mussolini promoted a new codification, in order to overcome the Liberal State principles and in order to set a compromise between the working class and the bourgeoisie, with the aim to create a holistic community. In 1927 Mussolini deeply reformed labour law with the Carta del lavoro, the manifesto which claimed the principles of the corporativism and which would have become the preface of the Civil Code of 1942 because of its relevant value. It will be repealed after the fall of

* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Brutti.

the fascist regime. In this way was clearly affirmed the ethical nature of the State and thus the good faith principle was interpreted as a general clause which meant the collaboration of the parts in the perspective of the supreme national interests. The Constitution of 1948 proclaimed the principle of solidarity and through it the good faith principle has been reinterpreted as the safety valve which could guarantee the equality in the civil law, beyond the formal wills of the parts. Even if it cannot be reduced, as in the Liberal State, to the concept of fairness, the ethical feature of the good faith principle has been overcome.

SOMMARIO: 1. Le premesse storico-giuridiche. – 2. Il principio della buona fede nello ‘Stato Etico’ fascista. – 3. La rivisitazione del principio di buona fede dopo l’avvento della Costituzione del 1948.

1. *Le premesse storico-giuridiche*

Nella Relazione al Codice Civile del 1942 la clausola generale della buona fede è intesa come compromesso tra gli interessi della borghesia e quelli della classe lavoratrice, nell’ottica del superiore interesse della Nazione. La buona fede fascista, dunque, è un concetto metagiuridico che è da intendersi come atteggiamento di mutua lealtà tra cittadini, in quanto compartecipi della stessa Nazione, della stessa Comunità. Tale impostazione è il risultato di un percorso storico-giuridico che affonda le sue radici nell’Ottocento. Il tramonto della società feudale e l’affermarsi dello stato borghese provocarono la perdita delle consuetudinarie tutele dei ceti popolari. Così: «i problemi sociali aperti dall’industrializzazione, le condizioni di miseria e di ignoranza nelle quali continuavano a vivere larghi strati della popolazione sollecitarono alcuni giuristi a mettere in risalto, insieme con le lacune del codice, le carenze dell’indirizzo legislativo liberale che lasciava ampi spazi alla sfera libera della società... Essi chiedevano, allora, l’intervento normativo dello Stato, al fine di disciplinare momenti della vita sociale... con una legislazione diretta a tutelare i più deboli. Con particolare efficacia questi temi vennero approfonditi da una corrente di giuristi che prese il nome di *socialismo giuridico*»¹.

In contrasto con l’indirizzo dogmatico allora dominante, che prevedeva la netta separazione tra società civile e principi giuridici

¹ M. CARVALE, *Storia del diritto nell’Europa moderna e contemporanea*, Editori Laterza, 2012, p. 393 s.

puri, si afferma gradualmente e con sempre maggior vigore la convinzione che il diritto dovesse promuovere strumenti volti a garantire l'uguaglianza sostanziale dei consociati, infatti «La vera novità stava nel “desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in tutte le sfere molteplici della vita”»². Tra gli altri, fu Giuseppe Vadalà Papale (1854-1921) a formulare l'ipotesi di un codice privato-sociale che raccogliesse in una rinnovata sistematica il diritto privato. «La scienza giuridica trovava così un posto di rilievo nell'indicare al legislatore i limiti del suo intervento moderatore, e invocava l'intervento di una forza amica di entrambe le parti, che fosse capace di equilibrare le forze contraenti e fungere da garante alla tutela dell'interesse generale. Questa forza non poteva che essere lo Stato, in quanto “organo supremo dell'unità nazionale” cui spettava l'alto ufficio di “moderatore e pacificatore fra le classi sociali contendenti”. L'intervento dello Stato doveva essere diretto a soccorrere l'individuo al raggiungimento degli scopi comuni... I giuristi presero atto di un fermento già operante che si esprimeva attraverso numerosi interventi legislativi volti ad affiancare e talvolta a modificare gli istituti giuridici di diritto comune. L'ambizione era quella di restituire centralità alla scienza giuridica e capacità ordinante al diritto, tuttavia non si andava oltre l'auspicio di un nuovo, più o meno futuro, codice privato-sociale che sistemasse i mille rivoli legislativi nei quali si sostanzialmente il timido intervento dello Stato. Un “diritto latente” che si era formato in risposta ai bisogni economici e sociali e che andava rinnovando ora “una disposizione, ora un istituto, e successivamente”, si credeva, “tutto il Codice civile, rendendolo un *Codice privato-sociale*”»³.

Lodovico Barassi (accademico che nel periodo fascista collegherà la dimensione civilistica a quella corporativa nella 'ricostruzione' del diritto del lavoro), pur non aderendo al socialismo giuridico⁴, apporta un notevole contributo alla dottrina giuslavoristica

² E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, 1907, p. 3.

³ M. STRONATI, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, 2012.

⁴ «Barassi, invece, si pone in piena continuità con la scienza giuridica tradizionale... Perno del sistema giuridico del diritto privato è il soggetto astratto, libero ed uguale; libero ed eguale perché astratto dalle connessioni sociali... Per mantenere questa astrazione, ovviamente non può accettare – e non accetta – contaminazioni tra il diritto civile e le altre scienze sociali». Estratto da *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, a cura di M. NAPOLI, Vita e Pensiero, 2002, p. 148.

italiana nel leggere il rapporto di lavoro non più in chiave meramente individualistica, bensì come contratto connotato da aspetti pubblicistici oltre che privatistici⁵. Così il Nostro si poneva contro la visione di Vadalà Papale: «lo Stato intervenga pure per la difesa del lato sociale ma non si turni per ora la parte fondamentale che è propria del diritto privato, e in cui male si accetterebbe il disconoscimento della volontà individuale come fonte di rapporti di diritto privato»⁶.

Queste contrapposte visioni giuridiche e politiche, in merito all'affermarsi delle nuove problematiche sociali sviluppatasi nell'Ottocento e aggravatesi nei primi anni del Novecento, si sarebbero acuite al termine della Grande Guerra.

La gravissima crisi economica che afflisse l'Italia al termine della Prima guerra mondiale provocò disoccupazione, un forte indebitamento pubblico, inflazione e problemi connessi alla riconversione industriale. Proletariato e piccola borghesia soffrirono maggiormente gli effetti della crisi. Le elezioni politiche del 1919, svoltesi sotto la nuova legge elettorale proporzionale dello stesso anno, premiarono i partiti di massa: il Partito Popolare Italiano (nato nello stesso anno) e il Partito Socialista Italiano, che risultarono come forze vincitrici a discapito delle liste liberali e liberal-democratiche che fino ad allora avevano dominato la scena politica italiana. Le elezioni del 1919 rappresentano dunque uno snodo essenziale per comprendere con quale forza le classi popolari rivendicarono la loro volontà di partecipare alla cosa pubblica, al fine di riconquistare quei diritti che parvero loro negati dalla crisi economica e dalla cronica debolezza dei governi di allora.

I mesi antecedenti alle elezioni furono un susseguirsi di scioperi, tumulti e occupazioni, sia nelle aree rurali che nelle aree operaie del Paese. Siamo agli inizi di quello che la storiografia definirà Biennio Rosso (1919-1920). Nel 1919, a distanza di pochi mesi, Antonio Gramsci scrive su 'L'Ordine Nuovo' due articoli sulla diffu-

⁵ «Offrì la nuova formulazione teorica del contratto di lavoro, caratterizzandolo per la contemporanea presenza di elementi privatistici e pubblicistici: in virtù del rapporto di dipendenza del lavoratore dal datore di lavoro, il primo era tenuto a rispettare l'autorità del secondo, ma quest'ultimo era obbligato ad accettare la normativa disposta dallo Stato in tema di lavoro. Il contratto di lavoro perdeva, così, la natura di accordo meramente privato... per presentarsi come contratto speciale nel quale interveniva anche l'interesse dello Stato alla tutela dei cittadini e alla mediazione tra condizioni economiche soggettive ineguali». M. CARVALE, *op. cit.*, p. 395.

⁶ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, 2^a ed., Introduzione, pp. XXXV ss.

sione del modello torinese del comitato interno di fabbrica, avvertendo come prossima la rivoluzione proletaria e la conseguente affermazione dello Stato socialista su modello sovietico⁷.

Mentre la politica giolittiana, che auspicava un deterioramento naturale della causa rivoluzionaria, risultò neutrale nei confronti delle rimostranze popolari⁸, Benito Mussolini riuscì a soddisfare le richieste della borghesia industriale e dei latifondisti volte a reprimere con l'uso della forza il clima rivoluzionario. Il 23 marzo 1919 Mussolini fonda i 'Fasci italiani di combattimento' a Milano, il giorno seguente viene pubblicato sul quotidiano da lui fondato, 'Il Popolo d'Italia', il programma di San Sepolcro, manifesto politico del fascismo primigenio, che, in netta antitesi al pensiero marxista, mirava a ristabilire un compromesso tra gli interessi della borghesia e quelli del proletariato, nell'ottica del superiore interesse della Nazione⁹.

⁷ «Un problema si impone oggi assillante a ogni socialista che senta vivo il senso della responsabilità storica che incombe sulla classe lavoratrice e sul Partito che della missione di questa classe rappresenta la consapevolezza critica e operante. Come dominare le immense forze sociali che la guerra ha scatenato? Come disciplinarle e dar loro una forma politica che contenga in sé la virtù di svilupparsi normalmente, di integrarsi continuamente, fino a diventare l'ossatura dello Stato socialista nel quale si incernerà la dittatura del proletariato? Come saldare il presente all'avvenire, soddisfacendo le urgenti necessità del presente e utilmente lavorando per creare e "anticipare" l'avvenire?». A. GRAMSCI, estratto dell'articolo *Democrazia Operaia*, in *L'Ordine Nuovo*, 21 giugno 1919.

⁸ «Ho voluto che gli operai facessero da sé la loro esperienza, perché comprendessero che è un puro sogno voler far funzionare le officine senza l'apporto di capitali, senza tecnici e senza crediti bancari. Faranno la prova, vedranno che è un sogno, e ciò li guarirà da pericolose illusioni». Citazione di G. GIOLITTI in E. BIAGI, *Storia del Fascismo*, Firenze, Sadea-Della Volpe Editori, 1964, p. 108.

⁹ «Noi dichiariamo guerra al socialismo, non perché socialista, ma perché è stato contrario alla nazione ... Siamo noi, che facendo il processo alla vita politica di questi ultimi anni, dobbiamo inchiodare alla sua responsabilità il Partito Socialista Ufficiale. È fatale che le maggioranze siano statiche, mentre le minoranze sono dinamiche. Noi vogliamo essere una minoranza attiva, vogliamo scindere il Partito Socialista Ufficiale dal proletariato, ma se la borghesia crede di trovare in noi dei parafulmini, s'inganna. Noi dobbiamo andare incontro al lavoro. Già al tempo dell'armistizio io scrissi che bisognava andare incontro al lavoro per chi ritornava dalle trincee, perché sarebbe odioso e bolscevico negare il riconoscimento dei diritti di chi ha fatto la guerra. Bisogna perciò accettare i postulati delle classi lavoratrici: vogliono le otto ore? Domani i minatori e gli operai che lavorano di notte imporranno le sei ore? Le pensioni per l'invalidità e la vecchiaia? Il controllo sulle industrie? Noi appoggeremo queste richieste, anche perché vogliamo abituare le classi operaie alla capacità direttiva delle aziende, anche per convincere gli operai che non è facile mandare avanti un'industria e un commercio. Questi sono i nostri postulati, nostri per le ragioni che ho detto innanzi e perché nella storia ci sono cicli fatali per cui tutto si rinnova, tutto si trasforma. Se la dottrina sindacalista ritiene che dalle

2. *Il principio della buona fede nello 'Stato Etico' fascista*

Con la Marcia su Roma dell'ottobre del 1922 iniziò il processo di fascistizzazione della società e delle istituzioni, che passò anche attraverso riforme codicistiche eversive rispetto all'impianto giuridico liberale antecedente al regime. La visione organicistica dello Stato è già presente nella 'Carta del Lavoro' del 1927, documento programmatico composto da trenta punti¹⁰. Essa acquisì valore giuridico nel 1941, quando fu inserita tra i principi generali dell'ordinamento giuridico, non con valore precettivo, bensì interpretativo delle leggi vigenti¹¹. Nel 1942, infine, la Carta del Lavoro venne inserita come premessa e prefazione del Codice Civile e solo con la caduta del Regime la Carta perse ogni valore giuridico. La filosofia della Carta è racchiusa nel punto I della stessa, che recita: «la Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori, per potenza e durata, a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista». «Unione morale, politica ed economica» da intendersi, dunque, come superamento degli interessi particolari, in vista di un bene supremo collettivo da raggiungere tramite la solidarietà corporativa meglio esplicitata nel punto IV: «nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione concreta la solidarietà fra i vari fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori e la loro subordinazione agli interessi superiori della produzione». Comprendiamo così come il fascismo elabori una intima connessione tra morale e diritto, nell'ot-

masse si possano trarre gli uomini direttivi necessari e capaci di assumere la direzione del lavoro, noi non potremo metterci di traverso, specie se questo movimento tenga conto di due realtà: la realtà della produzione e quella della nazione». B. MUS-SOLINI, estratto del *Programma di San Sansepolcro, il Popolo d'Italia*, 24 marzo 1919.

¹⁰ «Conclusa la guerra di Etiopia, che ebbe una profonda risonanza nella coscienza della Nazione, e superata la profonda crisi economica dei primi anni Trenta, nell'immaginario collettivo del fascismo rivoluzionario il lavoro diventò il nuovo mito di riferimento e la Carta del Lavoro del 1927 divenne un punto di riferimento del messaggio sociale fascista». I.M.C. MOSILLO, *Il fondo dell'Istituto nazionale di cultura fascista (INCF)*, Le Edizioni, Milano, 2013, p. 103.

¹¹ «Alla fine del 1940, il Ministro Grandi presentò al Consiglio dei ministri il disegno di legge sul valore giuridico della Carta del lavoro, la quale fu... dichiarata "atto fondamentale del Regime", dovendo costituire lo "Statuto fondamentale della Rivoluzione fascista e corporativa" ed individuare i principi etici, sociali ed economici regolanti il campo della produzione e del lavoro». Estratto de *I lavori preparatori dei codici italiani*, Ministero della Giustizia, Biblioteca Centrale Giuridica, 2013, p. 8.

tica di una visione etica dello Stato; le parole di Gentile sulla Carta del Lavoro del 1927 sono illuminanti in merito: «nessun documento ufficiale ha mai affermato così chiaramente questa natura etica dello Stato in generale ed in specie nell'attività economica, come la Carta del Lavoro nelle sue premesse fondamentali e in tutto lo spirito che le governa. La Nazione è una unità morale, politica ed economica. Noi crediamo di poter liberamente commentare aggiungendo: Unità politica ed economica, in quanto Unità morale. Così si integra e si illumina il concetto dello Stato...: così pure si integra e si illumina la figura del cittadino... che non è più entità statica e uniforme..., ma agisce... e nel lavoro trova la sua concreta funzione e il suo posto nella vita, l'uomo è cittadino: al cospetto di quello stesso valore morale in cui consiste la sua unità»¹².

A partire dal settembre 1939 fu avviata una serie di progetti ministeriali su iniziativa del Guardasigilli Grandi, che nominò un Comitato legislativo per la riforma dei codici. A tale opera di revisione partecipò anche Emilio Betti, illustre civilista che nel 1930 aveva criticato nettamente l'ipotesi di un codice unico italo-francese (in quanto «porterebbe a perpetuare nel campo delle norme legislative una nostra dipendenza dalla tradizione francese, dopo che nel campo della scienza giuridica ce ne siamo emancipati del tutto»)¹³.

Egli partecipò all'elaborazione del IV libro del Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti, ritenendo, come affermerà nell'opera «Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale», che gli elementi fondamentali del nuovo codice fossero: l'antidividualismo, la buona fede e l'equilibrio tra prestazioni sinallagmatiche.

In merito al principio di buona fede, Betti afferma: «La buona fede invero è uno stile morale della persona, che la rende memore della parola data e fedele agli impegni assunti... Tale spirito di lealtà e di rispetto reciproco fra contraenti, nasce, e deve nascere, dall'odierno clima politico dal fatto di sentirsi reciprocamente membri, con pari dignità morale, di una grande comunione, che trova la sua attuazione saliente nell'ordine corporativo»¹⁴.

¹² Così G. GENTILE, nella rivista mensile *Educazione fascista*.

¹³ Lettera di E. BETTI a B. MUSSOLINI, 29 dicembre 1930, in M. BRUTTI *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 138.

¹⁴ E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *Reale Istituto lombardo di Scienze e lettere. Rendiconti. Lettere*, 334, 1940-41, in M. BRUTTI, *op. cit.*, p. 175.

Relativamente alla continuità tra tradizione giuridica e rivoluzione fascista, Grandi sottolinea, nella Relazione, le ragioni che hanno spinto il legislatore alla conservazione di alcune clausole generali di cui lo stato fascista continua a servirsi¹⁵.

Dunque, il fascismo si serve della clausola di buona fede e di clausole a essa riflesse, al fine di imporre una collaborazione tra cittadini, intesi come parti di una medesima totalità, che non è puramente giuridica, ma anche etica, quindi spirituale, infatti: «lo Stato crea la Nazione perché esso è volontà nella sua concreta attualità che – come un nuovo Leviatano “spirituale” – riassume in sé l’individuo, la famiglia, la società. Lo stato è presente come “legge interna” all’individuo e nella *vox populi* trova la sintesi *a priori* della dialettica tra individuale e universale»¹⁶. Il fascismo, tramite una radicale riforma dell’istruzione, vuole plasmare la società secondo direttrici proprie ma non inedite, in quanto esse si richiamano alla romanità. Il *vir bonus*, l’uomo ideale istruito, diligente e in grado di difendere la Patria è il fine dell’istruzione gentiliana¹⁷. Questa fusione tra diritto, società e morale si riallaccia evidentemente alla visione romana del *Ius*¹⁸.

¹⁵ «Soprattutto pervade il mio progetto uno spirito nuovo di cui integralmente vive: è lo spirito della nostra Rivoluzione che, per manifestarsi, non ha sempre bisogno di respingere le formule del passato. La tradizione non è travolta dal dogma fascista quando ha in sé dati di elasticità sufficienti per un’adeguazione agli influssi e alle espressioni del secolo di Mussolini: da ciò il mantenimento di alcuni cardini del codice che muore (causa, ordine pubblico, diligenza del buon padre di famiglia), i quali hanno potuto tuttavia plasmarsi con una sostanza completamente mutata». D. GRANDI, *Codice civile, libro delle obbligazioni: relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale*, 1940, punto 9-bis.

¹⁶ C. ALTINI, *Individuo, Stato e società in Gentile*, in *Croce e Gentile, Enc. giur. Treccani*, 2016.

¹⁷ «La figura del *bonus pater familias* non merita, poi, di scomparire dal sistema del codice civile, perché essa ha una tradizione bimillenaria, ed è una tipica creazione dello spirito etico-giuridico romano che, per quanto sommersa dai principi portati con le invasioni barbariche, si è manifestata piena di vitalità da ritornare a dominare la vita giuridica con la resurrezione del romanesimo... Si è detto che la formula del *bonus pater familias* conduce l’interprete a considerare le condizioni di ambiente in cui opera il singolo, e descrivere il tipo di uomo di una determinata società in un determinato momento storico. È quindi, in condizione di servire l’idea etico-sociale del Fascismo e di rappresentare la sintesi della civiltà fascista, sulle cui basi deve modellarsi la figura dell’uomo medio...», *Relazione al Codice Civile*, Capo V, «Degli effetti dei contratti», punto 62.

¹⁸ «L’immagine che dà Celso del *ius*, qualificandolo come *ars boni et aequi*, è frutto di una stretta compenetrazione tra diritto, società e morale, nella quale il momento del contenuto del diritto esprime idee di valore che assumono in un certo momento storico il senso condiviso (da tutta la società o da una parte elitaria di essa, ma nella quale tutti i consociati si riconoscono) di una struttura dinamica tesa

Dunque: «lo stato nuovo, ideato da Mussolini fin dal tempo della fondazione dei Fasci di combattimento, prendeva ormai la sua struttura organica, come Stato etico, totalitario, nettamente indirizzato ad elevare il popolo e a creare il benessere la potenza della Nazione. Mentre lo Stato liberale, soggetto al giuoco dei partiti politici e custode di un ordine meramente formale, non era che una costruzione giuridica quasi senza poteri direttivi sugli individui e sulle collettività, lo Stato fascista... assumeva intero il suo compito direttivo di tutte le forze economiche, sociali e politiche, giuridicamente disciplinate nei sindacati, negli enti pubblici, nel Partito unico, e si apprestava a dare alla nazione italiana, lungamente trascurata, tutta quella potenza e tutto quel prestigio che dovevano rapidamente condurla all'altezza ormai universalmente riconosciuta di grande Potenza e all'Impero. Questa profonda trasformazione della vita sociale e politica italiana doveva portare i suoi riflessi anche nella codificazione. Quando nel 1934... si poneva mano decisamente alla formulazione di nuovi testi legislativi, la nuova idea della missione etico-sociale dello Stato e il nuovo sistema del diritto pubblico fascista e corporativo della nazione erano ormai compiutamente delineati nella dottrina e nelle leggi, onde anche il Codice Civile, che ad essi doveva adeguarsi, poteva assumere integro il suo nuovo aspetto»¹⁹. In merito alla buona fede contrattuale la Relazione del 1940 sia nell'art. 73 sia nell'art. 240 fa riferimento al principio che verrà poi stabilito nell'art. 1124 c.c., in materia di esecuzione contrattuale. Al punto 73 la buona fede viene in rilievo quale principio regolatore nei rapporti tra creditore apparente – debitore – creditore effettivo²⁰. Così nel caso in cui il

ad uno scopo... La contestualizzazione dei valori espressi in una società è necessaria ogniqualvolta ci si trovi ad operare con categorie a contenuto variabile... le quali, da un punto di vista storico, necessitano di un adeguato riscontro concreto nella società e nel quadro di valori che essa ritiene di esprimere... In questo quadro problematico, rientrano anche i modelli del *vir bonus* e della *bona fides*, categorie la cui precisazione contenutistica non può sottrarsi ad una verifica storica concreta non solo del loro ruolo e delle conseguenze che ad esse si riconnettono nell'ambito del giuridico, ma anche della carica sociale ed etica con esse evocata sul piano degli istituti giuridici nei quali esse assumono importanza». R. CARDILLI, «*Vir bonus*» e «*bona fides*», in *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica* (pp. 179-207), Bari, Edizioni La Matrice, 2013.

¹⁹ A. SOLMI, *L'idea fascista nel Codice Civile*, 1940, p. 20-21 s.

²⁰ «Nel codice, e nel progetto del 1936, si considerava valido il pagamento fatto al creditore apparente solo se vi fosse stata buona fede del debitore; ma è sembrato necessario equiparare alla mala fede la colpa del debitore perché, se questi, usando la diligenza normale avrebbe potuto conoscere l'appartenenza ad altri della effettiva titolarità del credito, è giusto che ne risulti un obbligo di riparare la con-

debitore adempia, senza sua colpa, nei confronti del titolare non effettivo del credito, il pagamento rimarrà valido e non sarà necessario un ulteriore adempimento a favore del creditore effettivo. In termini più generali al punto 240 si richiama il principio di buona fede che deve dominare l'esecuzione del contratto, non per una inutile ripetizione, ma per affermare che in buona fede deve essere anche esercitato il diritto. A queste prime elaborazioni segue quella contenuta nella relazione del 1942, la quale esprime in modo esplicito ed emblematico le scelte ideologiche, politiche e giuridiche che hanno portato ad attribuire una rilevanza centrale a tale clausola generale.

Il punto 558 della Relazione al c.c. del 1942 si pone come sintesi di quanto detto sopra: «il codice civile, pur considerando preminente la posizione del creditore, ha ritenuto, nell'art. 1175, di imporgli un dovere di correttezza, e di parificarne la situazione, da tal riflesso, a quella fatta al debitore: il debitore per il medesimo art. 1175, è infatti tenuto a un identico contegno. La correttezza è uno stile morale della persona che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e coerenza, fedeltà rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati. Ma la correttezza che impone l'art. 1175 citato non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa a cui il codice, nell'articolo richiamato, espressamente rinvia. Questo dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione ne risulta vietato (art. 833), ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto dell'esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali. Il conflitto tra contrastanti interessi individuali rimane risolto sul terreno di un preciso adeguamento reciproco, dominato e chiarito dalla calda luce della dot-

seguenza della negligenza in cui incorse, mercé un nuovo adempimento verso il creditore effettivo. In questo caso la buona fede o la mancanza di colpa è costitutiva del diritto del debitore a vedere affermata la sua affermazione; perciò egli dovrà dimostrare di essersi comportato diligentemente...». D. GRANDI, *Codice civile, libro delle obbligazioni: relazione al Guardasigilli al progetto ministeriale*, 1940.

trina fascista, che lega gli interessi di tutti in unione indissolubile. Si suole parlare di solidarietà degli interessi della produzione o di solidarietà tra i fattori della produzione; ma la solidarietà tra singoli interessi individuali è un'ulteriore conseguenza della concezione unitaria della Nazione, consacrata nella dichiarazione I della Carta del lavoro. L'interesse privato, in una legge di coordinamento e collaborazione, quale è quella che si trae dal principio corporativo, deve animarsi delle ragioni della generalità, per conciliarsi con l'interesse di altri soggetti. Da ciò l'assunzione, nel rapporto obbligatorio, di un contenuto di solidarietà, che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, nelle sue esigenze essenziali, in confronto ad altro fattore concorrente. Trasferito tale concetto di solidarietà nel rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore... [e viceversa]. Quale sia in concreto il contenuto del dovere di correttezza il nuovo codice non dice, avendo preferito una forma elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto; e così quando incide, ad esempio, nell'orbita di rapporti professionali è ovvio che la sua nozione si precisa alla stregua degli usi relativi all'attività alla quale si deve avere riguardo all'ipotesi specifica (art. 2598 n. 3)».

3. *La rivisitazione del principio di buona fede dopo l'avvento della Costituzione del 1948*

Con l'avvento della Costituzione del 1948 viene rivisitata nuovamente la clausola della buona fede. Le norme del Codice Civile del 1942 acquistano così nuovo significato alla luce dei principi espressi nella Carta. Vengono espunti e modificati gli articoli ormai anacronistici del regime fascista e, al contempo, vengono reinterpretate le clausole generali, quali 'valvole' che garantiscono una applicazione evolutiva delle norme codicistiche²¹. Citando Brutti:

²¹ «Nonostante la considerazione negativa riservata in tale epoca alle clausole generali, merito dei giuristi del diciottesimo e del diciannovesimo secolo è stato, comunque, quello di avere inserito nelle codificazioni dell'epoca il richiamo alle regole della correttezza e della buona fede. La presenza di tali regole nei codici, infatti, seppure ignorate nel corso del settecento e dell'ottocento, ha consentito ai giuristi del novecento di rivitalizzare le regole dell'agire alla luce delle nuove istanze sociali. Nel ventesimo secolo, infatti, con il riaffiorare tra gli interpreti dell'attenzione per la vita degli uomini e per le vicende sociali, nonché con il riemergere delle istanze di solidarietà trascurate nei secoli precedenti, la presenza nei codici della regola della buona fede consente di interpretare i principi in modo attuale, adeguando

«una nuova civilistica si forma durante la stagione del “disgelo costituzionale”. Vi è, dopo la chiusura retrograda degli anni '50, una svolta scientifica e giurisprudenziale, che prende sul serio ed attua la Costituzione e che è l'effetto di un mutamento dei rapporti di forza nella società italiana. Acquistano un peso maggiore sulla scena politica le domande e gli interessi delle classi popolari. Sul terreno della scienza giuridica, la fattispecie contrattuale, com'era stata disegnata dal giusindividualismo, con la lineare connessione logica tra la manifestazione del volere libero e le conseguenze giuridiche che l'ordinamento vi ricollega (registrando la sovranità del volere), cede il passo ad una centralità nuova dell'ordinamento»²². Dunque, anche la buona fede illuminata dai principi costituzionali impone, oltre ad una mera correttezza formale, un impegno solidale attivo, non più volto a difendere il supremo interesse della nazione, ma volto a tutelare la persona sia in quanto tale sia nelle sue estrinsecazioni sociali.

Come espressamente dichiarato nella sent. Cass. civ. n. 13345/2006 «in tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, o dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi della controparte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio».

Tale sentenza mette in evidenza come la violazione del principio di buona fede rappresenti, tra l'altro, un indice sintomatico di abuso del diritto.

Sul tema assume particolare rilevanza il c.d. 'caso Fiuggi'²³. Con due contratti notarili del 5 aprile 1963 stipulati (il primo) con la 'Società per la Gestione delle Terme e delle Acque Fiuggi' e (il secondo) con la S.p.a. 'Ente Fiuggi', il Comune di Fiuggi trasferì alla predetta società la conduzione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale. Malgrado l'inflazione, l'Ente Fiuggi mantenne il prezzo di produzione invariato, riuscendo però, tramite una società appartenente al suo stesso gruppo, a vendere le bottiglie d'acqua ad un prezzo più che raddoppiato. In questo

doli al contesto sociale di riferimento». F. SALVATORE, *Correttezza e buona fede nell'esercizio dell'attività di impresa*, 2011.

²² M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2019, Wolters Kluwer, p. 603.

²³ Cass. 20 aprile 1994, n. 3775.

modo l'Ente Fiuggi conseguì «il doppio vantaggio di impedire scorrettamente l'adeguamento del canone dovuto al Comune e di lucrare ugualmente sulle vendite, dando luogo ad una sproporzionata divaricazione tra prezzo e canone contraria allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti e, dunque, oggettivamente incompatibile con l'agire secondo buona fede»²⁴. In seguito, si è tornati sul punto con la sent. Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 che mette in evidenza come il principio di buona fede sia entrato nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico, in quanto espressione del generale principio di solidarietà sociale contenuto nell'art. 2 Cost. e ribadisce come l'essere titolari di un potere non sia una condizione sufficiente per un suo legittimo esercizio, richiamando e chiarendo la figura dell'abuso di diritto in questi termini: «nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto. La cultura giuridica degli anni '30 fondava l'abuso del diritto, più che su un principio giuridico, su di un concetto di natura etico morale, con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica. Questo contesto culturale, unito alla preoccupazione per la certezza – o quantomeno prevedibilità del diritto –, in considerazione della grande latitudine di potere che una clausola

²⁴ «La legge pattizia...non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c. c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1373 c. c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c. c.) e l'esecuzione (art. 1375 c. c.), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Se questo è il ruolo della buona fede (in senso oggettivo) e se essa, quindi, concorre a creare la *regula iuris* del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano e che, quale "principio cardine" dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto, appare per lo meno sorprendente relegare nel "metagiuridico"...l'aspettativa del Comune all'aumento del prezzo sol perché demandato a scelte pretesamente discrezionali dell'altra parte, ignorando, oltre a tutto, che la correttezza costituisce proprio regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso, sì che non avrebbe potuto la Corte del merito esimersi dal dovere di accertare la necessaria compiutezza e logicità se la delusione di codesta aspettativa fosse o meno giustificata da un interesse antietico – meritevole di tutela – dell'Ente Fiuggi a mantenere fermo il prezzo (in fabbrica), malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il conseguente svilimento del canone a quel prezzo commisurato».

generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe attribuito al giudice, impedì che fosse trasfusa, nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942, quella norma del progetto preliminare (art. 7) che proclamava, in termini generali, che nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto».

L'abuso del diritto²⁵ si configura, dunque, come illegittimo esercizio dei propri diritti, risultando così espressione di mala fede. Se nell'Italia fascista il principio del *neminem laedit qui suo iure utitur* è sacrificato nell'ottica eticizzante della collaborazione tra parti imposta dalla dottrina corporativa, nell'Italia repubblicana il superamento del suddetto principio avviene nell'ottica della solidarietà tra cittadini positivizzata nell'art. 2 della Costituzione. Persistono aspetti etici, dovuti all'origine storica e alla natura del principio di buona fede, che però non sono più commistione di morale, ideologia e diritto come volle il Regime, bensì presupposti comportamentali per invocare i propri diritti, derivanti dal dovere di solidarietà.

Le parole di Bianca sono illuminanti sul carattere pubblicistico della buona fede e sul suo significato solidaristico all'interno del nostro quadro costituzionale, giustificando così la sua azione correttiva dei rapporti tra privati: «la buona fede quale generale principio di comportamento non è neppure subordinata a specifiche previsioni contrattuali. Essa, anzi, può anche imporre alle parti di operare diversamente da quanto stabilito dal contratto. La prevalenza del principio di buona fede sulle determinazioni contrattuali consegue al suo carattere di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume»²⁶. Viceversa, viene sottolineato il valore solidaristico e sociale della clau-

²⁵ «Già la radice etimologica del termine “abuso”, ovvero *ab-uti*, allude ad un uso anormale o non usuale di un potere, tale da rendere il comportamento tenuto dal soggetto ‘eccedente’ la sfera delle prerogative esercitabili, ovvero in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il potere stesso viene riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico positivo». C. DEL FEDERICO, *L'abuso del diritto in materia contrattuale: autonomia delle parti ed effetti civilistici dei contratti fiscalmente abusati*, 2019.

²⁶ M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 206.

sola della buona fede, contrariamente al formalismo farisaico «che diventa strumento di abuso e di approfittamento». Infatti il Nostro prosegue: «cade anche il dogma della “santità” del contratto, e non perché non sia importante il tenere fede alla parola data ma perché si vuole che l’impegno contrattuale sia onestamente assunto e onestamente eseguito. Non crediamo che questa tendenza indichi il tramonto della libertà individuale: essa indica piuttosto il declino dell’arbitrio del singolo in una società che vuole diventare *comunità*»²⁷.

Ancora: «Il Trabucchi, ne “Il nuovo diritto onorario”, parla di “buona fede etica”, mettendone in risalto il significato nel quadro di una generale tendenza volta a valorizzare i presupposti etici nell’agire dei soggetti di diritto giungendo a chiedersi se non debba intendersi avvenuta un’inversione fondamentale nella valutazione dei presupposti giuridici: dalla presentazione delle varie forme di lesione diretta o fraudolenta come limite alla libera attività, al requisito di un minimo di dignità morale quale presupposto per l’efficacia di una pretesa invocazione dei diritti»²⁸.

Alpa e Brutti, infine, sottolineano l’attualità della clausola della buona fede e come quest’ultima, intesa come ‘valvola’ codicistica in grado rendere effettivo il principio di solidarietà espresso nell’art. 2 della nostra Costituzione, raddrizzi il nostro agire «verso un modello alternativo al dominio senza limiti del mercato»²⁹: «[Alpa] mostra come il significato prevalente, dalla fine dell’Ottocento ad oggi, equivalga a quello di correttezza, molto vicino alla nozione inglese di *fairness*...possiamo registrare un *revival* della buona fede agli inizi degli anni 70 del Novecento. Da questa data la clausola di buona fede – o il principio di buona fede – è servita per mitigare le pretese del creditore, per imporre obblighi collaterali alle parti, per misurare lo sforzo che si può pretendere dal debitore nell’esecuzione della prestazione. La duttilità della clausola generale è una condizione necessaria e mi sembra che da un lato la storicizzazione della buona fede, dall’altro, l’attribuzione ad essa di un significato nell’ambito dell’art. 33 del Codice di consumo³⁰ non

²⁷ M. BIANCA, *op. cit.*, p. 216.

²⁸ M. BIANCA, *op. cit.*, p. 495 s.

²⁹ M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 611.

³⁰ [NdA] Art. 33, comma 1 Codice del consumo: «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

sfuggano al nesso di solidarietà, di cui all'articolo 2 della Costituzione... Dunque, il principio di solidarietà dà un senso ed un compimento (nell'orizzonte della Costituzione) alle vicende concettuali e agli usi nuovi della buona fede, compreso quello specificamente legato alla tutela dei consumatori»³¹.

³¹ M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 608.

CHIARA GIULIANI*

DIRITTO DEL LAVORO E RIDERS: DISCIPLINE A CONFRONTO

The aim of this article, after an analytical survey of the constitutional principles in the field of labor law and workers' rights, is to show up the historical evolution of the concept of subordination and, on the basis of the codicist discipline, to which is partly dedicated the Fifth Book of Civil Code, entitled 'Del lavoro', to compare the employment relationship and the self-employment relationship, regarding the different regulations. Further, the paper tries to enlighten the controversial figure of the riders, analyzing the recent judgment of the Court of Cassation 24 January 2020, n. 1663 which has tried to guarantee them a more certain and uniform regulation.

SOMMARIO: 1. Fonti di rango costituzionale del diritto del lavoro. – 2. Evoluzione del concetto di subordinazione. – 3. Lavoro autonomo: disciplina civilistica. – 4. Lavoro subordinato e lavoro autonomo: alcuni caratteri distintivi. – 5. I riders: uno sguardo alla disciplina.

1. *Fonti di rango costituzionale del diritto del lavoro*

La Costituzione della Repubblica Italiana dedica al diritto del lavoro una pluralità di disposizioni dislocate lungo tutta la Carta. Da detti principi si evince che il diritto al lavoro risulta essere un principio essenziale, di livello costituzionale, sul quale la Repubblica pone le proprie fondamenta. Specialmente attraverso l'art. 2 Cost., è possibile rinvenire l'intento dei Costituenti di dar vita, dopo la fine del periodo fascista, a uno Stato che non costituisse

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Arturo Maresca ordinario in Diritto del Lavoro presso Sapienza Università di Roma.

arbitrariamente, ma che garantisce, riconoscendoli, i diritti della persona, in quanto inviolabili nonché indisponibili e imprescrittibili, in un'ottica antitetica a quella attinente ai totalitarismi¹. Ne sono attuazione la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscano lo sviluppo della persona umana, posta in capo alla Repubblica, nonché l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita della Nazione, come stabilito *ex art.* 3 Cost., co. 2 e, alla luce di questo, la promozione delle condizioni necessarie affinché il diritto al lavoro sia un diritto effettivo, come stabilito *ex art.* 4 Cost., co. 1. L'impegno assunto dalla Repubblica si qualifica come intervento positivo, dunque come coinvolgimento diretto e materiale, un vero e proprio obbligo, seppur di natura politica, che si connota per il dato dell'effettività, nel senso di fornire materialmente gli strumenti necessari a rendere il diritto effettivo, anche tramite l'eliminazione di eventuali impedimenti. Si evince, inoltre, un principio speculare a quello fondamentale del diritto al lavoro in qualità di diritto, ossia di posizione giuridica soggettiva di cui l'individuo è pieno titolare, sia in qualità di singolo, che all'interno del sistema sociale: il dovere al lavoro. Infine viene in rilievo, *ex art.* 2 Cost., il dato dell'importanza del lavoro sia come diritto che come dovere, ancor prima che nell'ambito del progresso sociale, in quello personale. Il lavoro è, figuratamente, l'ambiente ove l'individuo svolge la propria personalità, ove si esprime la sua persona. Il titolo III della Costituzione, intitolato *Rapporti economici*, si occupa anche del diritto del lavoro, ma nella sua accezione economica. Sebbene un orientamento della giurisprudenza risalente ritenesse che l'art. 35 Cost., ad apertura di detto titolo, fosse riferito soltanto al lavoro subordinato², successivamente la disposizione ha di fatto esteso la tutela ad ogni tipologia di lavoro, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Una forma di attuazione dell'art. 35 Cost. è fornita dall'art. 36 Cost., co. 1, in tema di retribuzione. La Corte costituzionale³ ha chiarito che per 'retribuzione' non debba intendersi un «mero corrispettivo del lavoro, ma compenso del lavoro che sia proporzionale alla quantità e alla qualità e, insieme, mezzo normalmente esclusivo per sopprimere alle necessità vitali del lavoratore e dei suoi familiari, che deve

¹ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, il Mulino, 2018, p. 366.

² F. MAZZIOTTI, *Profili dell'autotutela nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1975, s.d., p.

38 ss.

³ Cfr. Corte cost., sent. 10 dicembre 1987, n. 559.

essere sufficiente ad assicurare a costoro un'esistenza libera e dignitosa e ciò per la ragione che nel rapporto il lavoratore impiega non solo le proprie energie lavorative ma, necessariamente e in modo durevole, la sua stessa persona coinvolgendovi una parte dei suoi interessi e rapporti personali e sociali». Strettamente complementari al principio di giusta retribuzione sono la riserva di legge sulla durata massima della giornata lavorativa, regolata dall'art. 36 Cost., co. 2, nonché il riconoscimento del diritto irrinunciabile al riposo settimanale e alle ferie annue retribuite, regolato dal co. 3 dello stesso. La Corte⁴ ha dichiarato che in tal modo «si garantisce la soddisfazione di primarie esigenze del lavoratore, dalla reintegrazione delle sue energie psicofisiche allo svolgimento di attività ricreative e culturali, che una società evoluta apprezza come meritevoli di considerazione» e compiutamente si richiede all'imprenditore di non frustrare il contenuto di tale diritto, ad esempio scaglionando le ferie in brevi periodi⁵.

2. *Evoluzione del concetto di subordinazione*

Già nel 1901 Barassi, fondatore del diritto del lavoro in Italia, individua nella subordinazione del *locator operarum*, cioè del lavoratore, il tratto identificativo della *locatio operarum*, dando inizio ad un processo di distacco del diritto del lavoro (come diritto speciale) da quello dei beni⁶. Il lavoratore, nota Barassi, non impiega nel rapporto di lavoro il proprio patrimonio, ma la propria persona. L'art. 2094 c.c. introduce per la prima volta la definizione di 'subordinazione', garantendo, dunque, una base normativa data. La subordinazione, infatti, si identifica in una soggezione di natura tecnica alla quale si aggiunge quella di natura funzionale del lavoratore al datore di lavoro non solo di carattere economico-sociale, ma posta dallo stesso datore di lavoro, in quanto si trova «alle dipendenze e sotto la sua direzione». L'espressione «alle dipendenze» indica che, corrispondentemente al potere che il datore ha di determinare al momento della costituzione del rapporto e di modificare in corso dello stesso le modalità esecutive della prestazione (subordinazione tecnica), il lavoratore è tenuto a collaborare nei

⁴ Cfr. Corte cost., sent. 12 dicembre 1990, n. 543.

⁵ C. PINELLI, *op. cit.*, p. 435.

⁶ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, G. Giappichelli Editore, 2017, p. 210.

suoi confronti al fine di soddisfarne i relativi interessi, stando «sotto la sua direzione» (subordinazione funzionale).

3. *Lavoro autonomo: disciplina civilistica*

La Costituzione, all'art. 35, sebbene garantisca la medesima tutela a tutte le forme e applicazioni del lavoro, come poc'anzi evidenziato, non implica un'equivalenza tra lavoratori subordinati e autonomi. Il lavoro autonomo non è regolato a livello codicistico come fattispecie. Ma a lungo è stata ad esso applicata la disciplina del libro V, Titolo III del Codice Civile, sul modello della fattispecie del contratto d'opera (art. 2222 c.c.) e del contratto d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.). Solo con il d.lgs. 29 luglio 2003, n. 276, che ha introdotto il contratto di lavoro a progetto⁷, il legislatore ha previsto per i collaboratori autonomi coordinati e continuativi (c.d. parasubordinati) alcune garanzie. Lo Statuto del lavoratore autonomo non imprenditoriale⁸ ha poi fornito misure atte alla tutela del lavoratore autonomo non imprenditore (con tale locuzione si effettua l'esclusione anche del piccolo imprenditore) costruendole, se non in modo uniforme a quelle fornite al lavoratore subordinato, in modo quantomeno assimilabile ad esso, conformemente al referente costituzionale dell'art. 35 Cost. Il prestatore d'opera è un lavoratore autonomo. La fattispecie di contratto d'opera, come regolata dall'art. 2222 c.c., ricorre «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente». I requisiti del contratto sono: l'onerosità, l'istantaneità della prestazione (in quanto il contratto d'opera non è un contratto di durata) la commutatività, la non aleatorietà, la consensualità. Il prestatore d'opera è una persona fisica, la cui prestazione è caratterizzata da natura fiduciaria, ossia dall'*intuitus personae*, quindi dalla personalità della prestazione, che si sostanzia in un'obbligazione di *facere*, posto che la stessa non si esclude laddove l'adempimento avvenga a mezzo terzi (*ex art. 1228 c.c.*), non anche da parte del terzo (*ex art. 1180 c.c.*). Per fare un esempio, sarà lavoratore autonomo l'elettricista munito di sola cassetta degli attrezzi⁹. È da precisare, tuttavia, che non è necessaria un'in-

⁷ Abrogato dall'art. 52, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

⁸ L. 22 maggio 2017, n. 81.

⁹ G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 456.

infrastruttura materiale: sono piccoli imprenditori anche i gestori di *software*. Con riguardo all'attività esercitata nel suo complesso, il requisito della prevalenza si riferisce al lavoro necessario e sufficiente a portare a compimento l'opera o il servizio. L'attività del prestatore di lavoro autonomo è squisitamente propria, potendo dirsi 'auto-organizzativa'. Come afferma Campobasso, in disaccordo con Ferri, «qualora manchi una pur minima organizzazione del capitale proprio o altrui o del lavoro altrui con il proprio lavoro, si ha la figura del lavoratore autonomo». Nel lavoro autonomo mancherebbe, dunque, il requisito dell'etero-organizzazione. Se da un lato si potrebbe obiettare che anche l'elettricista si avvale di un capitale (la cassetta degli attrezzi), dall'altro, tuttavia, questo non è altro che lo strumento necessario per lavorare. Riguardo al corrispettivo, è previsto, a partire dall'accettazione dell'opera (anche tacita), il ricorso dei termini prescrizionali del diritto al corrispettivo del prestatore d'opera e del committente alla consegna dell'opera. Inoltre, da tale momento, il rischio si trasferisce dal prestatore al committente. Sono ammissibili beni diversi dal denaro e in assenza di corrispettivo avviano gli usi o le tariffe e mancando anche questi, il compenso viene stabilito dal giudice, come previsto *ex art. 2225 c.c.*, in relazione all'esito raggiunto e al lavoro impiegato per lo scopo. Gli usi e le tariffe, dunque, da un lato garantiscono la proporzionalità del corrispettivo alla quantità e qualità del lavoro¹⁰ in conformità all'art. 36 Cost., ma, dall'altro, non la sufficienza dello stesso.

4. *Lavoro subordinato e lavoro autonomo: alcuni caratteri distintivi*

Come ha dimostrato la giurisprudenza¹¹ nessun criterio enucleato dalla dottrina emerge, se singolarmente preso in esame, come sufficiente a identificare, quale indice probatorio della subordinazione, la fattispecie di lavoro subordinato e a contraddistinguerla dal lavoro autonomo. È dunque necessario che, a tal fine, tutti ricorrano congiuntamente¹²: la soggezione alle direttive del datore di lavoro (tra gli altri risulta il criterio distintivo princi-

¹⁰ Cfr. Cass., sent. 8 giugno 2007, n. 13440, in *Mass. giur. it.*, 2007, p. 6; Cass., sent. 31 marzo 2014, n. 7510.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 30 giugno 1999, n. 379.

¹² Di questo avviso è G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 216.

pale tra lavoro subordinato e autonomo); l'orario di lavoro (ad esempio si considera lavoratore subordinato l'insegnante che sia tenuto ad osservare l'orario prestabilito dalla struttura scolastica e autonomo quello che sia obbligato a tenere un numero minimo di lezioni); la continuità della prestazione; l'erogazione di un compenso continuativo; la ricaduta del rischio derivante dall'impossibilità o dalla mancanza di lavoro sul datore di lavoro e non sul lavoratore (ci si troverebbe altrimenti dinanzi al rapporto di lavoro autonomo); l'attinenza del rapporto di lavoro all'impresa (sebbene sembri essere una caratteristica comune anche al rapporto di lavoro autonomo continuativo); la qualifica di obbligazione di mezzo e non di risultato (quest'ultimo attinente, invece al lavoro autonomo); la subordinazione socio-economica rispetto al datore; il *nomen juris*, ossia la qualificazione data dalle parti al rapporto cui si sono obbligate, precisando che, se la qualificazione in esame e il comportamento successivo sono tra loro incompatibili, prevarrà quest'ultimo ai fini della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro come subordinato o autonomo. Altro ordine di differenze è la disciplina delle due figure di rapporto di lavoro, in quanto diversamente dal datore di lavoro nell'ambito della subordinazione, il committente nell'ambito del lavoro autonomo, non ha la disponibilità dell'attività del prestatore-lavoratore. Ciò giustifica il fatto che il prestatore potrà legittimamente rifiutare l'incarico sulla falsariga del contratto di appalto.

5. *I riders: uno sguardo alla disciplina*

Alla luce delle considerazioni finora effettuate, si può passare ad analizzare la classe dei lavoratori *riders*. Si tratta di un tema oggetto di numerosi e recenti dibattiti, date le peculiari caratteristiche di tale figura. Si deve precisare che è assente una definizione legislativa di *rider*. Tuttavia, in conseguenza di una proposta di legge presentata a dicembre del 2018, recante, tra le altre, la richiesta di qualifica di lavoratori subordinati e della relativa disciplina normativa, è stato approvato il d.l. 3 settembre 2019, n. 101¹³, denominato 'decreto *rider*', recante Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e della crisi aziendale. Il Capo I del decreto regola la tutela del lavoro dei *riders*, anche detti 'messaggeri metropolitani' o

¹³ Convertito nella l. 2 novembre 2019, n. 128, tuttavia entrata in vigore solo in parte.

‘imprenditori di se stessi’, in quanto lavoratori impiegati in attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l’ausilio di velocipedi, attraverso piattaforme digitali. La c.d. *Gig Economy*, infatti, la cui traduzione italiana è letteralmente ‘economia dei lavoretti’, corrisponde al recente sistema di organizzazione dell’economia digitale. Qualora l’uso del diminutivo ‘lavoretti’, in luogo di ‘lavoro’, non fosse casuale, quantitativamente potrebbe richiamare a un ulteriore lavoro e ne ridurrebbe qualitativamente il significato, sia dal lato della tipologia contrattuale, sia da quello delle tutele. Alla luce di ciò, potrebbe paventarsi una disciplina che incentiverebbe un trattamento diversificato, nonché disuguale tra coloro che svolgono un lavoro e coloro che svolgono lavoretti, non giustificabile costituzionalmente *ex art. 3 Cost.* Il dibattito relativo a tale classe di lavoratori ha coinvolto diverse piattaforme digitali come *Deliveroo*, *Glovo*, *Just Eat*, le quali riescono a garantire la prestazione di lavoro ventiquattro ore al giorno, in contrasto con l’art. 36 Cost., co. 2. *Uber Eats*, poi, propone due euro a consegna, a cui si aggiunge un euro a chilometro, benché si tratti di chilometri in linea d’aria, che non tengono cioè, né del percorso stradale né di eventuali ostacoli¹⁴, ponendo i *riders* nella condizione di rischiare costantemente la vita, in contrasto con l’art. 32 Cost., nonché con la disciplina fornita in tema di sicurezza in ambiente di lavoro dal T.U. sicurezza, che il ‘decreto rider’ estende loro. Il disposto dell’art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (*Jobs Act*), rubricato Collaborazioni organizzate dal committente, ha permesso la riconduzione dei *riders*, richiamati nel secondo periodo della disposizione, nella nozione di ‘etero-organizzazione’, delineata nel primo periodo, quali destinatari di una più ampia tutela tipica del lavoro subordinato, in particolare nella forma della collaborazione organizzata dal committente, rispetto a quella garantita nel lavoro autonomo, in particolare nella forma della collaborazione coordinata e continuativa (se si ha riguardo all’assenza di un obbligo precettivo di svolgere la prestazione). Da tale previsione nasce il dubbio che si sia di fronte a un *tertium genus*, intermedio tra il rapporto di lavoro subordinato e autonomo: il rapporto ‘etero-organizzato mediante piattaforme digitali’. Si tratta, infatti, di lavoratori che discrezionalmente valutano ‘l’occasione più vantaggiosa’,

¹⁴ Come specificato nell’articolo *Senza tutele e pagati pochi euro a consegna: chi sono i riders in Italia*, § *Quanto guadagna un rider: compensi a consegna a partire da due euro*, 9 gennaio 2019, «Osservatorio Diritti», <http://www.osservatoriodiritti.it>.

ma neppure tale discrezionalità veniva e viene regolata dalla legge, se non in minima parte con riferimento all'aspetto retributivo. Il quadro, apparentemente, sembrerebbe essere il seguente: sotto l'aspetto esecutivo della prestazione, quale organizzata dal committente anche con riferimento al tempo e al luogo di lavoro (i *riders*) risulterebbero assimilabili alla fattispecie di lavoro subordinato, nonostante il rapporto stesso rimanga sotto l'aspetto tecnico di lavoro autonomo. Il nuovo decreto prevede tutele retributive e in tema di sicurezza: il compenso può essere parzialmente fisso (a tempo o su base oraria) e parzialmente a cottimo, ossia si basa sul numero delle consegne effettuate, purché in misura non prevalente sul totale e su base oraria, purché il lavoratore accetti almeno una chiamata all'ora. Inoltre, secondo il citato decreto, la retribuzione non potrà essere inferiore al livello fissato dal contratto collettivo nazionale dell'azienda per mansioni equipollenti. È previsto che l'azienda la quale si serva di *riders* venga sottoposta agli obblighi previsti nel T. U. sicurezza nei luoghi di lavoro. Nella prospettiva del rapporto datore di lavoro-lavoratore, ciò che viene in rilievo è che il primo non è una persona fisica, ma una piattaforma online, dunque una persona giuridica ma con caratteristiche peculiari. Dal momento della candidatura all'ottenimento dell'incarico il rapporto di lavoro viene gestito virtualmente. Talvolta, infatti, si giunge a un contratto tramite colloquio telefonico¹⁵, in modo, dunque, anomalo rispetto all'ordinario processo che coinvolge un lavoratore subordinato¹⁶. È in merito a ciò e ad altri requisiti del rapporto di lavoro riferibile ai lavoratori *riders*, che difficilmente si riesce a inquadrare la relativa disciplina: per taluni aspetti, di carattere auto-organizzativo, attinente al lavoro autonomo, soprattutto con riguardo alla proprietà di un mezzo di locomozione, all'assunzione degli oneri e economici e di gestione, all'assunzione del rischio in caso di impossibilità della prestazione e per altri attinente al lavoro subordinato, soprattutto con riguardo al fatto che non siano i lavoratori a concordare la retribuzione, né a decidere le modalità con cui debba essere svolta l'attività, ma un datore di lavoro, sebbene 'anomalo'. In riferimento al tempo della prestazione, l'art. 7, co. 2, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 prevede che quanto disposto dallo stesso articolo, al co. 1, ossia che il riposo giornaliero debba essere pari almeno a undici ore consecutive perché sia

¹⁵ *Ivi*, § *Chi sono i riders e come lavorano*.

¹⁶ Il "decreto rider" impone, in ogni caso, la forma scritta *ad probationem*.

adeguato, non sia applicabile alle attività caratterizzate da periodi di lavoro frammentati durante la giornata o caratterizzati da regimi di reperibilità. L'accordo siglato nel luglio 2018¹⁷ stabiliva la durata massima della prestazione lavorativa in trentanove ore settimanali e l'obbligo, per i datori di lavoro, di fornire ai fattorini adeguati sistemi di sicurezza. Nel decreto viene richiesto anche il 'diritto alla disconnessione', ossia al non essere contattati se non dopo undici ore da quando è terminato il turno di lavoro. Ogni rider dispone di un punteggio correlato al livello di qualità dell'attività lavorativa, ma specialmente di affidabilità. Questa viene stabilita dalla valutazione, sul lavoro svolto, di clienti e ristoratori, dall'aver o meno coperto il turno di lavoro o, ancora, dalla disponibilità: più il rider è disponibile, più lavora, più risulta affidabile, più viene retribuito.

Emblematico è il caso concernente il ricorso presentato da cinque riders impiegati presso la multinazionale tedesca *Foodora*, prima rigettato¹⁸, poi parzialmente accolto dalla Corte d'Appello di Torino¹⁹. Con recentissima sentenza²⁰ la Corte di Cassazione ha modificato, in quanto non ha ritenuto riconducibile il suddetto rapporto ad un *tertium genus*, ma confermato, in quanto l'ha ritenuto riconducibile all'etero-organizzazione, la citata motivazione della Corte d'Appello torinese. La Corte di Cassazione si è trovata dinnanzi a diverse possibili soluzioni del problema: *in primis*, riconoscere alle prestazioni rese dai lavoratori delle piattaforme digitali i caratteri della subordinazione, sia pure in un'accezione evoluta; *in secundis*, formulare una nuova figura intermedia tra subordinazione e autonomia, caratterizzata dall'etero-organizzazione e che troverebbe nell'art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 il paradigma legale: teoria del *tertium genus* o del lavoro etero-orga-

¹⁷ In data 18 luglio 2018 è stato sottoscritto il primo accordo riferito al trattamento economico e normativo dei riders da Confetra, Fedit, Assologistica, Fedepedi, Confartigianato trasporti, Fita CNA, Flit CGIL, Fit CISL e Uiltrasporti con l'effetto di integrare il CCNL Logistica-Trasporto Merci.

¹⁸ Il Trib. di Torino con sent. 7 maggio 2019, n. 778, ha rigettato tutte le richieste.

¹⁹ Cfr. Corte d'Appello Torino, sent. 4 febbraio 2019, n. 26, che negando la configurabilità della subordinazione, riconduce il rapporto di lavoro ad un rapporto di collaborazione etero-organizzata. La motivazione risiede nel testo dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, norma dal significato ambiguo che, dopo essere stata qualificata 'norma apparente' dal giudice di primo grado, viene riqualficata dalla Corte di Appello sino a farla divenire un criterio fondamentale per stabilire le tutele di cui possono godere i riders.

²⁰ Cfr. Cass., sent. 24 gennaio 2020, n. 1663.

nizzato, peraltro accolta dalla Corte d'Appello di Torino; *in tertius*, affermare si tratti di lavoro autonomo, dove tuttavia i modelli interpretativi si diversificano data l'ampiezza della nozione di para-subordinazione, ovvero, infine, adottare un criterio c.d. rimediabile, che permetta di applicare una tutela rafforzata nei confronti di alcune tipologie di lavoratori, quali quelli delle piattaforme digitali, considerati deboli, cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati. La sentenza torinese, applicando l'art. 2, co. 1 del *Jobs Act*, ha ritenuto che tale norma introducesse un tipo legale di lavoro intermedio tra quello subordinato e quello autonomo: il lavoro 'etero-organizzato', ossia una terza categoria, alla quale si sarebbero applicate, ove compatibili, le tutele proprie del lavoro subordinato (standard retributivi minimi, regole in materia di igiene e sicurezza, ma non la disciplina dei licenziamenti). Tuttavia, la Cassazione nega che la norma istituisca tale intermedia categoria, precisando che l'effetto della stessa, invece, sia solo quello di estendere garanzie fornite nell'ambito del lavoro subordinato a rapporti che geneticamente sarebbero riconducibili a quello autonomo. Sul punto, infatti, la sentenza precisa che «Il riferimento "ai tempi e al luogo di lavoro" imposti dal committente esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione», poco significativo al fine di costituire un fattore discrezionale tra l'area dell'autonomia e quella della subordinazione e in tal senso sembra deporre la successiva soppressione dell'inciso ad opera del 'decreto rider'. Quest'ultimo, per l'appunto, quanto al primo periodo dell'art. 2, co. 1 del *Jobs Act*, sostituisce la parola «esclusivamente» con «prevalentemente» e sopprime le parole «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Nella sentenza, infatti, si specifica che «Parimenti si deve ritenere che possa essere ravvisata etero-organizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della subordinazione anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa e che quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato». Dunque, per applicare tale sistema di protezioni il legislatore ha ritenuto sufficiente accertare il tratto distintivo dell'etero-organizzazione, che già di per sé indicherebbe una subordinazione, al quale si aggiungono la personalità e la conti-

nuità. La prestazione dei *riders* etero-organizzati mediante piattaforma digitale, sotto tali condizioni, anche quando non subordinata in senso tecnico, lo è in senso pratico, con la conseguenza che il lavoro dei *riders* deve considerarsi assoggettato all'insieme delle protezioni proprie del lavoro subordinato. L'effetto dell'intervenuta modifica è stato, dunque, quello di ampliare la rosa dei possibili destinatari della disposizione, introducendovi non più solo lavoratori che eseguano prestazioni «esclusivamente personali, continuative e le cui di esecuzione siano organizzate dal committente, anche in riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», ma anche coloro che eseguano prestazioni prevalentemente tali. L'avverbio «esclusivamente» atterrebbe, infatti, alla subordinazione, mentre «prevalentemente» all'autonomia. In conclusione, al ricorrere delle caratteristiche stabilite all'art. 2, co. 1 del *Jobs Act*, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione. A detta della Cassazione, su tali basi, si tratterebbe di una norma di disciplina che non crea una nuova fattispecie²¹.

Gli effetti dell'assoggettamento del lavoro dei *riders* alla disciplina del lavoro subordinato sono rilevanti. Tra questi ricorre, ad esempio, la necessità di una predeterminazione contrattuale dell'estensione e collocazione temporale della prestazione lavorativa; la necessaria applicazione di un minimo retributivo garantito, correlato all'unità di tempo e non inferiore rispetto ai minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi nazionali. Dunque, l'eventuale retribuzione a cottimo costituirà solo un elemento aggiuntivo. Sotto questa prospettiva, mediante la contrattazione collettiva, è possibile fornire e garantire una disciplina che contenga le protezioni irrinunciabili, ma anche regole in materia di tempo di lavoro e di struttura della retribuzione compatibili con le specificità di questa forma di organizzazione del lavoro. La sentenza risponde ad una «scelta politico-legislativa volta ad assicurare al lavoratore rider la stessa protezione cui gode il lavoratore subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di 'debolezza' economica, operanti in una 'zona grigia' tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea».

²¹ Cfr. Cass., sent. 24 gennaio 2020, n. 1663, n. 25.

ANDREA SCHIOPPA*

THE INTRODUCTION OF CLASS ACTION
IN THE BELGIAN LEGAL SYSTEM
«L'ACTION EN RÉPARATION COLLECTIVE»

The present article shows, in a comparative perspective, the historical development of class actions. It attempts to analyze the earliest traces of class action in the Roman tradition and in the common law systems. Then it describes the introduction of class action in the European Union regulation – based on previous experiences in the world – and finally expresses the innovations settled in the new Belgian legislation with the introduction of the collective redress instrument of the action en réparation collective; in conclusion, it states some final considerations about the possible implementation of class action in order to defend collective interests and to cope with relevant social issues.

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Definition and origins. – 2.1. General notion. – 2.2. From the Roman *action popularis* to the American ‘class action’. – 3. Origins of the Belgian legislation. – 3.1. The European context. – 3.2. The new Belgian legislation. – 4. The main features of the procedure. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

This law research is based on the concept that – as the Belgian motto says – ‘strength lies in unity’ (*l’union fait la force*), which is the starting point of the instrument of the collective actions; this concept has been developed to allow a considerable

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Redatto durante l’Erasmus presso l’Université Catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve, Belgio), nel secondo semestre dell’anno accademico 2019/2020. Per questo lavoro è stato consultato il Prof. Gianluca Scarchillo.

number of people (whose rights could not have a relevant impact in societies) to reach a possibility to be heard. This work aims to explain the legal process which led to the spread and regulation of this mechanism, through an analysis of the origins and the development of this institute in the common law, in the European context and finally in the Belgian legal systems.

2. *Definition and origins*

2.1. *General notion*

The *action collective*, or better the *action en réparation collective*, is used, as the enactment dated March 28th 2014 says¹, to provide to a group of private consumers an instrument to compensate the damage caused by an enterprise infringing a consumer law². This instrument allows a considerable number of people to join in order to share costs, resources and possibilities in the same trial. This mechanism looks like an innovation for the European and civil law context. Legislative recognition is very recent and is inspired by the instrument of common law called ‘class action’³; furthermore, it is also promoted by the European Union. Indeed, in the last decades the EU regulation aimed to «introduce in every Member State an injunction procedure to protect the collective interests of consumers»⁴. Actually, the origins from which this instrument comes are older than they may seem.

2.2. *From the Roman action popularis to the American ‘class action’*

The first trace of a rule which regulates the possibility, for a group of people, to protect a common interest all together is in the

¹ Loi du 28 mars 2014. - Loi portant insertion d’un titre 2 «De l’action en réparation collective» au livre XVII *Procédures juridictionnelles particulières* du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre 1er du Code de droit économique, M.B., 29.4.2014, p. 35201.

² Code of Economic Law, Art. XVII.36.

³ R.GAUDET, *Lesson learned from Swedish, Danish, Dutch, and Norwegian class action: Comments on the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules COM(2008) 165 Final, July 14, 2008*, 2008, available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/gaudet_en.pdf.

⁴ Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers’ interest; Brussels, 18.11.2008 COM (2008) 756 final, p. 3, n. 2.

ancient Roman law system; it is the *actio popularis*. The *actio popularis* is an instrument of public law which aimed to provide the defence of the public property of a good or of a right *in rem* over a good called *res in usu publico* (common good)⁵.

The *res in usu publico* is a good which can be used by each member of the community; it is a concept that cannot be linked with the common idea of public or private property, owing to the fact that it is a *sui generis* Roman category⁶.

It is important not to mix the modern juridical categories of collective redresses, which can be divided into three different types: collective action, public interest's action and action for collective interest.

The collective action is a class of people with the same interest in the damage compensation.

The public interest's action is similar to the roman law instrument and it aims to defend a general interest.

The action for a collective interest concerns a specific group, but neither it is the sum of more people interests, nor the protection of a damage compensation⁷.

However, is easy to find connections and similarities of goals, through a historical and a comparative analysis – that is necessary for a deep study of this judiciary innovation⁸ –, between the older roman instrument, the modern common law's class action and civil law's system innovations.

The purpose of all these juridical institutions was to promote a trail in order to protect a personal interest and, at the same time, the same interest of all the other subjects concerned⁹.

⁵ A. DI PORTO, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, pp. 84-89.

⁶ This is an example of the flexibility and the analyticity of the roman legal system which outlives his authors and this is why the medieval jurists used to call it '*ratio scripta*' (written reason). See R. ROBAYE, *Le droit romains.*, 5 éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2016, p. 8.

⁷ A. PUTTMANS, *Droit économique comparé*, Limal, Hantemis, 2016, pp. 24-26; C. ROMAINVILLE, F. DE STEXHE, *L'action d'intérêt collectif*, JT 2020, p. 190.

⁸ E. FALLA, «Dans le cas de la présente étude, le recours à la méthode de droit comparé apparaît d'autant plus justifié que la loi belge de 2014 est, à l'origine, le résultat d'une importation en droit belge d'un mécanisme étranger. Dans un tel cas de figure, le recours au droit comparé apparaît évident, dans la mesure où il permet de mieux comprendre le but et la fonction mais aussi l'application pratique des normes transplantées, quoiqu'indirectement» in *La réparation des dommages de masse: propositions visant à renforcer l'efficacité de l'action, en réparation collective*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 240.

⁹ G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del*

In the common law, the first collective action was the British 'representative suit'. It was one of the earliest equity jurisdictions, used to sue the richest members of a countryside community¹⁰.

The 'representative suit' was used until in the first decade of the last century and later it was abandoned for the necessary party rule limitation, for which all the subjects with the same interest had to join the class action during the trial as well as the inadequacy to protect the collective rights¹¹.

After some decisions, in the motherland, which showed the decline of this instrument¹², it is possible to analyse the evolution of this institute through the American development of class action with the main legislative provisions of it.

The 'Equity Rules', adopted in 1842, included an improvement against the necessity party rules (rule 47). It also foresaw the diminution of cases with too many parties (rule 48)¹³.

In order to clarify the definition of this regulation, it was introduced in the 1938 the 'Rules of civil procedure for the district court of the United States, 23 (a), 1938' which aimed to make the legislation more complete.

This rule, also known as 'Moore Rule', defines three kinds of collective actions. Only one of them has *ultra partes* effects as well as in the current institution. In the reform of 1966 was introduced the opt-out right, which created the current version of the class action, in which the effects of the decisions are applied to all subjects, unless they have to refuse it directly¹⁴.

3. *Origins of the Belgian legislation*

3.1. *The European context.*

In recent years it is possible to see how the European Union, following the American experience, on the path of the Commission

giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive, Torino, G. Giappichelli Editore, 2019, p. 7.

¹⁰ *Brown v. Vermuden*, 22 Eng. Rep. 796 (Ch 1676).

¹¹ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 16-19; Cfr. G.C. HAZARD, J.L. GEDID, S. SOWLE, *An historical analysis of the binding effect of class suits*, U. Pa. L. Rev. 1849, 1998.

¹² *City of London v. Richmond*, 23 Eng. Rep. 870 (Ch. 1701); *Markt & Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd.* [1910] 2 KB 1021 (CA).

¹³ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 19-23.

¹⁴ G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 27-29.

research¹⁵, solicited the introduction in Member States of an instrument for the ‘collective redress’¹⁶.

One of the main principles here is the ‘private enforcement’. This notion is linked to the idea that the private consumer is part of the whole system that guarantees the respect of competition law in the European internal market¹⁷.

At the beginning, in 2008, the Commission published a White Book¹⁸ in order to define a better regulation of compensation for victims of consumer law infringement.

Afterwards, it was followed by the Green Book¹⁹ that aimed to guarantee the consumers in the modern market against the damages and for a fair compensation. Such warranty must be assured through a collective redress which has to be available for the consumer.

In that same period, after its analysis the Commission has considered the Member States rules inadequate. Each of those aimed to repair the damage suffered by European consumers and to refund them with a fair and adequate repayment as compensation²⁰.

Following a public consultation in 2011²¹, the Commission published a communication²² and a recommendation²³ in 2013.

¹⁵ The European Commission published a study conducted by the Katholieke Universiteit Leuven on consumer redress. Cfr. Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers’ interest; Brussels, 18.11.2008 COM (2008) 756 final, p. 3, n. 2.

¹⁶ S. LODEWIJCKX, A. CATTEAU, *Introduction des «class actions» en Belgique: opportunité ou menace pour les assureurs?*, Bull. ass., 2011, n° 374, p. 6.

¹⁷ A.L. SIBONY, *Les actions collectives en droit européen: cent fois remettre sur le métier*, R.E.D.C., 2010, p. 578.

¹⁸ Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final.

¹⁹ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, 27 novembre 2008, COM (2008) 794 final.

²⁰ S. LODEWIJCKX, A. CATTEAU, *op. cit.*, p. 6.

²¹ Consultation publique *Renforcer la cohérence de l’approche européenne en matière de recours collectifs*, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final.

²² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs*, 11 juin 2013, COM(2013) 401 final.

²³ Recommandation (2013/396/UE) relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États Membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l’Union, 11 juin 2013, COM(2013) 396 final.

These harmonization rules, that are not mandatory by nature, defined some main principles. Including: different phases to decide the availability of the claim; the preference for the option of inclusion (Opt-in); not allowing ‘contingency fees’ and ‘punitive damages’²⁴.

3.2. *The new Belgian legislation*

On the path of the European soft law, in 2014 was introduced in the Belgian legal system the procedure of *action en réparation collective*. Also called the ‘Belgian class action’, it is not embodied in the Judicial Code, but in the Code of Economic Law (from now on, CDE)²⁵.

With the law of March 27th 2014 were introduced, in Book XVII of the CDE, rules regarding the matter held in the article 77 of the Constitution²⁶. It ruled specific judicial procedures and amended the Judicial Code²⁷, in order to recognize an exclusive competence for the courts of Brussels to decide about the collective law suits, brought by a class of consumers against a company²⁸.

In the same period, the law of March 28 2014²⁹ introduced a new title II about the collective action for the compensation of damages. Said title was introduced in Book XVII of CDE, in the part concerning the specific judicial procedures, as an exceptional kind of procedure. Moreover, all the needed definitions were introduced in the book I of the CDE³⁰.

²⁴ E. FALLA, *La réparation des dommages de masse: propositions visant à renforcer l'efficacité de l'action, en réparation collective, loc.cit.*, pp. 28-29.

²⁵ CDE, 28 février 2013, M.B. 29.3.2013, p. 19975.

²⁶ Loi du 27 mars 2014 portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution dans le livre XVII «Procédures juridictionnelles particulières» du Code de droit économique et modifiant le Code judiciaire en vue d'attribuer aux cours et tribunaux de Bruxelles une compétence exclusive pour connaître de l'action en réparation collective visée au livre XVII, titre 2, du Code de droit économique, M.B. 29.4.2014, p. 35197.

²⁷ C. Jud. 10 octobre 1967, M.B. 31.10.1967, p. 11360.

²⁸ P. HOFSTRÖSSLER, *L'action en réparation collective: la procédure*, in *L'action en réparation collective* (under the dir. of J. Englebert and J.L. Fagnart), Limal, Anthemis, 2015, pp. 37-38.

²⁹ Loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un titre 2 «De l'action en réparation collective» au livre XVII «Procédures juridictionnelles particulières» du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre 1er du Code de droit économique, M.B. 29.4.2014, p. 35201.

³⁰ CDE, Art. 1.21, 1°.

The main question of the reform is the central competence accorded to the Brussels jurisdiction. The *ratio legis* is to assure a real access to the procedure for the consumer, to avoid abusive actions, to centralize the procedures of a high number of potential consumers all over the Kingdom, to improve the jurisdiction expertise and to pursue the uniformity and harmonization of decisions and case law in the country³¹. In an important judgment of 2015 the Constitutional Court of the Belgian Kingdom said that this kind of jurisdiction «constitue une mesure pertinente au regard de la nature même de l'action collective» and also «en cette matière apparaît particulièrement souhaitable compte tenu de l'objet de l'action en réparation collective»³².

4. *The main features of the procedure*

One of the main features of the Belgian system is that the decision between the option of inclusion (Opt-in) or the option of exclusion (Opt-out) is left to the judge's choice, with great discretion. The exceptions are cases of physical or moral damages and if the damaged subjects are not permanently resident in Belgium. Indeed, in these cases, it is mandatory to opt for the inclusion clause³³. We can find a similitude with the new Italian law of collective redress for being a semi-mixed system, on the basis of which indeed it is also possible to join the action in two different phases of the procedure³⁴.

The procedure has a limitation about the subject, *ratione personae*, because it is only referred to the disputes between a group of consumers (not for actions concerning employment contracts) and an enterprise (B2C)³⁵.

Another limitation is about the matters, *ratione materiae*, for which the only relevant violations are those concerning contract obligations, European rules and laws enumerated in the CDE³⁶.

The last limitation is about time, *ratione temporis*. The proce-

³¹ H. BOULARBAH, *Le cadre et les conditions de l'action en réparation collective*, in *L'action en réparation collective* (under the dir. of J. Englebort and J.L. Fagnart), Limal, Anthemis, 2015, p. 33.

³² C. const., 1^{er} octobre 2015, n° 137/2015, B.10.3.

³³ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 31.

³⁴ Legge 12 aprile 2019, n. 31, Disposizioni in materia di azione di classe.

³⁵ CDE, Art. XVII.36.

³⁶ CDE, Art. XIV.37.

ture is available only for the facts happened after September 1st 2014³⁷.

Regarding the language of the procedure, the same rule of the common judiciary law of the Kingdom is applied³⁸. It is, therefore, possible to promote and follow the trial, depending on the case, in French or Dutch. It is moreover possible, if the parties prefer it in common agreement, to decide to use a different language³⁹. It is also interesting to know that, in the opinion of the Constitutional Court, the lack of possibility to sue in German is not a deprivation of the constitutional right⁴⁰.

5. Conclusions

In the final consideration of this research, it is important to pay attention to the main features of the collective action field. The old origins represent the strong ground of a device used and implemented in all the greatest political realities and juridical frameworks of history. The human value of this instrument – that is embodied in social equity – is in the idea to join and share the difficulty of a trial. Indeed, it is primarily aimed to accord a good chance to people too much weak only with their own forces.

It is easy to find in literature, history and culture, a lot of declaration of this feeling, that together people can do it better, can do more⁴¹.

It is also important, in the path of this moral awareness, to point out how this mechanism – already used for a lot of social justice goals for consumers⁴², damaged people and (where allowed) workers all over the world – has become a tool and an important way to protect and sometime increase the most innovative and relevant field of the social and juridical reality. This instrument was

³⁷ E. FALLA, *op. cit.*, pp. 81-82.

³⁸ Loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, art. 4, § 1.

³⁹ C. const., 1er octobre 2015, n° 137/2015, B.12.

⁴⁰ *Ibidem*. B.11.

⁴¹ It is possible to recall the Belgian motto, as already done, *l'union fait la force* (strength lies in unity); the American *e pluribus unum*; in a negative meaning the latin maxim *divide et impera* and the roman law principle of *affection societatis* as ancestor of the modern idea and spirit of company.

⁴² For example, the first case in Belgian law, the lawsuit promoted by a consumer association against Thomas Cook in 2014 (solved through an extrajudiciary resolution).

born and grown since the last century in Western countries and now it is growing shyly even in some developing realities. So, we can find different kinds of actions designed to protect human rights⁴³ and enforce environmental law, alimentary law, new frontiers of communications and internet regulation, human heritage protection⁴⁴ and civil rights recognition, like the African American people⁴⁵ and women's condition in the U.S. of the last century and the LGBT community request in the past and current years⁴⁶.

The value of this legal device is very meaningful for the possibility that it gives to people, not only to defend their juridical position as owners, physical subjects or workers – so purely in a private law perspective – but also all the other issues of the modern world that people can look and feel as a collective interest.

So, it is good – for a lot of people – to study, research and find more and more methods to ensure protection through this kind of lawsuits for oneself, but also to reach new steps of legal civilization in an altruistic perspective.

⁴³ *Rasul v. Bush, Eisentrager v. U.S. and Filartiga v. Pena-Irala.*

⁴⁴ *Cobell v. Norton* (also known as 'the Kennewick man case').

⁴⁵ *Brown v. Board of education of Topeka.*

⁴⁶ See, for some aspects, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 576 US (2015).

SIMONE VESCIO - CLAUDIA ESPOSITO*

IL DELITTO DI BANCAROTTA:
REATO DI MERA CONDOTTA,
PERICOLO O DANNO?

The present article describes the fundamental aspects of the bankruptcy. In particular, it attempts to analyze its discipline and clarify some points of the jurisprudence debate around this topic.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Evoluzione normativa: il nuovo ruolo dell'imprenditore. – 3. Il reato di bancarotta. – 4. Evoluzioni fondamentali della giurisprudenza. – 4.1. La sentenza Corvetta, principi generali e visione sistematica. – 5. Riflessioni finali.

1. *Introduzione*

La bancarotta si può iscrivere tra i reati c.d. 'della crisi d'impresa' (o contro il patrimonio), in quanto si configura allorché un imprenditore (bancarotta propria) o un amministratore, un direttore generale o un sindaco di una società (bancarotta impropria), dichiarato il fallimento con sentenza dell'autorità giudiziaria, pongano in essere o abbiano posto in essere condotte volte a danneggiare i creditori, impedendo a quest'ultimi di soddisfarsi sul patrimonio aziendale.

* Simone Vescio è studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma. Claudia Esposito è studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Università "Luigi Bocconi" di Milano. Il presente lavoro rappresenta la prosecuzione di un articolo in tema di *ne bis in idem* a proposito di bancarotta, pubblicato nella sezione di diritto della rivista "Tra i Leoni" dell'Università Bocconi a cura dell'Associazione "Keiron – la casa dei penalisti". Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Antonio Fiorella presso Sapienza Università di Roma.

2. *Evoluzione normativa: il nuovo ruolo dell'imprenditore*

I reati di bancarotta erano originariamente contemplati nella legge fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), poi riscritta dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5. La disciplina si imperniava sostanzialmente attorno alle fattispecie delineate dagli articoli 216 e 217 di tale legge, rispettivamente bancarotta fraudolenta e semplice, le quali non si differenziano tanto per l'elemento oggettivo, quanto per quello soggettivo. Ad oggi, invece, la disciplina dei reati di bancarotta è stata inserita nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, in cui le fattispecie anzidette, sanzionate rispettivamente dagli articoli 322 e 323, entreranno in vigore insieme al resto del testo, decorsi 18 mesi dalla pubblicazione. Con questa novella scompaiono i concetti di 'fallimento' e 'fallito', in quanto vengono sostituiti dall'espressione 'liquidazione giudiziale'. In più, si offre la possibilità all'imprenditore di riportare in equilibrio l'azienda, sia operando da solo sia ricorrendo ad esperti specializzati; nel caso in cui questi non dovesse riuscire in tale intento, potrebbe essere avviata la c.d. procedura d'allerta, che può avere una durata di tre o sei mesi ed è volta a trovare un accordo con i creditori, evitando che la crisi sfoci in uno stato d'insolvenza. Per assicurare poi la rilevazione tempestiva delle situazioni di crisi d'impresa, il legislatore ha previsto una serie di misure premiali per l'imprenditore. Nello specifico, attraverso il combinato disposto degli artt. 24 ('Tempestività dell'iniziativa') e 25, co. 2 ('Misure Premiali') del nuovo codice, viene introdotta una causa di non punibilità, o comunque di riduzione della pena fino alla metà, per il reato di bancarotta – come anche di altri reati connessi alla crisi d'impresa – nel caso in cui il debitore si attivi, a seconda dei casi, entro tre o sei mesi. Ai fini che in questa sede interessano, si vuol fin da subito mettere in campo quest'ulteriore nuovo dato, utile a sottolineare la considerazione – questa volta effettuata dalla legge positiva – di condotte attive dell'imprenditore volte a scongiurare l'effetto pregiudizievole verso i creditori, che, come si vedrà, difficilmente sono conciliabili con il rilievo penale conferito a qualsiasi condotta per il solo fatto di precedere il fallimento e per di più senza la necessaria considerazione degli effetti.

3. *Il reato di bancarotta*

Analizzando ora più da vicino il reato di bancarotta, rilevano diversi tipi di condotte che permettono di distinguere tra una plu-

ralità di ipotesi, vale a dire la bancarotta fraudolenta distrattiva, documentale o preferenziale. La prima forma consiste in azioni di riduzione del patrimonio da parte dell'imprenditore, con la consapevolezza di privare i creditori, contro il loro interesse, della garanzia delle loro pretese. Nel secondo caso, invece, l'interesse mediamente tutelato è quello di poter fare affidamento sulla correttezza delle scritture contabili dell'impresa, in modo da consentire in ogni momento di risalire ad ogni cespite patrimoniale dell'imprenditore. Infine, il terzo caso tutela l'interesse dei creditori a veder rispettata la c.d. *par condicio creditorum*, ovvero l'ordine con il quale devono essere pagati, punendo la simulazione di titoli di prelazione o l'esecuzione di pagamenti per favorire alcuni di essi. Occorre tenere presente un'ulteriore distinzione, ovvero quella tra bancarotta *pre* e *post* fallimentare, a seconda che si tratti di bancarotta fraudolenta di qualsiasi genere, posta in essere prima della dichiarazione di fallimento, o durante tale procedura. Nel secondo caso i fatti sono gli stessi previsti dall'art. 216, ma commessi durante la procedura fallimentare. Nella predetta ipotesi è pacifico che il fallimento rappresenti un 'presupposto della condotta'. La medesima convergenza di opinioni non si rinviene in dottrina e in giurisprudenza in merito allo stesso elemento nelle fattispecie prefallimentari. Nonostante la modifica recente, il legislatore non è intervenuto circa l'individuazione dell'esatta natura della dichiarazione di fallimento. Il vivace dibattito attorno a tale questione sarà affrontato seguendo un ordine argomentativo proteso a far emergere la gamma delle acquisizioni prospettate a livello giurisprudenziale.

4. *Evoluzioni fondamentali della giurisprudenza*

L'orientamento formatosi in seguito all'entrata in vigore della legge fallimentare (R.D. 16/03/1942, n. 267), con la sentenza Mezzo, riteneva che la dichiarazione di fallimento fosse da considerarsi elemento costitutivo del fatto di reato, ed in particolare alla stregua di una condizione d'esistenza di questo, senza pervenire a qualificarlo nei termini di 'evento', lasciando quindi irrisolta la questione circa il suo inquadramento¹. L'esigenza era quella di individuare il significato di disvalore del reato di bancarotta, dal

¹ Cass. pen., SS.UU., 25.1.1958, n. 2, in *La Giustizia Penale*, 1958, II, p. 513.

momento che, ad esempio, laddove l'imprenditore avesse semplicemente distratto i beni, senza tuttavia incidere negativamente sugli interessi dei creditori, tale azione non avrebbe potuto essere considerata offensiva nei confronti degli interessi tutelati dalla norma e quindi penalmente rilevante. Tale esigenza può trovare conferma se si pensa, ad esempio, al concetto della c.d. 'bancarotta riparata'. Si legge, infatti, in una pronuncia del 2015 che «non integra fatto punibile come bancarotta per distrazione la condotta, ancorché fraudolenta, la cui portata pregiudizievole risulti annullata per effetto di un atto o di un'attività di segno inverso»² tenuta prima dell'apertura della procedura fallimentare. Emerge chiaramente la portata di tale affermazione: se tra il momento della condotta antidoverosa e quello dell'apertura della procedura fallimentare o quello della 'situazione di dissesto produttiva del fallimento' può collocarsi una rilevante condotta 'scriminante', che annulli proficuamente l'effetto pregiudizievole, si è ancora in grado di bloccare gli sviluppi penalmente rilevanti. In altri termini, una condotta di per sé fraudolenta non rappresenta sempre e in automatico un pregiudizio per i creditori, non potendosi quindi parlare di una pura condotta di per sé rilevante. Di segno opposto, invece, altro orientamento contenuto nella sentenza Passarelli, secondo cui, ai fini della sussistenza del reato, i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati realizzati, ritenendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa dirigendo le risorse verso impieghi estranei all'attività imprenditoriale³. Tale presa di posizione pertanto esclude che debba sussistere un qualche tipo di collegamento psichico o causale tra l'autore (e la sua condotta) e il dissesto dell'impresa, perfezionandosi il reato con la sola condotta distrattiva. Il fallimento, invece, rileva come «evento successivo e comunque esterno alla condotta». Tale ultima definizione è ripresa dalla sentenza Santoro⁴, la quale individua l'istituto penale sotto il quale inquadrare il fallimento. Innanzitutto, viene individuato un limite, domandandosi come potrebbe imputarsi e quindi rimproverarsi all'imprenditore la dichiarazione del fallimento, dal momento che si tratta di provvedimento dell'autorità giudiziaria che, come tale, non può rientrare nella sfera di rappre-

² Cass. pen., Sez. V, 13.2.2015, n. 6408.

³ Cass. pen., SS.UU., 31.3.2016, n. 22474.

⁴ Cass. pen., Sez. V, 8.2.2017, n. 13910.

sentazione e volontà dell'agente salvo porre in capo all'agente una responsabilità oggettiva, vietata, anche alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale⁵. Anche per tale motivo, l'elemento del fallimento previsto dalla norma viene quindi qualificato come condizione obiettiva di punibilità (art. 44 c.p.), ontologicamente indipendente dalla volontà dell'agente, trattandosi di condizione estrinseca rispetto al fatto, il quale già contiene una condotta di per sé perfetta e costituente reato. Tale impostazione serve anche a risolvere la questione circa il luogo e il tempo della commissione del delitto, applicandosi in virtù di tale ricostruzione la disciplina *ex art. 158, co. 2 c.p.* Il giudice della legittimità concorda virtualmente, allora, con le acquisizioni in tema di elemento psicologico «la cui sussistenza richiede la rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta distrattiva, da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la rappresentazione del rischio di lesione degli interessi creditori tutelati dalla norma incriminatrice»⁶. Il reato di bancarotta è dunque ricostruito in termini di pericolo. Il Collegio ritiene che l'offesa tipica «sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento», che «si realizza indubbiamente già con l'atto depauperativo dell'imprenditore» e risulta rimproverabile in quanto egli non è «il *dominus* assoluto e incontrollato del patrimonio aziendale», ma in virtù dell'art. 41 Cost. non solo gli è riconosciuta la libertà d'impresa, ma altresì grava su di esso il divieto di esercitarla in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Altra pronuncia successiva, però, chiarisce i termini di tale pericolo⁷. E cioè non può parlarsi di pericolo astratto, ma questo dev'essere ancorato «all'idoneità dell'atto di depauperamento a creare un vulnus della garanzia dei creditori» in caso di fallimento. Al giudice compete, quindi, un esame sull'elemento oggettivo attraverso il ricorso ad un giudizio *ex ante*, senza tuttavia escludere la valutazione della permanenza o meno della stessa situazione fino all'apertura della procedura fallimentare (es. l'evenienza di soluzioni riparative), e ancora: «il detto pericolo va valutato in concreto, quando cioè possa affermarsi che la diminuzione della consistenza patrimoniale comporta uno squilibrio tra attività e passività». In altri ter-

⁵ Corte cost., sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988.

⁶ Cass. pen., Sez. V, 5.12.2014, n. 15613, Geronzi.

⁷ Cass. pen., Sez. V, 24.3.2017, n. 17819, Palitta.

mini, è sufficiente che, prima che intervenga il fallimento, si sia realizzato un pericolo concreto per la massa dei creditori di non veder soddisfatte le proprie pretese e che l'agente abbia «orientato la lettura di ogni sua iniziativa di distacco dei beni» in un momento pressoché prossimo all'insolvenza. Il rischio che vuole evitarsi in questo caso è quello che il giudice possa selezionare delle condotte cronologicamente molto distanti dalla pronuncia di fallimento oppure poste in essere in situazioni di piena salute dell'impresa. Ad ogni modo, è compito del giudice lavorare «in modo da poter effettuare, in termini di prognosi postuma, la ricognizione della concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio e la sua proiezione soggettiva alla luce delle specifiche connotazioni del caso concreto». In definitiva, dunque, all'interno di questo quadro, le norme sulla bancarotta *ex artt.* 216 e 217 sono costruite come reati di pericolo concreto, in cui il fallimento rappresenta condizione obiettiva di punibilità, il dolo è quello generico in cui il soggetto qualificato deve rappresentarsi e volere (o poteva rappresentarsi) la messa in pericolo, attraverso la sua condotta, degli interessi *creditorum* (a prescindere dall'effettivo danno) e ove anche oggettivamente possa dirsi che tale condotta s'inserisce in un contesto temporale e circostanziale di crisi dell'impresa tale per cui il pericolo che vi sia un pregiudizio sia concretamente accertabile.

4.1. *La Sentenza Corvetta, principi generali e visione sistematica*

Un orientamento rimasto isolato nel panorama giurisprudenziale, contenuto in una pronuncia risalente al 2012⁸, la sentenza Corvetta, individua invece un altro ruolo del fallimento all'interno della fattispecie, spingendo al massimo l'esigenza sottolineata dalla ricordata sentenza Mezzo: il fallimento non solo è elemento essenziale del reato, ma vero e proprio 'evento'. È utile richiamare le circostanze del caso Corvetta, ove le condotte distrattive contestate erano temporalmente assai distanti dal fallimento della società e per di più interrotte da un periodo di amministrazione giudiziale. La Cassazione, interrogandosi sulla natura di tale elemento, ritiene di non condividere l'idea (già precedente alla Sentenza Santoro, in dottrina) del fallimento come condizione obiettiva di punibilità. Il fallimento, infatti, non può darsi come fenomeno del tutto estra-

⁸ Cass. pen., Sez. V, 24.9.2012, n. 47502.

neo al fatto di reato, ma rappresenta una 'condizione di punibilità intrinseca', un elemento interno al reato di cui fonda il disvalore. Il percorso logico del giudice della legittimità muove dal richiamo di due principi fondamentali dell'ordinamento penale, in ossequio alla necessaria esigenza di raccordo continuo delle singole fattispecie con la parte generale del codice penale. Ci si riferisce in materia di causalità oggettiva all'art. 40 c.p. ed in materia di causalità psichica all'art. 43 c.p.: il dolo presuppone che l'agente abbia preveduto l'evento dannoso o pericoloso come conseguenza della sua azione od omissione. Nel caso della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare, posto che il fallimento è il fenomeno dal quale la norma fa discendere la punibilità, questo «deve essere dall'agente preveduto e voluto, almeno a titolo di dolo eventuale». Dal punto di vista dell'accertamento del nesso causale si fa notare che l'art. 40 non conosce eccezioni – così come accade per l'elemento soggettivo all'art. 42, con le dovute precisazioni costituzionali – e partendo dalla giurisprudenza più risalente in materia, se il fallimento deve configurare elemento costitutivo, tale elemento è l'evento del reato ponendosi necessariamente allora in rapporto di causalità – negato nel resto delle pronunce – con la condotta tenuta dall'imprenditore, con il fine evidentemente di riuscire a selezionare la c.d. 'zona di rischio penale'⁹. In riferimento al fallimento, però, la summenzionata sentenza Santoro prende effettivamente atto di una differenza sostanziale allorché afferma che non è la dichiarazione di fallimento ad aggravare l'offesa ai creditori ma che «è evidente che altro è l'insolvenza, altro è la dichiarazione di fallimento, che, infatti potrebbe anche non seguire alla prima, quando l'imprenditore dimostri il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art 1, comma secondo, l. fall.»¹⁰. Infatti, come rilevato dalla stessa sentenza ed anche in dottrina¹¹, il fallimento semmai garantisce le posizioni creditorie, mentre l'evento rappresenta ontologicamente elemento di disvalore del reato. Ciò posto, a ben vedere, il momento necessario in cui si realizza il danno per i creditori è individuato dall'insolvenza dell'impresa, cioè quando non v'è più (a causa di condotta imputabile all'imprenditore) possibilità di porre rimedio alla crisi debitoria. Si tratta, invero, di un momento suc-

⁹ Tale concetto viene espresso da P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

¹⁰ Cfr. § 7 Sentenza Santoro.

¹¹ Cfr. A. FIORELLA, *op. cit.*, p. 378.

cessivo alla condotta ma precedente e prodromico rispetto al fallimento, il quale, invece, è momento di constatazione della crisi e consente la punibilità del fatto ascrivibile all'agente. Tale considerazione aiuterebbe anche a risolvere quel problema¹² secondo cui sarebbero diversi gli interessi tutelati dalle diverse forme di realizzazione della bancarotta come esposte *supra*¹³. Infatti, l'interesse alla corretta tenuta della contabilità e quello del rispetto del diritto di prelazione sono tutti beni strumentali la cui tutela è prodromica a quella del bene giuridico finale comune a tutte le forme di bancarotta: vale a dire il patrimonio dei creditori.

Altra argomentazione sostenuta nel quadro del dibattito giuridico è rappresentata dall'interpretazione sistematica delle norme del titolo VI della l. fall. Infatti, la fattispecie di bancarotta impropria *ex art.* 223 l. fall. tipizza al n. 1 del secondo comma – rispetto ai fatti dell'art. 216 richiamati nel primo comma – anche le condotte di coloro che «hanno cagionato... il dissesto della società» attraverso la commissione di altri illeciti societari e, al n. 2, quelle di coloro che hanno «cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società». Non v'è chi non veda come in tal caso il dissesto – probabilmente inteso come il presupposto dell'insolvenza – ed il fallimento siano posti normativamente in rapporto causale con le condotte descritte. Mentre nella sentenza Corvetta tale rilievo è motivo di supporto alla qualificazione della bancarotta come reato di danno, per il resto della giurisprudenza tale dato indica null'altro che l'esercizio della discrezionalità dell'attività legislativa, la quale avrebbe previsto costruzioni del reato piuttosto diverse.

5. *Riflessioni finali*

L'attuale impostazione, come emerge anche da una sommaria lettura delle più recenti sentenze, aderisce agli orientamenti contenuti nelle summenzionate pronunce Santoro, Passarelli, Palitta. La sentenza Corvetta rimane ancora oggi «una pronuncia controcorrente»¹⁴ nel panorama del giudizio di legittimità seppure vi siano stati sviluppi – in termini di reato di pericolo concreto oppure

¹² Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Parmalat.

¹³ Vedi *supra* § 3.

¹⁴ Così F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della cassazione in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2013.

come il fenomeno della bancarotta riparata o la distinzione tra insolvenza e fallimento – che potrebbero ulteriormente incoraggiare il dibattito in direzione della valorizzazione della qualificazione di evento di danno consistente nella situazione di crisi che possa addebitarsi causalmente alla condotta del soggetto agente e quindi attrarla come tale nel contenuto del dolo, almeno nella forma dell'aggravamento di tale situazione. In conclusione, vuole porsi la seguente considerazione critica. Una mera condotta distrattiva, distante dai fini imprenditoriali, potrebbe di per sé rilevare autonomamente sotto altro titolo di reato (ad es. appropriazione indebita ex art. 646 c.p.) ancor prima dell'intervento del fallimento. Intervento quest'ultimo potrebbe, se accertato, notevolmente mutare la dimensione dell'illecito, il quale giocherebbe in un contesto economico-imprenditoriale tale per cui il disvalore del reato sarebbe di gran lunga maggiore (e questo emerge chiaramente dalla lettura delle cornici edittali previste). Paradossalmente, si è notato in una recente pronuncia, sentenza Pessotto¹⁵, che laddove una condotta di appropriazione sia già stata giudicata in precedente giudizio definitivo, intervenuto il fallimento, essa non può costituire oggetto di nuovo accertamento per bancarotta in virtù del principio del *ne bis in idem*, per il quale assume rilievo il principio dell'*idem factum*¹⁶. La Corte osserva, infatti, che tra appropriazione indebita e bancarotta non v'è un elemento distintivo dei fatti, in quanto il fallimento non è evento del reato. È evidente allora come l'ordinamento, in questo caso, anticipando il momento consumativo del reato al realizzarsi del pericolo, esclude la possibilità di prendere in considerazione le più gravi conseguenze economiche del fallimento. V'è, infatti, una divaricazione tra evento giuridico e naturalistico, nel senso che laddove, successivamente alla condotta, l'impresa fallisca, tale evento non può configurare un evento giuridico. Ci sembra quindi che le diverse spinte, restrittive ed espansive dell'area dell'incriminazione, trovino il loro comun denominatore in una ricostruzione del reato di bancarotta come reato di danno.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 15.2.2018, n. 25651, Pessotto, a proposito di *ne bis in idem* in un caso di nuovo esercizio dell'azione penale per bancarotta fraudolenta rispetto a condotte già definite in precedente giudizio assolutorio a titolo di appropriazione indebita.

¹⁶ Cfr. su questo: Corte cost., n. 200/2016 sul *ne bis in idem*, da valutarsi secondo l'*idem factum* in considerazione non solo della condotta ma della triade condotta-nesso causale-evento; Cedu, Grande Camera, Zolotukhin v. Russia, 10.2.2009.

CECILIA MORELLI*

LA CURVA DI KUZNETS NELLA TRANSIZIONE VERDE

The present article shows how the EKC model is a starting point to plan new eco-friendly economic policies, showing the main law instruments in support of them, considering also the reality produced by Covid-19.

SOMMARIO: 1. *L'Environmental Kuznets curve*. – 2. Strumenti normativi. – 3. Covid-19, crescere in modo sostenibile si può?

1. *L'Environmental Kuznets curve*

Il tema dello sviluppo economico ecocompatibile necessita un approccio trasversale, che tenga conto di numerose variabili e componenti della nostra vita sociale ed economica. Per rinvenire i primi studi relativi all'impatto ambientale degli agenti inquinanti di produzione, gli anni '70 del '900 sono il punto di inizio, in quanto sono quegli anni in cui il problema del degrado ambientale, dovuto ad un avanzamento industriale noncurante delle sue conseguenze, è diventato maggiormente percepibile rispetto al passato. È proprio a questo decennio che risalgono le elaborazioni sull'argomento, di un importante economista di origini bielorusse Simon Kuznets. I suoi studi in economia sono tra i più prolifici e completi, per questo viene indicato come uno dei padri dell'economia moderna per i suoi contributi nell'ambito dell'econometria e dello studio del reddito nazionale degli Stati Uniti, dove poi fu naturalizzato americano. Ciò che ha caratterizzato in modo costante il la-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Castaldo.

voro di Kuznets è la sua concezione pluralista e aggregata della realtà economica oggetto dei suoi studi, infatti negli anni '70 fu autore di un modello che nel tempo è divenuto sempre più spendibile, la curva che porta il suo nome. Originariamente la curva in parola, con la forma di una U capovolta¹, metteva in relazione la crescita economica e il reddito su due realtà opposte: la prima riferita ai Paesi poveri, la seconda ai Paesi più ricchi; i risultati ottenuti in un certo senso sorprendono, in quanto per i Paesi meno sviluppati il divario tra soggetti abbienti e non cresceva nel tempo, tendenza completamente invertita nei Paesi che invece godevano di un'economia più solida. In questi ultimi infatti la disuguaglianza tra fasce sociali sembrava in una prima fase acuirsi per poi, oltrepassato un certo punto, ridursi progressivamente mantenendo alto il livello di crescita economica nazionale. Le deduzioni tratte dal modello elaborato per i Paesi ricchi sono ciò che ha reso spendibile la curva di Kuznets per lo studio dell'impatto dello sviluppo economico sull'ambiente. Da anni la curva di Kuznets, che in questa branca di studi, che è l'economia ambientale, guadagna un termine ovvero *'l'Environmental Kuznets curve'*, dimostra come in un primo momento l'ambiente subisca lo sviluppo economico che aumenta, ma raggiunto il punto di picco, la crescita economica continua a progredire riducendo però il suo impatto sull'ambiente; questo risultato si deve alle linee guida del modello economico in parola, in quanto il famoso economista nell'elaborazione della U capovolta tiene conto di variabili, quali la crescita della conoscenza degli individui e demografica degli stessi, della capacità di adattamento ai fattori di crescita e infine delle relazioni esterne con gli altri Paesi, riuscendo così in una valutazione complessiva attendibile. L'inversione di tendenza dopo il punto di picco deriva proprio dalle possibilità offerte a seguito della solidità economica costruita nella fase di crescita, da cui si traggono gli investimenti necessari, pubblici o privati che siano, in tecnologie avanzate e con progetti a lungo termine. Si segue così la prospettiva naturale del singolo, certamente orientata alla massimizzazione del proprio profitto, ma al di fuori della vita lavorativa egli intende anche godere di altro, come un'aria più salubre o un'area più serenamente abitabile.

Sebbene il legame tra crescita economica ed impatto ambientale strutturato da Kuznets sia pacifico nella comunità scientifica

¹ *Sostenibilità-indicatori.*

ed economica, non mancano le opposizioni di chi² ammonisce questo modello per scarsa fruibilità nello studio dell'impatto di sostanze inquinanti diverse da quelle da lui prese in considerazione, tuttavia si ha una ben più fornita dottrina che piuttosto si occupa di indagare le ragioni dietro il cambio di tendenza dopo il punto di picco, congetturando sul tipo di intervento economico idoneo alla realizzazione della seconda parte della curva.

La fase discendente è quella che racconta l'andamento del sistema economico dopo che questo ha prodotto una certa soglia di *output* grazie all'impiego di strumenti che si occupassero esclusivamente di portare a termine il processo produttivo, superato il momento di massima ricchezza economica ottenuta molti studi successivi hanno poi confermato con dati empirici la previsione dell'EKC, ovvero si ha una decrescita dell'impatto ambientale senza perdite sullo sviluppo economico. In particolare, uno studio del 2020³ ha mostrato quali siano gli indici che permettono agli studiosi di poter registrare lo *switch* verso una crescita economica ecocompatibile, si tratta di una sinergia tra soggetti pubblici e privati dai quali emerge *in primis* l'elasticità crescente della domanda per il miglioramento della qualità dell'ambiente, come è frequente in aree abitate prossime alle zone industriali; di qui la necessità dell'approccio d'analisi trasversale, che non tenga conto soltanto del profitto e della solidità economica nazionale, ma anche delle esigenze che l'uomo manifesta in quanto uomo e non come solo punto dell'asse produzione-consumo. Alla presenza della domanda appena illustrata va aggiunto inoltre il verificarsi di un fenomeno puramente industriale nell'ambito del settore manifatturiero si afferma, infatti, una progressiva crescita dell'impiego della c.d. tecnologia di abbattimento, vale a dire la decrescita dell'uso di quei strumenti che nella prima fase della curva sono stati impiegati nello sviluppo economico, ma che ora deteriorano l'ambiente non riuscendo ad efficientare la produzione rispetto agli strumenti utilizzabili con gli investimenti derivati dalla ricchezza raggiunta con la prima fase; la disponibilità acquisita non si intende confinata ad una lievitazione del conto in banca di produttori e consumatori,

² D. STERN, M.S. COMMON, E.B. BARBIER, *Economic Growth and Environmental Degradation: The Environmental Kuznets Curve and Sustainable Development*, § *The EKC hypothesis*.

³ ELSEVIER, *Structural change and Economic Dynamics, Occurrence of turning point on Environmental Kuznets curve in the process of (de)industrialization*, vol. 53, June 2020, p. 359-369.

ma si identifica con un progresso più ampio comprensivo sia dell'arricchimento del bagaglio culturale dei singoli, sia dell'acquisizione di una nuova sensibilità ambientale da parte dell'intera collettività. Infine il terzo ed ultimo dato che conferma gli studi di Kuznets circa l'andamento dello sviluppo economico ideale ed eco-compatibile è quello che interessa uno spettro sistematico più allargato ovvero i cambiamenti strutturali successivi alla crescita economica raggiunta in corrispondenza del picco della curva. Infatti all'interno di questo terzo indice si guarda alla capacità di adattamento degli individui ai fattori innovativi, tra i quali si annovera lo stile di vita seguente all'adozione di nuove metodologie di produzione e di consumo.

Il modello economico in parola tratta con riferimento alla seconda parte della curva di una progressiva riduzione dell'impiego di quella tecnologia che pur avendo permesso all'Occidente di svilupparsi ha contemporaneamente portato al deterioramento dell'ambiente dove questo sviluppo si susseguiva in fasi il punto di maggior interesse sotto un profilo economico è capire la tempistica idonea a permettere l'avvio del fenomeno di deindustrializzazione: a questo proposito si suole distinguere in deindustrializzazione prematura⁴ e non prematura. La prima è quella che anticipa, rispetto al livello consueto di reddito pro capite e PIL il momento di avvio all'investimento in una tecnologia più all'avanguardia nel rispetto degli ecosistemi; questa strategia non è priva di conseguenze, ci sono evidenze che confermano come l'anticipazione della transizione economica precluda la possibilità di raggiungere l'ormai noto punto di picco dell'EKC, in ragione innanzitutto di un problema occupazionale. In una fase ancora troppo acerba risulta difficile, reimpiegare lavoratori impegnati nel settore manifatturiero poi dispensati dato l'ingresso di una nuova tecnologia di produzione, poiché anticipando non solo si censura il momento di formazione dei lavoratori disoccupati, ma il mancato raggiungimento della stabilità del sistema economico preclude anche qualsiasi manovra di svolta. Un diverso scenario si apre laddove si scelga di aspettare che i cicli economici facciano il loro corso, optando per questa seconda strada la stabilità economica che avvia alla transizione verde viene interiorizzata dal sistema economico nel lungo periodo, permettendo al singolo e alla collettività di avanzare in

⁴ ELSEVIER, *Occurrence of turning point on Enviromental Kuznets curve in the process of (de)industrialization*, p. 359-369.

tutti quei profili di crescita allargata di cui sopra, quindi economica e culturale prima di tutto. Per queste ragioni l'EKC deve certamente essere considerata un faro nella realizzazione del passaggio ad un'economia ecosostenibile, ma senza trascurare i tempi entro i quali il sistema economico nazionale è pronto a procedere ad un cambiamento strutturale di questa portata.

2. *Strumenti normativi*

Gli studi di Kuznets si sono rivolti ad un arco temporale piuttosto ampio che va dal periodo post-rivoluzionario fino alla sua contemporaneità, il che gli ha ben permesso di poter considerare, pur analizzando in prima battuta il solo cambiamento economico, anche tutti i cambiamenti che nel passaggio dalla formazione degli Stati Nazionali fino alle guerre mondiali del Novecento sono venuti sempre più in rilievo grazie all'abbattimento di importanti barriere sociali, basti pensare, ad esempio, all'estensione dell'istruzione a quasi tutti gli strati sociali dei Paesi europei. Malgrado l'ampiezza temporale, i suoi studi sono concentrati sulla città di Londra, esponendo i suoi elaborati al rischio di non essere validi per altre realtà non altrettanto evolute. Si tratta di un problema di non poco conto in quanto la volontà di estendere la realizzazione concreta dei risultati della curva a tutte le Nazioni costituisce la principale sfida futura prima di tutto sotto un profilo normativo. Infatti la fase discendente dell'EKC non è realizzabile soltanto attraverso investimenti privati, che non ce la farebbero da soli a sostenere la transizione di un intero sistema economico.

L'affermazione degli studiosi circa l'effettivo realizzarsi di un cambiamento di tendenza sul piano produttivo si basa sulla individuazione di tre indici: la crescita della domanda di miglioramento della qualità dell'ambiente ad opera della collettività, il progressivo impiego della tecnologia di abbattimento e i cambiamenti strutturali legati alla crescita economica, con i quali si intendono quelle modifiche dello scheletro dell'apparato produttivo nazionale e poi internazionale frutto della costituzione di un sistema produttivo moderno e sensibile all'impatto sull'ambiente. È in quest'ultimo profilo che risiede il contenuto principale dei traguardi futuri del nostro presente: l'impiego di una tecnologia redditizia e a basso impatto ambientale. Si è già accennato come tale obiettivo comporti investimenti in strumenti all'avanguardia, per questo molto

costosi se a carico dei singoli imprenditori privati, delineando quindi una sola via percorribile, l'inserimento nei bilanci pubblici nazionali della voce ambientale in maniera via via sempre più consistente; ad oggi però nonostante i vari protocolli e accordi internazionali la nuova progettazione di una politica pubblica seria e la realizzazione in modo massiccio della stessa rimane pressappoco una speranza. Senza dubbio una nota di rassicurazione sulle tipologie di linee di sviluppo che verranno adottate negli anni avvenire è data dalla progressiva capillarizzazione della presa di coscienza nei territori della necessità di uno sviluppo sostenibile. La nazione pioniera nelle politiche di sviluppo sostenibile è la Germania, alla quale si riconosce il merito di aver giocato d'anticipo sul tema, tanto che secondo i dati del Ministero federale dell'ambiente detiene un fatturato di 50 mld circa⁵. Politiche dirette alla protezione dell'ambiente possono registrarsi in Germania a partire dal decennio 1970-1980 quando i socialdemocratici iniziarono a colpire con rigide regolamentazioni l'emissione di sostanze inquinanti delle centrali elettriche e nel decennio successivo con H. Kohl si intervenne su più profili normando la gestione dei rifiuti e il riciclaggio di materiali oltre che la riduzione della circolazione di veicoli Euro 1. I presupposti della riduzione del 25% delle emissioni nel 2010 con la prospettiva di raggiungere il -45% nel 2020 da un lato e dall'altro l'utilizzo pari al 30% di fonti rinnovabili risiede in Germania nella guida dettata dai principi di cooperazione, precauzione e del caposaldo della politica ambientale ovvero 'chi inquina paga', la lungimiranza dell'economia tedesca in questo settore ha permesso alla Germania di portarsi così in netto vantaggio rispetto alle altre nazioni europee. Da qualche tempo l'Italia si è vista protagonista di un incremento visibile in tema di politica ambientale a partire dalle disposizioni presenti nella legge di bilancio del 2019, dove è stato disposto un massimo di credito d'imposta pari al 36% per le imprese a fronte delle spese sostenute e documentate per l'acquisto di materiali provenienti dalla raccolta differenziata degli imballaggi in plastica ovvero nel caso di acquisto di imballaggi biodegradabili e compostabili secondo la normativa UNI EN 13432:2002 o derivati dalla raccolta di carta e alluminio⁶. La legge di bilancio italiana del 2020 contiene invece non più norme di sola protezione, ma tenta una timida promozione della politica ambientale: infatti

⁵ Arpat Toscana, *Rete ambientale. Politiche ambientali in Germania*.

⁶ L. di bilancio 2019, art. 73.

per il triennio 2020-2023 sono stati disposti 150 mln annui dedicati alla riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra; inoltre l'ultima legge di bilancio promuove anche il 'Green new deal' vale a dire un accordo volto alla realizzazione della cosiddetta transizione verde attraverso, nel caso italiano, l'autorizzazione della spesa di 33 mln annui nel triennio 2020-2023 e 66 mln annui per il quadriennio 2024-2028 per la costituzione del *Green climate fund*⁷ previsto dalla l. 204/2016.

A partire dalla creazione del Gruppo intergovernativo sul cambiamento climatico del 1988 e poi con il protocollo di Kyoto del '92, siamo riusciti a costruire un sostrato normativo di tutela ambientale che è stato il frutto di proteste civili e modelli economici, come più direttamente ci riguarda in questa sede.

Il 2003 è stato un anno decisivo: con l'*Emission Trading System*, l'Unione Europea ha dotato i suoi membri di un mercato, cifrando le emissioni di gas serra in quote di scambio; si tratta di uno strumento che è pietra angolare della politica europea di lotta alle emissioni di gas serra il cui funzionamento attua le idee di fondo dell'Unione in materia di tutela ambientale, l'obiettivo di questo progetto è ridurre nel lungo periodo le emissioni di CO₂ da parte dei Paesi che vi hanno aderito. Lo scopo in questione viene perseguito attraverso la creazione nel mercato di un tetto massimo di quote di emissioni possibili, con la conseguenza che allo sfioramento della soglia consentita o di quella di cui si è richiesto credito seguono sanzioni amministrative pecuniarie che secondo le ultime modifiche del 2015⁸ vanno da 10'000 a 100'000 euro, multa aumentata, per ciascuna quota indebitamente rilasciata, fino ad un massimo di tre volte il valore medio della quota per il massimo di 100 euro per ciascuna quota, il tutto a carico del gestore dell'impianto. Il rispetto delle soglie fissate in fasce temporali da parte dei 31 Paesi aderenti, 28 dell'Unione Europea più Islanda, Liechtenstein, Norvegia, è favorito attraverso la possibilità di ottenere credito e cumulare le emissioni non rilasciate, nell'anno per il futuro, in modo tale da auspicare un livello di emissioni sempre tendente al ribasso. Il mercato in questione vede coinvolti 11'000 impianti industriali⁹, il settore dell'aviazione civile dei Paesi interessati e il

⁷ L. di bilancio 2020, art. 96.

⁸ D.lgs. 2 luglio n. 115 entrato in vigore il 23 luglio che riporta modifiche al d.lgs. n. 30/2013 di attuazione della direttiva 2009/09/CE, che modifica a sua volta la direttiva 2003/87/CE, in Sic.

⁹ Commissione Europea.

controllo del 45% delle emissioni totali di CO₂ dell'UE; come detto si tratta di un progetto di lunga durata, che intende ridurre l'inquinamento abbassando progressivamente il tetto massimo di emissioni possibili per i Paesi aderenti, oggi fissato al 2,2%. Di recente, nel 2018, è stata apportata una modifica alla direttiva del 2003, nella quale sono inserite disposizioni relative alla regolamentazione della fase che va dal 2021 al 2030; per quella che è la IV fase l'obiettivo perseguito è il rafforzamento degli strumenti attuativi delle linee guida dettate dall'accordo di Parigi del 2015 e dall'Agenda 2030. Le indicazioni riportate sono varie, in particolare la direttiva 2018/410/UE¹⁰ intende fissare il Fattore Lineare di Riduzione al 2,2%, con la prospettiva di poter conseguire l'obiettivo fissato di riduzione delle emissioni di gas serra a partire dal 1990 fino al 2020 del 40% all'interno del SEE; non solo, un altro profilo di intervento è rappresentato dalla composizione delle quote di riserva, queste con riferimento alla IV fase sono costituite da quelle quote inutilizzate nella fase precedente 2013-2020 e che per ragioni di smaltimento oltre che per evitare di creare nuove quote da emettere si preferisce mantenerle utilizzabili *pro futuro* all'interno dell'ETS. Quest'ultimo al fine di perseguire lo scopo a cui è rivolto lavora sulla gestione delle quote e per l'avvento del 2023 prevede il raddoppio provvisorio delle quote appartenenti all'area delle riserve per poi prevedere la cancellazione di tutte quelle che costituiscono un eccesso rispetto alle quote messe all'asta nella terza fase (2013-2020). Infine, la direttiva del 2018 oltre a prevedere la costituzione di un *Innovation Fund* a favore delle tecnologie innovative, predispone un meccanismo di rientro dei costi riferito al *carbon leakage* indiretto, per il quale viene fissata una soglia d'uso dei proventi inutilizzati non destinati a finalità ambientali derivanti dall'asta delle emissioni, eventualmente fruibili da parte degli operatori, in misura pari al 25% dei fondi, nel rispetto della normativa europea sugli aiuti di stato.

Per il 2030 si concentra tutta la tensione per il raggiungimento di una serie di ambiziosi obiettivi in materia di sviluppo sostenibile; a livello internazionale il documento programmatico è l'Agenda 2030. Si tratta di un accordo frutto delle trattative intercorse tra 193 Paesi delle Nazioni Unite e giunto alla sottoscrizione il 25 settembre del 2015. Con questa Agenda si è arrivati ad una considerazione più ampia e moderna dello sviluppo sostenibile, di-

¹⁰ *Ibidem.*

versamente dal passato si è maturata la consapevolezza di dover affrontare la questione ambientale trasversalmente, non potendo concentrare l'attenzione in modo ottuso e settoriale sul solo sviluppo economico; al fianco della ricerca di meccanismi produttivi più compatibili con l'ambiente si trova la cultura, la repressione di qualsiasi delle disuguaglianze esistenti, prima di tutto tra redditi e di genere aggiunte a tutti quegli aspetti che costituiscono la vita umana al di fuori dei numeri di fatturazione. L'Agenda 2030 è costituita da 17 *goals* e 169 sotto-obiettivi, che entro il fatidico anno devono essere conseguiti. È una strada che per poter essere costruita abbisogna di un decentramento operativo di *governance*; l'impegno sottoscritto dall'Assemblea Generale passa attraverso tutti i livelli di sovranità: dall'ONU ai programmi delle unioni internazionali, a quelli dei singoli Paesi, fino ad arrivare all'impegno civico delle comunità locali più ristrette. L'Obiettivo 12 è quello che si occupa più da vicino di dar voce alle necessità dell'intero ecosistema sempre più vessato da modelli di sviluppo tecnologicamente obsoleti; si occupa infatti, in linea con il titolo conferitogli dall'Assemblea Generale, di garantire modelli sostenibili di produzione e consumo¹¹. Il XII dei dispositivi dell'Agenda approccia in modo parzialmente promozionale alla soluzione del problema seguendo il principio del 'fare di più e meglio, con meno'¹² chiamando in causa innanzitutto gli sprechi alimentari di cui si cerca la riduzione nelle fasi di produzione¹³ e soprattutto di consumo. Dati alla mano, si registrano 1,3 miliardi di tonnellate di cibo¹⁴ sprecato all'anno che si intendono diminuire ottimizzando i trasporti e i mezzi di produzione agricoli per evitare un effetto domino che parte dalla degradazione dei suoli, per cause di produzione, e che arriva, di fatto, alla menomazione della capacità della natura di provvedere da sé alla produzione di risorse naturali; l'implementazione di tecnologie all'avanguardia permette di contrastare il consumo eccessivo di cibo, che da un lato nuoce alla salute fisica dell'uomo, dall'altro nuoce all'ambiente degradandolo anche attraverso il progressivo aumento di rifiuti che faticano ad essere smaltiti o riciclati in modo efficiente. Il settore alimentare è responsa-

¹¹ Organizzazione delle Nazioni Unite, A/res/70/1, Obiettivo 12.

¹² Centro Regionale di informazione delle Nazioni Unite, Obiettivo 12.

¹³ Onu, A/res/70/1, Obiettivo 12.6: «*Incoraggiare le imprese, soprattutto le aziende di grandi dimensioni e transnazionali, ad adottare pratiche sostenibili e integrare le informazioni sulla sostenibilità nelle loro relazioni periodiche*».

¹⁴ Centro Reg. Info N.U., Ob. 12.

bile del 22% di emissioni di gas serra oltre che del 30% del consumo totale di energia¹⁵. Questa è la descrizione della realtà che calza ai Paesi più sviluppati, che occupano soltanto una porzione del globo, per la gran parte costituito invece dal miliardo di persone che patiscono la malnutrizione e dall'altro miliardo di persone che soffrono la fame. Lo sviluppo ecosostenibile è oggetto di disciplina più diretta da parte dell'obiettivo 9, che al punto 4 fissa la volontà dell'Assemblea Generale di voler ammodernare le industrie e le infrastrutture rendendole più sostenibili attraverso uno sfruttamento efficiente delle risorse tramite l'adozione di tecnologie più pulite. Non solo, all'interno di questa norma non viene trascurata, in linea con i principi redattori dell'Agenda, l'importanza delle agevolazioni per l'accesso alla cultura e all'informazione, attraverso l'incentivo al potenziamento della ricerca e del sostegno economico, per la realizzazione di infrastrutture resilienti, nei confronti dei Paesi meno indipendenti e dunque più deboli come i Paesi africani.

Nel discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo del 16 luglio 2019¹⁶, il presidente della Commissione europea recepisce gli obiettivi dell'Agenda rilanciando il traguardo in percentuale della riduzione delle emissioni di gas serra al 50-55% delle emissioni totali entro il 2030, con la redazione di un programma d'azione completo denominato *'Green new deal'*. Con esso si afferma l'importanza della sede in cui le tematiche ambientali vengono discusse che deve essere innanzitutto politica; ci si affaccia così ad una nuova legge sul clima, proseguendo il cammino intrapreso dalla direttiva 2004/35/CE in tema di responsabilità ambientale. L'innovazione più importante è data dalla devoluzione di una parte della BCE alla causa climatica dando vita alla Banca europea del clima che permetterà di sbloccare circa 1000 mld di euro per il prossimo decennio in vista del 2030, fondi ai quali avranno accesso più diretto le PMI.

Ancora, nella risoluzione 70/1 con la quale è stata adottata l'Agenda, le Nazioni aderenti vengono guidate nella realizzazione degli Obiettivi si dispone, infatti, che i Paesi partecipanti adottino, in conformità al DEF e ai loro PNR, delle Strategie Nazionali di Sviluppo Sostenibile, illuminate dai principi regolatori noti come

¹⁵ Centro Reg. Info N.U., Ob. 12.

¹⁶ Commissione Europea, U. VON DER LEYEN, *Discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo*.

5P: persone, prosperità, pace, partnership e pianeta. L'Italia ha adottato le misure ottemperanti alle indicazioni Onu, con l'approvazione del CIPE il 22 dicembre 2017, predisponendo sia un sistema di controllo periodico sui risultati raggiunti verso i traguardi 2030 sia dei vettori di sostenibilità, vale a dire delle «leve fondamentali per avviare, guidare, gestire e monitorare l'integrazione della sostenibilità nelle politiche nei piani e nei progetti nazionali»¹⁷. L'integrazione è garantita su più fronti attraverso i BES, indicatori di benessere equo e sostenibile, che controllano l'interazione tra politiche economiche, sociali ed ambientali in linea con la prospettiva vincente e futura delineata in apertura dove si trattano le innovazioni apportate dai contributi di Kuznets, non a caso a contribuire alla realizzazione dei 17 *goals* presidia anche una componente civile in costante crescita: l'ASviS, che conta ad oggi 220 membri.

3. COVID-19, crescere in modo sostenibile si può?

Le prospettive future di sviluppo sostenibile devono confrontarsi con la pandemia generata dal virus Covid-19 di cui ancora si conosce poco, se non i danni che sta provocando alla salute umana e all'economia. I rapporti aggiornati dell'Agenda 2030, da ultimo il Rapporto 2020, che si chiuderà a fine anno, esortano i Paesi ad accelerare sul sostegno alle imprese e alle famiglie per preservarle dal fallimento, cercando di tamponare situazioni ad oggi già critiche. A giudizio degli esperti, con l'attuale situazione di crisi economica si può rispondere positivamente alla domanda di partenza, per due ragioni: sia il gradimento di nuove abitudini scoperte durante la prima quarantena come il *remote working*, che verrà inserito quale nuova strategia lavorativa nelle più grandi aziende, tra cui Facebook, sia per gli apporti migliorativi dell'economia che un *tilt* verde può produrre, facendo vivere l'uomo in un ecosistema più pulito. Un comitato di studiosi ha individuato diversi modelli possibili di crescita sostenibile, identificati sulla base della resa economica che rilasciano beneficiando sul clima. Nell'ordine, «investimenti in infrastrutture fisiche *green* sotto forma di stoccaggio di riserve di energia rinnovabile (incluso l'idrogeno), ammodernamento della

¹⁷ Camera dei deputati Servizio Studi, XVIII Legislatura, *La Comunità internazionale e l'attuazione dell'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile*, § *L'Italia e gli Obiettivi di sviluppo sostenibile*.

rete elettrica e tecnologie CCS (*Carbon Capture and Storage*, cattura e stoccaggio del diossido di carbonio)»¹⁸; l'investimento in infrastrutture *green* è ciò che il futuro chiede in quanto in termini di efficienza è stato dimostrato che politiche *green* di tutela climatica non espongono al temuto *trade off* tra vincoli ambientali e costi di impresa, proprio perché accrescono la produttività del capitale umano e delle risorse naturali. Dopo il *lockdown*, tuttavia si è persa centralità ed entusiasmo per l'economia sostenibile, a causa sia dell'urgenza di risanare debiti sempre più esplosivi, sia di rimediare all'emergenza occupazionale, perdendo così un'occasione di conversione verde importante. Malgrado le evidenze scientifiche oggi la politica ambientale¹⁹ è una giocata su cui si permettono di puntare ancora in pochi, il *Green new deal* europeo con i suoi 1000 mld di euro, in 10 anni, comprensivi anche delle risorse nazionali non sembra che lasciare alla causa ambientale solo briciole, continuando a preferire un accanimento terapeutico su industrie solo molto inquinanti e obsolete, piuttosto che preparare la strada per un futuro migliore.

¹⁸ Etica sgr-Investimenti responsabili, *Ripresa economica dopo il Coronavirus: quali ricette possibili a impatto ambientale positivo?*

¹⁹ U. BERTELE, "È economicamente sostenibile la sostenibilità ambientale nell'era coronavirus"?